

Régimen

Jurídico Ambiental **de la República del Paraguay**

**Análisis crítico. Normas legales
y reglamentarias actualizadas
y concordadas**



Néstor A. Cafferatta
Ricardo Gorosito Zuluaga
Aldo P. Casella
Patricia Abed
Ezequiel F. Santagada

Revisión:
Sheila R. Abed

2da. Edición

CARATULA

©2007 Instituto de Derecho y Economía Ambiental – IDEA
Nicanor Torales 150 casi Mariscal López, Asunción (1851), Paraguay
Tel/Fax: (595-21) 614-619/20 ó 662-543
<http://www.idea.org.py>
E-mail: idea@idea.org.py

Primera Edición: Julio 2007, 1000 ejemplares
First Edition: July 2007, 1000 copies

Impreso en Paraguay
Printed in Paraguay

Hecho el depósito que señala la Ley 1328/98

Citación: Abed, Sheila R. (Revisión). Cafferatta, Néstor A., Santagada, Ezequiel F. Abed, Patricia, Garavaglia, Georgina Ma. I., Poletti Merlo, Alma, Gorosito Zuluaga, Ricardo y Casella, Aldo P.. Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay Análisis crítico. Normas legales y reglamentarias actualizadas y concordadas. Asunción, Paraguay, 2007.

Citation: Abed, Sheila R. (Review). Cafferatta, Néstor A., Santagada, Ezequiel F. Abed, Patricia, Garavaglia, Georgina Ma. I., Poletti Merlo, Alma, Gorosito Zuluaga, Ricardo and Casella, Aldo P.. Régimen Jurídico Ambiental de la República del Paraguay. Análisis crítico. Normas legales y reglamentarias actualizadas y concordadas. Asunción, Paraguay, 2007.

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación o cualquier otro sistema de archivo o recuperación de información, sin el previo permiso por escrito del Editor.

All rights reserved

No part of this work may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying and recording or by any information storage or retrieval system, without permission in writing from the Publisher.

ADVERTENCIA: Las opiniones y puntos de vista vertidos en esta publicación son exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan necesariamente la posición oficial de la SEAM o del Proyecto de Apoyo al Sistema Nacional Ambiental.

WARNING: The views and opinions expressed in this publication are those of the authors and do not necessarily represent the official position of the Paraguayan Secretary of the Environment or the Paraguayan National Environmental System Support Project.

ISBN: 978-99953-56-02-6

Directora Ejecutiva
Sheila R. Abed

Director Ejecutivo Adjunto
Juan Pablo Cinto

Coordinador de Proyectos
Alberto D. Vellacich Mas

Coordinador Departamento Jurídico
Ezequiel Francisco Santagada

Diseño e impresión
Kathy Benítez Producciones S.A.

PROLOGO

El Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA) entrega en este material un nuevo análisis de la normativa ambiental del Paraguay, con un agregado importante: esta vez nos estamos ocupando con preferencia de temas como el acceso a la información, a la participación y a la justicia y también abordamos la aplicación y cumplimiento de la misma.

Estos ingredientes que aparecían tratados de soslayo en nuestro primer análisis de la normativa jurídica paraguaya (Mejoramiento del Marco Legal Ambiental del Paraguay, USAID – IDEA, 2003), adquieren especial relevancia a medida que se va consolidando el Sistema Ambiental Nacional. La profusa creación de normativa de los años 90 ha sido reemplazada por el foco hacia estos otros aspectos. Nuestras preocupaciones van ahora más por el lado de tener a mano las herramientas necesarias desde el punto de vista de la ciudadanía para ejercer efectivamente sus derechos y forzar al poder público a aplicar la normativa, y si necesario fuere las sanciones.

Como siempre, tuvimos la colaboración de muchos excelsos profesores del derecho ambiental de la región, que nos ayudaron a contar inclusive con un enfoque transfronterizo, cada vez más necesario y pertinente.

Nuestros agradecimientos especiales al Banco Interamericano de Desarrollo por aportar los recursos necesarios y a la Secretaría del Ambiente por confiar en nuestro trabajo.

Por nuestra parte reafirmamos el compromiso de siempre con el derecho ambiental y la protección de los intereses colectivos de nuestros compatriotas.

Sheila R. Abed
Directora Ejecutiva
IDEA

Sheila Abed es Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Promoción 1986.

Ejerce el cargo de Presidenta de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN).

En 1996 fundó el Instituto de Derecho y Economía ambiental (IDEA), organización que dirige hasta la fecha.

Docente universitaria. Autora de varias publicaciones en temas de su especialidad.

RESEÑA DE AUTORES

Patricia Abed Duarte. Abogada paraguaya (Universidad Nacional de Asunción). Integrante del Staff de IDEA desde su fundación en 1996.

Néstor Alfredo Cafferatta. Abogado argentino (Universidad de Buenos Aires). Conjuez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Docente Universitario (Universidad de Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Universidad del Salvador, Universidad de Belgrano, Universidad Austral). Investigador universitario. Autor. Conferencista. Director de la Revista de Derecho Ambiental de Lexis Nexis Argentina. Vicepresidente de la Liga Mundial de Abogados Ambientalistas. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN.

Aldo Pedro Casella. Abogado argentino. Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona, España). Diplomado en Derecho Agrario Internacional y Comparado-IDAIC, Firenze, Italia. Juez de la Cámara en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, Santa Fe. Docente Universitario (Universidad Nacional del Nordeste, Universidad Nacional del Litoral, Universidad Nacional de Rosario, Universidad Tecnológica Nacional). Investigador universitario.

Georgina María Itatí Garavaglia. Abogada argentina (Universidad Nacional del Nordeste). Candidata a Doctora del Doctorado en Derecho Público, Política y Gobierno, Universidad Nacional del Nordeste. Docente Universitaria. Investigadora Universitaria.

Ricardo Gorosito Zuluaga. Abogado uruguayo (Universidad de la República). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Profesor Titular de Derecho y Política Ambiental en la Universidad Católica del Uruguay; Profesor Titular de Ciencia Política; Gerente de Asuntos Jurídicos de la Administración del Mercado Eléctrico. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la UICN.

Alma Poletti Merlo. Abogada paraguaya (Universidad Nacional de Asunción). Auxiliar de Cátedra de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho UNA. Asistente Fiscal en la Unidad de Delitos Económicos del Ministerio Público. Egresada del Curso de Especialización en Derecho Penal Parte General dictado en el Instituto de Ciencias Penales del Dr. Wolfgang Shone.

Ezequiel Francisco Santagada. Abogado argentino (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Ambiental (Universidad Católica Argentina). Coordinador del Departamento Legal del Instituto de Derecho y Economía Ambiental. Profesor de Política y Legislación Ambiental de la Carrera de Ingeniería Ambiental de la Universidad Católica Ntra. Sra. de la Asunción. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN).

ÍNDICE

CAPÍTULO I

El Ambiente en la Constitución y en los tratados internacionales.	9
Concepto de Derecho Ambiental	11
El Ambiente Como Derecho Colectivo	30
El Derecho Humano A Vivir En Un Ambiente Saludable Y Ecológicamente Equilibrado	72

CAPÍTULO II

El Ambiente En La Agenda Política Internacional. El Camino Desde Estocolmo '72 Hasta Johannesburgo '02.	95
---	----

CAPÍTULO III

Principios De Derecho Ambiental	119
1. Concepto De Los Principios Jurídicos	121
2. Función Que Cumplen Los Principios	125
3. Principios En El Derecho Ambiental Internacional	129
4. Principios De Rio '92	135
5. Declaración De Johannesburgo 2002	137
6. Principios Rectores Del Derecho Ambiental	142
7. Principio De Prevención Del Daño Ambiental	145
8. Principio Precautorio	157
9. Principio De Responsabilidad	186
10.- Principio De Responsabilidad Común Pero Diferenciada	187
11. Principio De Recomposición E Indemnización	188
12. Principio De Solidaridad	189
13. Principio De Cooperación	190
14. Principio De Subsidiariedad	190
15. Principio De Participación	191

CAPÍTULO IV

Institucionalidad Ambiental	203
-----------------------------	-----

1. Sistema Nacional Del Ambiente. Instituciones Con Competencia Ambiental. Política Ambiental Nacional.	205
2. Estructuración Política De La República Y Competencias Ambientales De Los Gobiernos Locales	208
CAPÍTULO V	
Protección Del Patrimonio Natural Y Cultural.	215
1. El Ambiente Como Bien Patrimonial.	217
2. Evaluación De Impacto Ambiental.	227
CAPÍTULO VI	
Diversidad Biológica.	259
1. Áreas Protegidas Públicas Y Privadas. Procedimiento Para Su Declaración.	261
2. Bosques Y Régimen Forestal. Conservación: El Art. 42 De La Ley 422/73	280
3. Servicios Ambientales. Concepto. Mercado De Servicios Ambientales.	297
4. Vida Silvestre. Conservación. Utilización Sostenible. Acceso A Recursos Genéticos. Infracciones Y Sanciones.	305
5. Pesca. Conservación. Aprovechamiento. Transporte De Especímenes. Infracciones Y Sanciones.	314
6. Seguridad En La Biotecnología.	326
7. Semillas Y Cultivares. Protección. Comercialización.	370
CAPÍTULO VII	
Agua.	383
1. Régimen Jurídico	385
2. Régimen De Dominio De Las Aguas	385
3. Derechos Al Uso De Las Aguas	387
4. Normas Jurídicas Ambientales Relacionadas Con El Cuidado De Las Aguas	388
5. Régimen Jurídico Sobre El Servicio De Provisión De Agua Potable Y Alcantarillado Sanitario	394
6. Régimen Jurídico De Los Recursos Hídricos Transfronterizos Del Paraguay	399
7. Algunas Consideraciones Generales Sobre La Ley 3239 “De Los Recursos Hídricos Del Paraguay”	404

CAPÍTULO VIII

Suelo.	407
1. Introducción	409
2. Acuerdos Internacionales Referidos A La Preservación Del Suelo	410
3. Normas Nacionales	412
4. Conclusiones Y Recomendaciones	424

CAPÍTULO IX

Aire.	425
1. Cambio Climático.	427
2. Emisión De Humos Negros.	436
3. Polución Sonora.	449
4. Protección No Fumadores	454

CAPÍTULO X

Régimen Sancionatorio.	457
1. Delimitación Entre Los Ilícitos Penales Y Administrativos	459
2. La Protección Penal Del Ambiente En El Paraguay	481
3. Daño Ambiental. Vías Procesales De Acceso A La Justicia. Reparación Del Daño: Antijuridicidad, Daño, Factor De Atribución. Relación De Causalidad. Cuantificación Del Daño Ambiental	536

CAPÍTULO XI

Comunidades Indígenas Y Ambiente.	549
1. Consideraciones Preliminares	551
2. Análisis Crítico	551
3. Los Fallos Yakye Axa Y Sawhoyamaxa Y Las Asignaturas Pendientes	561

CAPÍTULO XII

Derecho Del Consumidor Y Del Usuario.	565
1. Introducción	567
2. Antecedentes Del Derecho Del Consumidor.	

Introducción Del Concepto En El Derecho Paraguayo	567
3. Bien Jurídico Protegido. Pautas Interpretativas	568
4. Ámbito De Aplicación	570
5. Valor Contractual De La Publicidad	571
6. Derecho A La Información	572
7. Responsabilidad Derivada Por El Riesgo O Vicio Del Producto O Servicio	573
8. Solidaridad De Los Intervinientes En La Cadena De Comercialización	574
9. Garantía Legal Por Productos Y Servicios	575
10. Acceso A La Justicia	575
11. Conclusiones	578
ANEXO	
Normas Jurídicas Ambientales Concordadas	581

CAPÍTULO I

EL AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

CONCEPTO DE DERECHO AMBIENTAL

Por Néstor A. Cafferatta

1. Derecho Ambiental

Desde su cátedra, Eduardo PIGRETTI, enseña que “quienes estamos interesados en el ambiente no podemos negar que enfrentamos una auténtica revolución de carácter general abarcativa y transversal e interdisciplinaria”. Ya que partiendo de la base que el ambiente constituye por sí mismo una globalización, “asistimos a modificaciones del pensamiento mucho más poderosas de las que hasta el presente hemos avizorado y se han podido concretar”. Y se advierte que, “ya hoy y ahora el derecho se ha modificado de manera llamativa y tal vez por primera vez en la historia ha creado instituciones y modificado creencias y dogmáticas legales desde el tiempo del Derecho Romano hasta nuestros días”¹.

En la tarea, LORENZETTI, destaca los alcances de la mutación: “El surgimiento de los problemas relativos al medio ambiente incide en la fase de las hipótesis, de planteamiento de los problemas jurídicos, suscitando un cambio profundo que avanza sobre el orden del Código, proponiendo uno distinto, sujeto a sus propias necesidades. “El derecho ambiental es DESCODIFICANTE, herético, mutante: “se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características”²

¹ PIGRETTI, Eduardo: “El Derecho ambiental como revolución social política jurídica”, Revista Jurídica La Ley, Año LXVIII N° 187, ejemplar del 28 de septiembre 2004.

² LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 483, Rubinzal- Culzoni, 1995.

Tiempo atrás, el notable jurista Guillermo CANO ³, enseñaba que “el derecho ambiental comprende las normas legales referentes al uso y conservación de todos los bienes, fenómenos, y elementos que componen el ambiente humano - que se integra a su vez, en modo interdependiente, por el entorno natural, formado por los recursos vivos o biológicos y los recursos naturales inertes; y el entorno creado, cultivado o edificado por el hombre y ciertos fenómenos naturales -, en tanto influyan en la calidad del entorno desde el punto de vista del interés humano; la doctrina conducente a su formulación e interpretación; las decisiones jurisprudenciales, y los usos y costumbres correlativos”.

Se ha dicho también, que el Derecho Ambiental, disciplina jurídica en pleno desarrollo y evolución⁴, constituye el conjunto de normas que regulan relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida⁵.

A su vez, EDIS MILARÉ ⁶ ensaya “una noción de lo que viene a ser el Derecho del Ambiente, considerándose como el complejo de principios y normas reguladoras de

³ CANO, Guillermo J., “Introducción al derecho Ambiental Argentino”, LL- 154-914. Del mismo autor: “Derecho, Política y Administración Ambientales”, p. 58, Depalma, 1978. Para este notable maestro, el ambiente humano (entorno o medio humano) incluye al ser humano, que vive en él, le goza, y también le deteriora. Lo componen dos categorías de elementos: a) el entorno natural; b) el entorno creado, cultivado o edificado por el Hombre. El entorno está formado por: 1) los recursos naturales vivos o biológicos (biosfera) que son la flora, fauna, protista, y el suelo agrícola, además del hombre; la rama científica que les concierne es la ecología; 2) los recursos naturales inertes, que son la tierra no agrícola, las aguas (HIDRÓSFERA), los minerales (LITÓSFERA), la atmósfera y el espacio aéreo, los recursos geotérmicos, la energía primaria y los recursos escénicos o panorámicos. 3) el entorno creado, cultivado o edificado por el Hombre - genéricamente los recursos culturales - lo forman los bienes materiales (producción industrial, agropecuaria cultivada y minera y sus desechos o desperdicios, efluentes domésticos y urbanos, edificios, vehículos, ciudades) y también inmateriales (ruido, olores, tránsito, paisajes o sitios históricos) de creación humana. Además, explicaba que el derecho ambiental era una novísima rama de la ciencia jurídica, que nació en el momento en que se comprendió que el medio ambiente constituye un conjunto, un todo, con principios técnicos de manejo integrado en tanto conjunto o universalidad, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí. La aplicación de tales principios al orden físico y social originó la necesidad de trasladarlas al campo jurídico y la de adoptar o reformular normas legales y nuevas estructuras administrativas para posibilitar su implementación. Esas normas legales y la doctrina que le es correlativa, son las que constituyen el derecho ambiental.

⁴ ANDORNO, Luis O. “Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico”, JA, 2001-I-1068.

⁵ FLAH, Lily R.- SMAYEVSKY, Miriam: “La regulación procesal en el derecho ambiental americano. Acción popular y de clase”, LL, 1993-E, 935.

⁶ MILARÉ. Edis: “Direito do Ambiente”, p. 93, Dos Tribunais, 2000.- Este mismo autor cita, una noción genérica de compleja materia en trabajo de BARREIR CUSTÓDIO, Helita: “Legislação ambiental no Brasil”, Revista de Direito civil, São Paulo, 1996, p. 76: 58, que lo tiene como un “conjunto de principios y reglas impuestas, coercitivamente, por el Poder Público competente, y que disciplinan todas las actividades directa o indirectamente relacionadas con el uso racional de los recursos naturales (aire, aguas superficiales, y subterráneas, aguas continentales o costeras, suelo, espacio aéreo y subsuelo, especies animales y vegetales, alimentos y bebidas en general, luz, energía), bien como la promoción y protección de bienes culturales de valor histórico, artístico, arquitectónico, urbanístico, monumental, paisajístico, turístico, arqueológico,

las actividades humanas que, directa o indirectamente, pueden afectar la sanidad del ambiente, en su dimensión global visando a su sustentabilidad para las presentes y futuras generaciones”.

Por lo demás, como lo destaca Isabel DE LOS RIOS⁷, “como todos los derechos humanos, el derecho al medio ambiente sano interactúa con los otros y no es posible garantizar alguno con prescindencia de este derecho. Vemos como se encuentra estrechamente ligado al derecho a la vida e integridad personal, a la salud física y mental, al derecho a la libertad e igualdad, a la educación, a la propiedad, pero igualmente a otros derechos emergentes, como el derecho a la información y a la participación”.

Los derechos al medio ambiente, dice reflexivamente Augusto M. MORELLO, “suponen, indisolublemente el derecho a la vida, a la salud, a tener un mínimo de privacidad – el clásico derecho de estar a solas – a que la circunstancia merezca y reciba potencial protección efectiva que hasta ahora se prodigaba a la persona en su individualidad.- Se experimenta como una gran aproximación de lo privado a lo público”⁸, o dicho de otra manera, “la vida privada se tiñe de pública”. De lo expuesto surge claramente los grandes desafíos que plantea la compleja - pero al mismo tiempo angustiante y vital -, problemática ambiental: en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro a la incolumidad ambiental.- Ello requiere de una nueva cultura jurídica. De un golpe de timón con la transfiguración de principios y estándares. Priorizando “respuestas vivas a los problemas de hoy”⁹

2. Objetivos Del Derecho Ambiental

Por ello, es que no asusta, que en relación al paradigma jurídico tradicional, al derecho ambiental se lo considere, reaccionario, de “carácter contestatario”¹⁰. Así, el magistrado del Poder Judicial Federal de México, Neófito LÓPEZ RAMOS, destaca con razón, que el Derecho Ambiental necesita de odres nuevos¹¹. Y que se afirme la idea que el derecho

paleontológico, ecológico, científico, teniendo por objeto la defensa y preservación del patrimonio ambiental (natural y cultural) y por finalidad la incolumidad de la vida en general, tanto presente como futura”.

⁷ DE LOS RIOS, Isabel: “El Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como derecho humano”, p. 120, en obra colectiva “Memorias del segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Instituto Nacional de Ecología – PNUMA Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, septiembre 2004.

⁸ MORELLO, Augusto M.- VALLEFIN, Carlos: “El amparo. Régimen procesal”, p. 238, Librería Editora Platense, 2ª edición.

⁹ MORELLO, Augusto M. “El desafío en nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente”, en Revista Jurisprudencia Provincial”, p. 521, Rubinzal- Culzoni, 1995.

¹⁰ BENJAMÍN, Antonio H. “¿Derechos de la naturaleza?”, p.31, en obra colectiva “Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI”, homenaje al profesor doctor Roberto M. LOPEZ CABANA, Abeledo- Perrot, 2001

¹¹ LÓPEZ RAMOS, Neófito: ponencia bajo título “Procesos constitucionales y Protección Ambiental en Latinoamérica. Legitimación, medidas de urgencia, prueba, costos y costas, alcance de la sentencia”, p. 141 y ss, trabajo publicado en Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la Normativa Ambiental.- 23 y 24 de septiembre de 2003, Buenos Aires, Argentina. FARN, 2003.

ambiental es una disciplina funcional o finalista, en el sentido de que no se encuentra como una rama jurídica neutra, pues trae una especie de “obligation de resultat” según la expresión del notable jurista francés, M. PRIEUR¹²: obligación de resultado.

Se apunta como fines de esta materia: tornar viable un objetivo primario, macro - objetivo, ligado con la SUSTENTABILIDAD¹³ – y el “Estado Socio- Ambiental del Derecho” - según la expresión de Antonio H. BENJAMÍN -, y que nuestro constitucionalista, Humberto QUIROGA LAVIÉ¹⁴, prefiere denominar “ESTADO ECOLÓGICO DEL DERECHO” -, y de varios objetivos secundarios, micro- objetivos, que se refieren, entre otros, a la protección de la salud y seguridad humanas, salvaguarda de la biosfera por sí, conservación del patrimonio estético, turístico, paisajístico, prevención, reparación y represión del daño ambiental, facilidad de acceso a la justicia, transparencia y libre circulación de la información ambiental, eficiencia económica, tutela de la propiedad, conocimiento científico y tecnológico, estabilidad social, democratización de los procesos decisorios ambientales¹⁵.

3. Matriz Desconcertante

Hemos dicho antes que ahora que el derecho ambiental es una novísima disciplina jurídica¹⁶, de matriz desconcertante¹⁷, como se verá, su contenido es predominantemente social¹⁸, aunque a la par, es considerado como un derecho personalísimo¹⁹, a su vez que constituye un derecho subjetivo privado/ público, con base constitucional.

¹² PRIEUR, Michel: *Droit de L'environment*, p. 8, Dalloz, 1991.

¹³ WALSH, Juan R. “El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad”, p. 1 y ss, en obra colectiva “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”, La Ley, 2000.-

¹⁴ QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “El Estado Ecológico de Derecho en la CN”, LL, 1996-950.- como lo ha definido recientemente la doctrina alemana – Würtemberger – a la vista de una norma más escueta que la nuestra, incorporada el 27 de septiembre de 1994, en la Ley Fundamental de Alemania, según nos ilustra: QUIROGA LAVIÉ, Humberto- BENEDETTI, Miguel- CENICACELAYA, María de las Nieves: “Derecho constitucional Argentino”, Tomo I, p. 297, Rubinzal- Culzoni, 2001.

¹⁵ BENJAMÍN, Antonio H. “¿Derechos de la naturaleza?”, p.32, en obra colectiva “Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI”, homenaje al profesor doctor Roberto M. LOPEZ CABANA, Abeledo- Perrot, 2001.

¹⁶ CANO, Guillermo: “Introducción al Derecho Ambiental argentino”, LL, 154- 914. Para ampliar véase BRAÑES, Raúl, “Manual de Derecho Ambiental mexicano”, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, 2000. ídem., “El derecho ambiental en América Latina”, Ponencia elaborada para el IV Congreso Español de Derecho Ambiental (Santiago de Compostela, 19- 21 de junio de 2002).

¹⁷ LOZANO- HIGUERO PINTO, Manuel, califica de “heteróclitos” los intereses que aloja, en “Intereses Difusos y la protección cultural en el derecho europeo”, p. 394, en obra colectiva “La legitimación”, en homenaje al profesor doctor Lino PALACIO, Abeledo- Perrot, 1996.

¹⁸ MORELLO- STIGLITZ, “Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e intereses colectivos”, p. 91, Librería Editora Platense, 1986, informan que la más moderna orientación que ofrece el Derecho Comparado, revela la configurabilidad de un verdadero derecho social a la salubridad del ambiente, como condición esencial para un completo desarrollo de la personalidad y el pleno desenvolvimiento de la persona humana.

¹⁹ MORELLO- STIGLITZ, “Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e intereses colectivos”, p. 101, LEP, 1986, dicen “de los derechos de la personalidad, dentro de los que por naturaleza se ubica este denominado “interés ecológico”.- Asimismo, siendo la salubridad del ambiente una condición para el

Además, participa de la naturaleza compleja de su tipología difusa, grupal²⁰, colectiva, comunitaria, general, característica de los denominados por la Constitución Argentina de 1994, derechos de incidencia colectiva²¹ (calificados por la Constitución

desarrollo de la persona, es cada vez mayor la tendencia a reconocer en el derecho al ambiente un autónomo derecho de la personalidad. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, afirma que “el derecho a un ambiente sano es un derecho personalísimo, y como tal inalienable, intransferible, inviolable, vitalicio”, de su trabajo “Daño ambiental”, en obra colectiva “Revista Lecciones y Ensayos”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, 1998/99- 72/73/74, p. 164, Abeledo-Perrot. Concurre con una opinión semejante, GOLDENBERG, Isidoro H.: “Daños a los derechos de la personalidad”, en Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge MOSSET ITURRASPE, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 336. Del mismo autor, véase GOLDENBERG, Isidoro H., “Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación”, Buenos Aires, 1993, p. 319 y sig.- También puede consultarse GOLDENBERG, Isidoro H. - CAFFERATTA, Néstor A. “Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal”, p. 22, Abeledo- Perrot, 2001.- Participa de este criterio, VAZQUEZ FERREYRA, Roberto y VÁZQUEZ FERREYRA, DAMONTE Amanda A. de: “Los nuevos derechos de la personalidad: Medio Ambiente e identidad personal, E.D. 7/12/92. Más recientemente, véase LUGONES, Juan N., “El Derecho Ambiental como derecho humano”, JA, 2001-I-1157.- En ese sentido, véase doctrina judicial de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BSAS., Ac. 60094, 19/5/98, “ALMADA, Hugo N. v. COPETRO S.A y otro”, Ac. 60251, “IRAZU, Margarita v. COPETRO S.A y otro”, Ac. 60254, “KLAUS, Juan J. v. COPETRO S.A y otro”, con nota laudatoria de STIGLITZ, Gabriel A., “Prevención de daños ambientales en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, L.L BsAs, 1998, p. 940; MORELLO, Augusto M, de su obra “La Tutela de los Intereses Difusos...” cit. SCJBA, 19/5/98, “ALMADA, Hugo v. COPETRO S.A.”, p. 141 a 165, Fallo in extenso, en Cap. VIII, “Panorama de la jurisprudencia”. Para ampliar, vid, J.A, 1999-I-227, comentario de MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “La efectiva prevención del daño ambiental”. El ST de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dijo que el derecho ambiental, se entiende “como una ampliación de la esfera de la personalidad humana, ya que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio y en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos, es por esta razón que el derecho al ambiente halla su ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, teniendo en cuenta además, que otros de ellos - como la integridad física y la salud- se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre “la categoría de derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales como es el derecho a un ambiente sano y en tanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivada de la contaminación ambiental (aún no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos generales de responsabilidad. El ser humano es la figura BASILAR en un medio ambiente conformado por su adyacente natural físico y social, que le presta las condiciones esenciales para alcanzar un desarrollo pleno. Todo acontecer que altere esos factores desequilibrándolos produce un menoscabo en uno de sus derechos fundamentales, lo que aparece agravado cuando la disminución de la función biótica se proyecta no ya sobre el ser humano, sino sobre un conjunto de ellos. Por cierto que esa derivación resulta virtualmente inevitable en razón de las notas de comunicabilidad e indivisibilidad que VISCERALMENTE caracterizan aquel medio”.

²⁰ BUJOSA VADELL, Lorenzo- Mateo: “Sobre el concepto de los intereses grupo difusos y colectivos”, LL, 1997-F-1142.

²¹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto- BENEDETTI, Miguel- CENICACELAYA, María de las Nieves: “Derecho constitucional Argentino”, Tomo I, p. 292, Rubinzal- culzoni, 2001.- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A. “Los llamados intereses difusos y la protección constitucional del medio ambiente”, ED, 147-784.- BIDART CAMPOS, Germán J. Intereses difusos, Enciclopedia Jur. Omeba, Bibliográfica Argentina, 1990.- Del mismo autor: “Intereses difusos y medio ambiente”, ED, 123-538.- “Los intereses difusos en el realismo socio jurídico del Poder Judicial”, ED, 131-137.- “Los intereses difusos mezclados en una cuestión de Derecho

del Paraguay, como intereses difusos), que lo lleva a que puedan alojarse, indistintamente, de modo fungible²², adoptando la clasificación trilogica de JELLINEK²³, aunque con caracteres propios, conforme los casilleros clásicos, en situaciones que inciden sobre derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples.

4. Derecho Joven, Invasor, y En Constante Mutación

Es un joven derecho, pero que exhibe un rostro de CIEN CARAS²⁴, porta caracteres expansivos de TRANSmutante, “INVASOR”²⁵, “abarcativo”, que instalado como una problemática acuciante, de urgente solución, produce DISfuncionalidades²⁶, por

Minero”, ED 142-457.- “Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y a la vida”, ED, 154-710.- “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, volumen VI, La Reforma Constitucional de 1994, Ediar, 1995.- SABSAY, Daniel- ONAINDE, José: “La Constitución de los argentinos”, 2da edición, Editorial Errepar, BsAs, 1995.- ZANNONI, Eduardo: “La Reforma Constitucional y la protección de los intereses difusos”, Rev. de Der. Priv. N 7, Rubinzal- Culzoni.- PEYRANO, Guillermo F: “Daño ecológico, protección del medio ambiente e intereses difusos”, J.A-1983-III-835. MORELLO, Augusto M., “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, Librería Editora Platense, 1999.- Del mismo autor: “La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal”, JA- 1978-III-321.“Los intereses difusos y el derecho procesal (del amparo individual al colectivo)”, JA, 1990-IV-47.- MORELLO, Augusto M.- HITTERS, Juan C.- BERIZONCE, Roberto O. “La defensa de los intereses difusos”, JA, 1982- IV, 700.- MORELLO, Augusto M.- STIGLITZ, Gabriel A. “Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos”, JA, 1985-IV-653.- MORELLO, Augusto M.- STIGLITZ, Gabriel: “Tutela Procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos”, LEP, 1896.- RIVAS, Adolfo A. “Derechos subjetivos, intereses difusos y acciones populares”, ED, 135-869.- IRIBARNE, Héctor P. “Los intereses difusos. Su percepción desde el punto de vista de los derechos sustantivos”, Universidad Austral Anuario N° 3, Abeledo-Perrot, 1997; PALACIO, Lino E. “La protección jurisdiccional de los intereses difuso”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho, Segunda Época, año XXXII, N° 25, Buenos Aires, 1988, p. 135.- CAPELLA, José Luis: “Intereses difusos. Ley 10.000”, Gráfica Esfinge, 1995.- GOZAINI, Osvaldo A., “La legitimación para obrar y la defensa procesal del Ambiente y demás derechos difusos”, p. 9 y ss., en obra colectiva: “Responsabilidad Ambiental”, Editorial de Belgrano, 1999.- VAZQUEZ ROSSI, Jorge: “Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos”, Cuadernos de Derecho Procesal, 1, Rubinzal- Culzoni, 1983. BELLORIO CLABOT, Dino “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 351, Ad- Hoc, 1997.- FRANZA, Jorge A.- TOMA, Pedro B.: “Manual de Derecho Ambiental”, Tomo 1, p. 112, Ediciones Jurídicas, 1995.

²² GALDÓS, Jorge Mario: “Pensando el proceso colectivo”, en Revista del Colegio de Abogados de Azul, año 1, N° 1, mayo 1998, p.15.- Del mismo autor: “Derecho Ambiental y Daño Moral Colectivo: Algunas aproximaciones. J.A. 1998-IV- 982.- “Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales. A propósito del caso Copetro”, L.L. 1999-C-1129.- “Daño moral colectivo, daños punitivos. Legitimación procesal activa”, Revista de Derecho de Daños, nro 6, p. 113, Daño Moral, Rubinzal- Culzoni.- “Proceso colectivo y daño ambiental” J.A. 1999-IV-1148.- “Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo”, J.A, 2000-II-242.

²³ MARIENHOFF, Miguel S. “La legitimación de las acciones contra el Estado (acción popular, interés simple. Interés difuso)”, LL, 1986-C.- “Delfines o toninas y acción popular”. ED, 105-244.- “Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso”. ED. 106-922.

²⁴ OJEDA MESTRE, Ramón: “Las cien caras del Derecho Ambiental”, disponible en Internet.

²⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Daño ambiental en el Derecho Privado”, p. 31, en obra colectiva “Daño Ambiental”, Rubinzal- Culzoni, 1999.

²⁶ CLERC, Carlos María: “La Responsabilidad en el derecho ambiental”, p. 55 y 71, en la obra colectiva de Eduardo PIGRETTI y otros: “La responsabilidad por daño ambiental”, Centro de Publicaciones Jurídico y Social, 1986. AGOGLIA, María M.- BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge A.: “El Sistema jurídico

insuficiencia de adaptación, impactando en los institutos ortodoxos, clásicos, de prosapia, “linaje y abolengo indiscutido”²⁷, inveterado, centenario, histórico, del derecho de tradición romana y liberal, de base individualista, transformándolo, mudando sus características, adecuando, cambiando, flexibilizando, modificando, su impronta genética, a la manera de un irresistible potente código o programa informático de origen, para satisfacer necesidades generales de amplios sectores de la comunidad, de respuesta ineludible. Ello provoca una suerte de “insurrección” contra el proceso civil clásico (Antonio BENJAMÍN), en el sentido que le demanda una inteligente adecuación a esas nuevas realidades²⁸.

Todo ello, a partir de la existencia de una nueva comprensión de la tutela judicial, en relación a los bienes de mayor trascendencia jurídica y social, que el derecho ambiental, capta, adopta, encauza, canaliza. Así, el operador jurídico no se puede mantener indiferente: advierte el corrimiento por un lado y el ensanchamiento por el otro, del elenco de libertades o derechos fundamentales. De los derechos del individuo o de la persona a los derechos de la sociedad como tal; ello acontece de manera directa a veces, otras indirecta o de modo refleja, pero es inocultable que por tales mudanzas es otro el registro y jerarquía de los que ahora ostentan privilegiada densidad y tutela²⁹.

Desde México, OJEDA MESTRE³⁰, ve el “nuevo” derecho ambiental como un derecho extremadamente joven, tanto en lo doctrinario como en lo normativo, muy Dinámico y Cambiante, que por su propia lozanía, sufre una Metamorfosis Continua, buscando espacios en las más variadas facetas del derecho, a las que se incorpora “incluso a contrapelo”, abundante y escaso a la vez, que sobre todo en los países no desarrollados, padece raquitismo de eficiencia. Además, destaca un curioso registro de tiempo DICRÓNICO, que “en cuanto derecho intergeneracional, el derecho ambiental moderno atiende a una doble dimensión de temporalidad”.

vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental” J.A 1993-IV-808. “La lesión a los Intereses Difusos: Categoría de Daño Jurídicamente protegible”, J.A. 1993-IV-887. “La lesión al Medio Ambiente y el Acceso a la Justicia”, J.A, 80 Aniversario, año 1999.

²⁷ MORELLO, Augusto M., “La legitimación de obrar como elemento facilitador, en la Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos”, en Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas”, Tomo 1, Librería Editora Platense, 1998.

²⁸ MORELLO, Augusto M., “La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca: 1º parte: Los procesos acumulados en el ámbito de las acciones de clase. 2º parte: Acertadas decisiones de la Cámara Federal de Bahía Blanca”, JA, 1999-III, 249.

²⁹ MORELLO, Augusto M.- VALLEFÍN, Carlos: “El amparo. Régimen procesal”, p. 238, Librería Editora Platense, 2º edición, 2000.

³⁰ OJEDA MESTRE, Ramón, “El Derecho Ambiental del Siglo XXI” / “El nuevo Derecho Ambiental”, Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental”, México, octubre 2000. También señala que es un derecho declarativamente cada más solidario, con interdependencia marcada con los derechos a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad y con una necesaria simbiosis con el desarrollo económico. Es pues, a querer o no, un derecho subordinado a otros. Su finalidad es velar por los intereses colectivos, no individuales sino difusos, sobre bienes de uso y goce colectivos. Tiene también en su singular teleología la intención de asumir “la calidad de vida” como valor. Calidad de vida que va de la mano del reconocimiento a la dignidad humana.

En ese sentido, el gran maestro del derecho procesal Augusto M. MORELLO, dijo con razón, que “acaso lo preventivo de la protección y lo efectivo de la tutela que debe dispensar la jurisdicción sean las notas que en la década actual profundice la evolución de los principios y nuevas fronteras”³¹. Por lo demás, como lo veremos más abajo, los derechos ambientales, por su expreso carácter intergeneracional, se encasillan en “derechos humanos de cuarta generación”, que desde el eje de la solidaridad presente, ordena preservar – y asegurar en proporción adecuada – a las generaciones que nos siguen el hábitat suficiente par poder realizar sus sucesivos programas vitales³².

Mario F. VALLS³³, dice que el derecho ambiental: “Norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, la preservación y el mejoramiento del ambiente. Contiene normas de derecho privado, de derecho público y otras de orden público. Se caracteriza por ser: a) Una especialización jurídica. b) Un correctivo de los errores y deficiencias de todo el sistema jurídico común. c) Parte integrante o estar íntimamente relacionado a las demás ramas del derecho, a las que modifica y en las cuales suele encontrar su fuente. d) Evolutivo y dialéctico. e) Conciliador y transaccional entre los intereses de las partes que pretenden ejercer derechos sobre un bien común como es el ambiente. Su objetivo político es conjugar el desarrollo ambiental con el económico. f) Un instrumento de política ambiental, lo que, como parte del derecho, sea un fin en sí”

Otros autores, limitan el concepto del derecho ambiental, a resolver desde la óptica jurídica, la polución. En ese sentido, ABATTÍ- DIBAR- ROCCA³⁴, lo conciben bajo la denominación de ECODERECHO, como un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones del derecho público o privado tendientes a mantener el medio ambiente libre de contaminación o mejorar sus condiciones para el caso de hallarse contaminado, todo ello a la luz de los estudios de las relaciones entre los organismos y su medio, tendiente en última instancia a mantener o lograr el equilibrio natural.

5. Integración Por Normas De Base Interdisciplinaria

De lo que no cabe duda, que entre ambiente y salud existe una estrecha relación³⁵. Así, se ha dicho que “el derecho a la tutela del ambiente o derecho al ambiente salubre, puede considerarse expresión del derecho a la salud”³⁶.

³¹ MORELLO, Augusto M., “Las garantías del proceso justo y el Amparo, en relación a la efectividad de la tutela judicial. Temas actuales”, p. 325, en obra colectiva “Derecho Procesal en vísperas del Siglo XXI”, en Memoria de los Profesores Isidoro EISNER y Joaquín Ali SALGADO, Ediar, 1997.

³² MORELLO, Augusto M., “Derecho de daños. Dimensiones actuales y trayectorias”, p. 90, LEP, 1997.

³³ VALLS, Mario F. p. 107 y ss., “Manual de Derecho Ambiental”, Ugerman Editor, 2001.

³⁴ ABATTÍ, Enrique Luis, DIBAR, Alberto R., ROCCA, Ival (h): “Ecoderecho Básico”, LL, 1984-B-707.

³⁵ GIANNINI, “Il risarcimento del danno alla persona nella giurisprudenza”, p. 68, Milano, 1991.

³⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: “La reparación de los daños al Medio Ambiente”, p. 228, Aranzadi, 1996

Por lo expuesto, es de advertir que el derecho ambiental lo integran normas de base interdisciplinaria -que exceden el ámbito jurídico-, con rigurosa regulación técnica, de agrupamiento de derecho privado y de derecho público, con primacía de los intereses colectivos, aunque también hay instituciones de derecho ambiental que producen efectos simultáneos en ambos órdenes. Por lo demás, entendemos que el derecho ambiental se inscribe dentro de la órbita de los asuntos sensibles al interés social. En el orden privado, avanza el orden público en numerosas situaciones ambientales. El derecho ambiental exhibe como ningún otro derecho, una interrelación estrecha entre la normativa pública - constitucional, penal, administrativa- y privada -civil, comercial, derecho del consumidor³⁷.

Así, Silvia JAQUENOD DE ZSOGON³⁸, señala que “el Derecho Ambiental, sustancialmente público y privado a la vez, en cuanto protector de intereses colectivos, de carácter esencialmente preventivo y transnacional, se perfila como una combinación de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos que se orientan a lograr la protección de todos los elementos que integran el ambiente natural y humano, mediante un conjunto integral de disposiciones jurídicas que, por su naturaleza interdisciplinaria, no admiten regímenes divididos y recíprocamente se condicionan e influyen, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes”.

“Para algunos especialistas – europeos, sobre todo -, el derecho ambiental es un derecho “horizontal”, en el sentido que se solapa y cruza a través las distintas ramas del derecho (derecho civil, derecho administrativo, derecho penal, derecho internacional, etc.) y es un derecho de “reagrupamiento”, en cuanto se limita a reunir y aglutinar disposiciones dispersas en una pluralidad de textos normativos. Más que una nueva rama del derecho, con principios, instituciones y reglas propias, el derecho ambiental, para quienes piensan de esta forma, tiende únicamente a penetrar todas las especialidades jurídicas reconocidas y consagradas por la doctrina para orientarlas en un sentido ambientalista, lo que equivale a sostener que carece de especificidad sistemática propia”³⁹.

Pero su complejidad estriba, no sólo en el carácter multidisciplinario⁴⁰ o transversal⁴¹. Reafirmando su singularidad mutagénica, la novedad, es que esta disciplina jurídica tiene dos caras.

³⁷ LORENZETTI, Ricardo L. “La protección jurídica del ambiente”, LL, 1997-E,1463.

³⁸ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia: “El Derecho ambiental y sus principios rectores”, p. 351, Dykinso, 1991.

³⁹ VALENZUELA FUENZALIDE, Rafael: “Hacia un concepto de Derecho Ambiental”, p. 119, en “Ambiente y Recursos Naturales”. Revista de Derecho, Política y Administración, Editada por La Ley. Fundación FARN, Abril- Junio- vol. III, N° 2, 1986.-

⁴⁰ CANO, Guillermo J., “Derecho, Política y Administración Ambientales”, p. 37, Depalma, 1978.

⁴¹ GOLDENBERG, Isidoro H- CAFFERATTA, Néstor A. “Compromiso Social de la Empresa por la gestión ambiental”, LL, 1999-C-834.

6. Perfil Bicéfalo

El derecho ambiental presenta un perfil bicéfalo, híbrido, comprende una “doble personalidad”⁴², que lo lleva a dar alojamiento a intereses bipolares: aunque predominantemente, derecho social, colectivo o grupal, el derecho ambiental, de carácter bifronte y naturaleza mixta, a su vez, debe ser considerado, y no de manera excluyente, sino paradójicamente, en suma, acumulativamente, y al mismo tiempo, como un derecho personalísimo, humano básico. Así, toda vez que siendo la salubridad del ambiente una condición para el desarrollo de la persona, es cada vez mayor la tendencia a reconocer en el derecho al ambiente un autónomo derecho de la personalidad⁴³.

En la doctrina judicial, se entiende “como una ampliación de la esfera de la personalidad humana, ya que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio y en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos, es por esta razón que el derecho al ambiente halla su ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, teniendo en cuenta además, que otros de ellos - como la integridad física y la salud- se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre”⁴⁴.

⁴² STUTZIN, Godofredo: “La doble personalidad del derecho ambiental”, p. 37, en “Ambiente y Recursos Naturales”. Revista de Derecho, Política y Administración, Editada por La Ley. Fundación ARN, Abril-Junio- vol. III, N° 2, 1986.- Este autor señalaba que “el llamado derecho ambiental o derecho del entorno sufre de un problema de doble personalidad que constituye la causa inconsciente de muchas de sus dificultades de expresión y aplicación. Las dos almas que conviven en su pecho – para hablar con Goethe -, proceden de dos raíces diferentes se manifiestan en dos caras distintas. El tomar conciencia de esta situación y analizarla debidamente aparece como una tarea necesaria para permitir a esta nueva rama del Derecho una mejor identificación y un desarrollo más certero, liberándola de complejos e inhibiciones que son consecuencia de su conflicto interno no reconocido ni resuelto. Aunque finalmente, ponía el acento en la coexistencia de dos facetas: una de las facetas del Derecho Ambiental se refiere al medio ambiente humano propiamente tal. Su raíz se encuentra en el reconocimiento de los daños y riesgos que afectan a las personas debido a la alteración de las condiciones ambientales producidas por las actividades de la sociedad contemporánea. Su finalidad consiste en proteger a las personas contra este nuevo tipo de violaciones en sus derechos de personalidad y propiedad, haciendo extensivas las reglas tradicionales del derecho Civil y Penal a las relaciones que se forman entre ellas, por ser causantes y víctimas, respectivamente, de aquellos daños y riesgos ambientales. ... La otra cara del derecho ambiental mira también hacia el mundo de la naturaleza, pero ya no en su directa relación con el hombre, en su aspecto “medio humano”, sino comprendiéndolo en su totalidad, sin excluir ninguno de sus componentes, por ajenos que sean a la vida humana. No se trata ya, propiamente hablando, de un “derecho Ambiental”, sino de un Derecho Ecológico o Derecho de la Naturaleza.

⁴³ GOLDENBERG, Isidoro- CAFFERATTA, Néstor A. “Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal”, p. 22, Abeledo- Perrot, 2001.

⁴⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BS. AS., Ac. 60094, 19/5/98, “Almada, Hugo N. v. Copetro S.A y otro”, Ac. 60251, “Irazu, Margarita v. Copetro S.A y otro”; Ac. 60254, “Klaus, Juan J. v. Copetro S.A y otro”, con nota laudatoria de STIGLITZ, Gabriel A., “Prevención de daños ambientales en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, L.L BsAs, 1998, p. 940; en sentencia se dijo que “la categoría de derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales como es el derecho a un ambiente sano y en tanto

7. Concepto En El Derecho Comparado

Raúl BRAÑES define el derecho ambiental como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de manera relevante, en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia en dichos organismos⁴⁵.

Esta definición del concepto de derecho ambiental recoge como notas esenciales las siguientes: 1) la expresión “derecho ambiental” se refiere a un conjunto de normas que regulan ciertas conductas humanas que pueden considerarse de interés ambiental; 2) las conductas humanas de interés ambiental son aquellas que pueden influir en los procesos de interacción referidos; 3) dichas conductas humanas interesan al derecho ambiental sólo en la medida en que ellas, al influir sobre tales procesos, pueden modificar de una manera importante las condiciones de existencia de los organismos vivos.

Irma SUS y Andrés PASTRANA, definen el derecho ambiental – que denominan “derecho ecológico-, como la “disciplina que tiene por objeto la defensa de todos los

los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivada de la contaminación ambiental (aún no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos generales de responsabilidad. El ser humano es la figura basilar en un medio ambiente conformado por su adyacente natural físico y social, que le presta las condiciones esenciales para alcanzar un desarrollo pleno. Todo acontecer que altere esos factores desequilibrándolos produce un menoscabo en uno de sus derechos fundamentales, lo que aparece agravado cuando la disminución de la función biótica se proyecta no ya sobre el ser humano, sino sobre un conjunto de ellos. Por cierto que esa derivación resulta virtualmente inevitable en razón de las notas de comunicabilidad e indivisibilidad que visceralmente caracterizan aquel medio”. MORELLO, Augusto M., de su obra “La Tutela de los Intereses Difusos...” cit. SCJBA, 19/5/98, “Almada, Hugo v. Copetro S.A.”, p. 141 a 165, Fallo in extenso, en cap. VIII, “Panorama de la jurisprudencia”. Asimismo véase, J.A., 1999-I-227, comentario de MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉREZ, Graciela N., “La efectiva prevención del daño ambiental”. Esta autora afirma que “el derecho a un ambiente sano es un derecho personalísimo, y como tal inalienable, intransferible, inviolable, vitalicio...”, de su trabajo “Daño ambiental”, en obra colectiva “Revista Lecciones y Ensayos”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, 1998/99- 72/73/74, p. 164, Abeledo-Perrot. GOLDENBERG, Isidoro H.: “Daños a los derechos de la personalidad”, en Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 336. Idem. “Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación”, Buenos Aires, 1993, p. 319 y siguientes.

⁴⁵ BRAÑES, Raúl: “Manual de Derecho Ambiental”, p. 29, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, Fondo de Cultura Económica, 2º edición / 1º reimpresión, México, 2004. La aproximación más simple para definir al Derecho Ambiental es aquel conjunto de normas que se ocupa de la protección jurídica de aquellas condiciones que hacen posible la vida, en todas sus formas. También participa de este concepto, el Magistrado HERNÁNDEZ CERVANTES, Gonzalo, expresada en su ponencia bajo tema: “Acciones Civiles por Daños Ambientales”, presentada en el “Primer Congreso de Derecho Ambiental de Jueces Federales de Brasil, Argentina y México”, Florianópolis, R.F. Brasil, marzo 2001.

elementos que constituyen el ambiente, los recursos tanto renovables como no renovables, los recursos culturales y los recursos humanos”⁴⁶.

NETO concibe el Derecho ecológico “como el conjunto de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos informados por principios apropiados que tienen por fin la disciplina de comportamientos relacionados con el medio ambiente”⁴⁷. EDIS MILARÉ adopta la siguiente definición: “Derecho de Ambiente, se considera el complejo de principios y normas reguladoras de las actividades humanas que, directa o indirectamente, pueden AFECTAR LA SANIDAD del ambiente en su dimensión global, vigilando su SUSTENTABILIDAD para la las presentes y futuras generaciones”⁴⁸.

Una noción descriptiva, amplia, de la materia, postula H. BARREIRA CUSTÓDIO⁴⁹, que entiende por derecho ambiental el “conjunto de principios y reglas impuestas, coercitivamente, por el Poder Público competente, disciplinadora de todas las actividades que directa o indirectamente relacionadas con el uso racional de los recursos naturales (aire, aguas superficiales y subterráneas, aguas continentales o costeras, suelo, espacio aéreo y subsuelo, especies animales y vegetales, alimentos y bebidas en general, luz, energía), bien como la promoción y protección de los bienes culturales (de valor histórico, artístico, arquitectónico, paleontológico, ecológico, científico), teniendo por objeto la defensa y preservación del patrimonio ambiental (natural y cultural) y por finalidad la incolumidad de la vida en general, tanto la presente como la futura”.

Por el contrario de esta corriente de opinión, la “Escuela de Alicante” encabezada por Ramón MARTÍN MATEO⁵⁰ postula un concepto restringido del derecho ambiental, del que apunta se encuentra “lejos de su madurez”, si es que puede alcanzarla algún día dada su íntima conexión con una problemática científica que dista de estar resuelta, según la cual se incluye en esta disciplina “los elementos naturales de titularidad común y de

⁴⁶ VALENZUELA FUENZALIDE, Rafael: “Hacia un concepto de Derecho Ambiental”, p. 114, pasa revista de las opiniones de G. Cano, E. Pigretti, R. Brañes, H. Meier, I. Sus, A. Pastrana, Sergio Feraz, D. Figueiredo Moreira Neto, P. Leme Machado, R. Martín Mateo, en *Ambiente y Recursos Naturales. Revista de derecho, Política y Administración*, Editada por ILa Ley, órgano Fundación ARN, abril- junio 1986, vol. III, N° 2, Fundación ARN.

⁴⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira: “Introdução ao direito Ecológico”, p. 26, en igual sentido, FERRAZ, Sérgio: “Direito Ecológico. Perspectiva e Sugestões”, en *Revista da Consultoria- Geral do Rio Grande do Sul*, vol. 2, número 4, p. 43, Porto Alegre, 1972.

⁴⁸ MILARÉ, Édís: “Direito do Ambiente”, p. 93, Editora Revista dos Tribunais, 2000.-

⁴⁹ BARREIRA CUSTÓDIO, Helita: “Legislação ambiental no Brasil”, 76: 58, *Revista de Direito Civil*, São Paulo, 1996.

⁵⁰ MARTÍN MATEO, Ramón: “Tratado de Derecho Ambiental”, vol. 1, p. 86, Trivium, 1992. “Puede pensarse también que entre tales elementos cabría incluir el suelo, como efectivamente parece entender la Administración ambiental americana, pero creemos que la gestión del suelo o bien reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión con trascendencia más amplia que la propia gestión ambiental, o a la postre, se conecta con los ciclos del agua y del aire, bien en cuanto sustancias depositadas en el suelo y que en aquellos se transportan, bien en cuanto a eventuales alteraciones de estos ciclos al perturbarse las condiciones meteorológicas, por obra, por ejemplo de la deforestación”.

características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la Tierra”.

8. Derecho Revolucionario

Desde otro punto de vista, PIGRETTI⁵¹, ve en el derecho ambiental un desafío que replantea la relación del hombre con la naturaleza, como asimismo la relación del hombre con el grupo social, que aún no tiene recepción adecuada del derecho, aunque está en juego en la cuestión, el derecho a la vida y la integridad personal. Esta postura sostiene que la responsabilidad es patrimonial de hombre a hombre. El derecho civil desarrolla únicamente un derecho micro, entre personas individuales que llevan sus cuestiones al juez.

“Por tal razón, es difícil concebir la existencia de los llamados intereses difusos, acciones de clases o acciones ecológicas, que suponen una interrelación del hombre con el grupo social y que en consecuencia, superan la relación patrimonial individual. Nuevos métodos, nuevas formas, nuevos criterios de justicia, nuevas leyes, deberían estructurarse para resolver la problemática que afrontamos; estos criterios saldrán de una interdisciplina científica que permita definir el quantum, desde el punto de vista de las ciencias exactas y naturales, para que el jurista pueda -inmerso en esa realidad- resolver “lo justo de cada uno”. Así, en otro trabajo este mismo autor, enfatiza que el Derecho Ambiental constituye, un nuevo ámbito de responsabilidad, con criterios, principios e instituciones singulares”⁵².

Recientemente, este académico⁵³, redobló su prédica: Tenemos que romper los moldes y participar con las ciencias naturales, al mismo tiempo y con los mismos arcanos del derecho. Las ciencias naturales y las ciencias sociales se están uniendo, una al lado de la otra. El derecho con mayúsculas no puede venir después que el técnico dijo sus cosas. Porque el derecho va a tener que impedir la destrucción de la foresta. Va a tener que ayudar a tener sentido de la unidad económica de producción. Va a tener que ayudar en las prácticas de la conservación”.

En síntesis: El Derecho Ambiental es revolucionario (PIGRETTI). Exige cambios en el Derecho. Siguiendo estas mismas enseñanzas: necesita de Nuevos institutos. Nuevos

⁵¹ PIGRETTI, Eduardo: “Derecho Ambiental”, p. 52, Editorial Depalma, 1993. Así sostiene que “el derecho ambiental parte del supuesto de que su consideración respecto del hombre y la naturaleza, es totalizadora, es decir, que sus alcances legislativos se refieren a aspectos globales, de conjunto y no a aspectos particulares o puntuales”.-

⁵² PIGRETTI, Eduardo: “Un nuevo ámbito de responsabilidad: Criterios, Principios e Instituciones de Derecho Ambiental”, p. 173 y ss., en obra colectiva “La responsabilidad por daño ambiental”, Centro de Publicaciones Jurídico y Social. 1986.- Amplía su postura en ese sentido, “Indemnización por daño ambiental”, p. 101, en obra colectiva “Humanismo Ambiental”, Terceras Jornadas de Reflexión, Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales, Córdoba, 2001.

⁵³ PIGRETTI, Eduardo: “Derecho Ambiental profundizado”, p. 10, La Ley, 2004.-

criterios. Nuevos métodos. Nuevos principios. Impone del operador jurídico una Metamorfosis “Profunda”, “Copernicana”, o “Cambios de hormas” (MORELLO).

9. Derecho De Tercera Generación

En otro orden, cabe destacar que el derecho ambiental se inscribe dentro de los llamados “derechos de tercera generación”, según la clasificación de derechos humanos que distingue, de acuerdo con su naturaleza, tres grupos⁵⁴: los derechos de “primera generación”: civiles y políticos, de “segunda generación”: sociales, económicos y culturales, y los de “tercera generación”: fundados en la solidaridad, entre los que se encuentra el derecho a la paz, al medio ambiente y al desarrollo.

Según explica DE LOS RIOS⁵⁵, los derechos de primera generación fueron llamados así, por haber sido los primeros cronológicamente, en haber sido consagrados jurídicamente. El fundamento de los mismos, es la libertad, “por lo que estos derechos son conocidos como libertades públicas; constituyen derechos individuales del ser humano contra agresiones de los entes públicos”. Las obligaciones del Estado en relación a estos derechos, “se expresan en la obligación de su abstención: el Estado debe inhibirse de perturbar el ejercicio de esas libertades por parte de los particulares; vale decir, debe garantizar su inviolabilidad.- Fueron inspirados en la Revolución Francesa, en 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Texto jurídico: “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948”.

En cambio, fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales (denominados de la segunda generación), “es la igualdad”; “constituyen derechos colectivos, pues su ejercicio escapa de la esfera individual, para abarcar grupos de personas: estos se traducen como garantías sociales”.- “Se vinculan con las revoluciones Mexicana y Rusa de principios del Siglo XX y en los movimientos obreros posteriores”. Las obligaciones del Estado, se manifiestan en un hacer: en la obligación de una actividad de su parte, para garantizar el goce efectivo de tales derechos. Al contrario de inhibirse, el Estado debe garantizar las condiciones materiales que tornen posible para la colectividad el acceso a tales derechos; en otras palabras, debe impulsar su ejercicio. Texto jurídico: Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, y cuya entrada en vigor fue el 3 de enero de 1976.

⁵⁴ LÓPEZ RAMOS, Neófito: Prólogo, p. 14, de las “Memorias del Primer Encuentro Internacional del Derecho Ambiental”, organizado por la SEMARNAT Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales - INE Instituto Nacional de Ecología, su publicación, impreso en México, 1º edición, octubre 2003.-

⁵⁵ DE LOS RIOS, Isabel: “El Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como derecho humano”, p. 100-102, en obra colectiva “Memorias del segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Instituto Nacional de Ecología – PNUMA Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, septiembre 2004.

Finalmente, esta jurista venezolana, menciona “los derechos de la solidaridad” (de tercera generación), cuyo fundamento es la fraternidad entre los hombres, forzosa ante las condiciones de vida impuestas por los adelantos científicos y tecnológicos: las nuevas formas de hacer la guerra con energía atómica, los avances en informática, en difusión de comunicación y en métodos de explotación de los recursos naturales, generaron a su paso la necesidad de una nueva conciencia de la comunidad internacional y de entendernos y socorrernos como individuos no sólo a nosotros hoy, sino las generaciones futuras”. “Estos derechos significan abstenciones como actividades por parte del Estado, y más todavía, significan derechos pero también obligaciones para los individuos: vale decir, el Estado tiene obligaciones frente al ciudadano, pero también el ciudadano y la colectividad tienen deberes que cumplir en lo que atañe a estos derechos.

LORENZETTI⁵⁶, explica que “los derechos fundamentales de primera generación se refirieron a la libertad y fueron consagrados a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre. Tratan de poner límites a la actividad del Estado en cuanto importa una intromisión en la vida de los individuos. Son ejemplos el derecho a la libertad, a la vida, a la integridad física, a la propiedad. Su característica es negativa, son obligaciones de no hacer por parte del Estado, en beneficio de la libertad individual. La segunda categoría de derechos reconocida fue la de los denominados “derechos sociales”: derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud. Fueron incorporados a través del constitucionalismo social de mediados del siglo pasado. Su característica es que importan obligaciones de hacer o de dar por parte del Estado. Los inspira la lógica de fomento, que deriva en normas promocionales. Constituyen la base jurídica del “Estado de Bienestar”.

Por último⁵⁷, señala que los derechos de Tercera Generación, denominados “nuevos derechos”, surgen como respuesta al problema de la “contaminación de las libertades”⁵⁸. Este fenómeno apunta a la degradación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos: calidad de vida, medio ambiente, la libertad informática, el consumo, se ven seriamente amenazados. También se suele incluir aquí a los que protegen bienes tales como el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho a la autodeterminación, la defensa del patrimonio genético de la especie humana⁵⁹.

Estos derechos, dice E. JIMÉNEZ⁶⁰, llamados también de cooperación y solidaridad, pues en el decir de cierto sector de la doctrina tienen como fundamento ambos valores, parecen presentarse como emergentes del desarrollo desmedido de la

⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 112, Rubinzal- culzoni, 1995.

⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo L., op. cit., p. 113.

⁵⁸ LORENZETTI, op. cit., p. 113, con referencia en cita bibliográfica CASTÁN TOBEÑAS, José: “Los derechos del hombre”, p. 45, 4ª edición, Reus, Madrid, 1992.

⁵⁹ Al respecto véase el trabajo de LAQUIS, Manuel A., « El Desarrollo, la Industrialización y su Impacto en la Ecología. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia”, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1968-II-9, Abeledo-Perrot.

⁶⁰ JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, “Los derechos humanos de la tercera generación”, p. 58, 66/72, Ediar, 1997.

sociedad industrial, que sabido es ha causado serio impacto en el medio ambiente y la calidad de vida del hombre, con repercusiones a la fecha inimaginables. Propone que el “valor fundante” de esta nueva generación de derechos pasa por otro andarivel que no se aglutina alrededor de la libertad sino del freno frente al abuso, a cuyo efecto sostiene que se sustentan en un valor enancado en la voz “paz”, en cuanto un derecho de síntesis que incluye y engloba prácticamente todos los demás derechos, toda vez que su realización efectiva supone la afirmación de todos los demás.

Germán J. BIDART CAMPOS⁶¹, enseña, que en la actualidad, el plexo de derechos humanos se descompone en tres categorías, según el orden cronológico en que fueron apareciendo históricamente. Se habla así, de tres generaciones de derechos por la época en que se generó cada una. Los derechos de la primera generación fueron –y continúan siendo- los clásicos derechos civiles y políticos; los de la segunda generación emergen como derechos sociales, económicos y culturales (o derechos sociales en su conjunto), con el constitucionalismo social en el siglo XX, los derechos de la tercera generación atisban incipientemente desde hace escaso tiempo, e incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano, a la comunicación e información, etc. Podrían titularse derechos colectivos.

Es que “los derechos humanos fueron redefinidos en cada momento histórico de acuerdo con las exigencias y crisis que pasaba la sociedad en cada momento histórico determinado. El Derecho Ambiental es un nuevo marco jurídico emancipado que permitirá la ampliación de la ciudadanía del siglo XXI”⁶². A su vez⁶³, los derechos del hombre de la tercera generación se nuclean en torno de un esquema madre – derecho de la solidaridad- y comprende, principalmente, al menos hasta el momento, a cuatro categorías de “nuevas” libertades: a) el derecho a la paz; b) el derecho al desarrollo; c) el derecho al medio ambiente; y d) el derecho al respeto del patrimonio común de la humanidad⁶⁴.

Por último, se ha dicho también, que el derecho ambiental, como derecho intergeneracional, encierra “derechos de cuarta generación”. Ya que según lo visualiza Augusto M. MORELLO “desde un enfoque preliminar y tentativo, apuntan al reconocimiento a favor de asegurarles de lo que vendrán de asegurarles la razonable perpetuación de los recursos riquezas y medios para lo cual se impone la observación de

⁶¹ BIDART CAMPOS, Germán: “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo I, p. 476, Ediar, 1998.-

⁶² PORTANOVA, Rogério, “Direitos Humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI”, p. 690, en obra colectiva “10 anos da ECO 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentable”, Antonio H. Benjamín – Organizador / Editor, Instituto O direito por um Planeta Verde.- Congresso Internacional de Direito Ambiental 6: 2002, São Paulo.

⁶³ MORELLO, Augusto M., “Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación”, p. 947- ap. 284, en su magnífica obra: “Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas”, Librería Editora Platense, 1998.

⁶⁴ ROUSSEAU, Dominique: “Les droits de l’homme de la toisième génération », en Droit Constitutionnel et droits de l’ homme, Económica, Presses Universitaires D’Aix Marseille, París, 1987, p. 124 a 137, con cita de muy calificada doctrina.

verdaderos deberes actuales. Una suerte de estipulación a favor de terceros conforme artículo 504 del Código Civil argentino, obliga a la generación actual a guardar los elementos constitutivo del medio físico, sin incurrir en un derecho sin causa, o en un manejo abusivo, que al exceder del razonable consumo para satisfacer las necesidades regulares, desemboque en un intolerable menoscabo con sacrificio de expectativas y posibilidades eventuales previsibles, que en el lógico acontecer de la evolución le están asignadas a las generaciones futuras”⁶⁵.

10. Derecho Internacional Ambiental

Sin olvidar, claro está, el principalísimo capítulo que lo integra, caracteriza, condiciona, y lo enriquece, del derecho internacional ambiental. Ya que como se ha dicho “desde que se “descubren” los problemas ambientales, los mismos pasan a constituir megaproblemas. A esta altura del desarrollo humano resulta ocioso señalar en forma desarrollada la extensa gama de aspectos humanos, físicos y químicos involucrados que afectan la vida humana en sí y a los elementos naturales: aire, suelo, agua. A manera de síntesis extrema, puede decirse que el desarrollo de la problemática ambiental ha significado sustantivos cambios institucionales dentro de la organización internacional y del conjunto de normas que regula la vida nacional de las naciones, modificándose los contenidos específicos de la política y del derecho internacional”⁶⁶.

En esta especialidad, Adriana TRIPELLI⁶⁷ informa que: “El Derecho Ambiental Internacional, al cual definimos como el conjunto de normas internacionales que regulan el desarrollo de la actividad humana y la explotación de los recursos naturales del planeta mediante el respeto del medio humano y la preservación del equilibrio ecológico⁶⁸, surgió a fines de la década del '60, siendo por ende la rama más reciente del Derecho Internacional⁶⁹. A su vez, marca hitos de su desenvolvimiento: Conferencia de las

⁶⁵ MORELLO, Augusto M. “Los derechos del hombre de la tercera y cuarta generación”, citado

⁶⁶ PIGRETTI, Eduardo: “Política Ambiental Global”, p. 90, en Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis/ Instituto de Derecho por un Planeta Verde, Número 0, noviembre 2004. Para ampliar véase DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora) – REY CARO, Ernesto J. – STICCA, María A.- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales. Vigentes en la República Argentina y en el MERCOSUR”, La Ley, 2001. ESTRADA OYUELA, Raul A.- CEVALLOS DE SISTO, María C. “Evolución del Derecho Ambiental Internacional”, A- Z Editora, 1993.- “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Estudios de Derecho Internacional, REY CARO, Ernesto J.- FLORES, María L.- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, SALAS, Graciela, RODRÍGUEZ, María C.; MARCIONNI, Nelson D., Marcos lerner, 1998

⁶⁷ TRIPELLI, Adriana: “Los principios rectores ambientales de la corte Internacional de Justicia”, inédito en prensa, p. 1, Revista de Derecho Ambiental Lexis Nexis / Instituto de Derecho por un Planeta Verde.

⁶⁸ JUSTE RUIZ, José, Derecho Internacional del Medio Ambiente, Ed. Mac Graw Hill, Madrid, 1999, p. 40.

⁶⁹ Sus primeros antecedentes, lo encontramos a fines de los años 60 con la vaga formulación de la noción de desarrollo sustentable efectuada en la Conferencia de la Biosfera celebrada en París en 1968. Intergovernmental Conference of Experts on the Scientific Basis for Natural and Conservation of the resources of the Biosphere, UNESCO, París, 4-13 de septiembre de 1968. VAN GELDEREN, Santiago, Reseña histórica del nacimiento y evolución del concepto de Desarrollo Sustentable, en Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, N° 19, Bs. As., 1990, pág. 72.

Naciones Unidas sobre el Medio Humano (más conocida como conferencia de Estocolmo del '72). Diez años más tarde, en 1982, la Declaración de Nairobi. En 1987, el Informe Brundtland, primer paso de la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, celebrada en Río de Janeiro, a la cual asistieron 176 Estados y 1200 ONGs que participaron como observadoras.

Ampliando, Ernesto J. REY CARO⁷⁰ dice que: “Esta novel rama del Derecho Internacional Público ha sido definida como el conjunto de normas y principios de Derecho Internacional que tienen por finalidad la protección del equilibrio esencial del medio humano, o, en otros términos, la protección y preservación del medio ambiente. Este concepto, por su amplitud, permite abarcar todos aquellos problemas vinculados con el medio ambiente, que han sido objeto de una regulación jurídico-internacional”. Por último, agrega que “pocas ramas del Derecho internacional han cobrado tanta importancia en tan escaso tiempo como la que hoy llamamos Derecho Internacional Ambiental o del Medio Ambiente”.

Por ello, José JUSTE RUIZ⁷¹, destaca el rápido desarrollo y el volumen considerable que ha adquirido el Derecho internacional del Medio Ambiente, hecho por el cual la normativa no ofrece todavía contornos precisos sin caracteres consolidados.

11. Colofón

Basta efectuar una breve recorrida por las divisiones ortodoxas para registrar la omnipresencia de este TERTIUM GENUS, especialidad, esta lozana rama del derecho, nuevo derecho⁷².

No por casualidad, el notable Jurista, Ricardo LORENZETTI nos habla del PARADIGMA AMBIENTAL⁷³ (en un valioso ensayo por fundar una nueva cultura jurídica). En este contexto del progreso de las ciencias jurídicas, cobran más fuerza, las

⁷⁰ REY CARO, Ernesto J., “Introducción al Derecho internacional Ambiental”, p. 24, en obra colectiva op. cit., “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Estudios de Derecho Internacional, Marcos Lerner, 1998.- con referencia a la obra de KISS, Alexandre Charles “Los principios generales del derecho del medio ambiente”, p. 10, en Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott, Valladolid, 1975. En una obra posterior el jurista francés identifica como objeto del Derecho Internacional del medio ambiente la protección de la biosfera contra mayores deterioros y el desequilibrio que pueda perturbar su normal funcionamiento Cf. “Droit international de L’environnement”, p. 13, París, 1989.

⁷¹ JUSTE RUIZ, José “Derecho internacional Público y Medio Ambiente”, en Asociación Española Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Problemas Internacionales del Medio Ambiente, VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984, p. 53.-

⁷² CARRANZA, Jorge A. “Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental”, JA,1989-IV-701.-

⁷³ LORENZETTI, Ricardo: “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho”, p. 466, Rubinzal-Culzoni, 2006.

lúcidas enseñanzas que legara el Profesor Mateo MAGARIÑOS DE MELLO⁷⁴, sobre el PARADIGMA HOLÍSTICO emergente en el momento en que vivimos.

DINO BELLORIO CLABOT, con profunda reflexión, predica que todo el derecho es ambiental⁷⁵, para poner el acento en la necesidad de impregnar el ordenamiento jurídico en su integridad, con soluciones ambientalmente adecuadas. Y Eduardo PIGRETTI afirma que lo mejor que le puede pasar al derecho es la desaparición del derecho ambiental, consecuencia de un curioso fenómeno de MIMETIZACIÓN, absorbido por las demás especialidades, por haberse impregnado de los principios, criterios, fines, ideas, técnicas, del mismo⁷⁶.

En un importante trabajo publicado en 1995, FRANCOIS OST⁷⁷, describe el Derecho Ambiental como un laberinto, en donde la falta de efectividad es el Minotauro (monstruo devorador) y el hilo de Ariadna (arma con que Teseo derrotó a aquél) es la responsabilidad⁷⁸. Debe otorgarse especial atención al cumplimiento de la legislación ambiental. O en otras palabras a la ejecutoriedad de las normas (TARUFFO). Así Neófito LOPEZ RAMOS⁷⁹ señala con razón que la falta de eficacia de las normas sustantivas ambientales se manifiesta en el estado actual de los recursos naturales, la deforestación y la contaminación del aire, suelo y las aguas.

Por ello, desde la especialidad, se postula la necesidad de construir una Teoría de los Principios de Derecho Ambiental. Y una Teoría de la Implementación del Derecho Ambiental, el “patito feo” del fenómeno jurídico, según la calificación de Antonio Herman BENJAMÍN⁸⁰, quién además propone la urgencia de superar el “estado teatral del derecho ambiental / simbólico”, que se define como una situación de vacío o marcada separación entre la ley y la implementación, para tornar efectivas sus normas.

⁷⁴ MAGARIÑOS DE MELLO, Mateo J., “Medio Ambiente y Sociedad”, p. 87, 1ª Edición, 2005, ordenado por Ricardo GOROSITO ZULUAGA, Fundación de Cultura Universitaria,

⁷⁵ BELLORIO CLABOT, Dino, “El derecho todo ambiental y el hecho tecnológico: Interpretación y nuevos conceptos”, JA, 2001-I, 1077.

⁷⁶ PIGRETTI, Eduardo, “Derecho Ambiental”, p. 60, Depalma, 1993, considera como una etapa de su evolución, la posibilidad de que una nueva especialidad jurídica se abra camino dentro del derecho, que denomina derecho de la biosfera.

⁷⁷ OST, Francois profesor de la Universidad de San Luis, Bruselas- Bélgica, Director del “Centre d’étude du Droit de l’environnement”: publicación en Revista “Droit et Societe”.

⁷⁸ GONZÁLEZ ARZAC, Felipe: “Consideraciones sobre la responsabilidad por daño ambiental”, p. 73, en obra colectiva, Debates, “Agenda de discusión sobre la reglamentación del artículo 41 de la Constitución Nacional”, CEADS, 2000.

⁷⁹ LOPEZ RAMOS, Neófito: “El derecho ambiental al alcance de todos”, p. 178, de obra colectiva, “Derecho ambiental y Desarrollo Sostenible”, El Acceso a la Justicia en América Latina, Serie Documentos sobre Derecho Ambiental 9, SEMARNAP- PROFEPA, Memorias del Simposio Judicial del 26 al 28 de enero de 2000, PNUMA Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2000

⁸⁰ BENJAMÍN, Antonio H., “O estado teatral e a implementação do direito ambiental”, p. 335, en “Directo, Água e Vida”, Volume 1, Instituto O Directo por um Planeta Verde, 7º Congresso Internacional de Directo Ambiental, São Paulo, 2003.

Urge reconocer la identidad, y autonomía, de esta novísima disciplina jurídica. De ella depende en alto grado, para su fortalecimiento, la necesidad de eficacia del derecho ambiental.

EL AMBIENTE COMO DERECHO COLECTIVO

Por Néstor A. Cafferatta

1. El Ambiente Como Bien Colectivo

LORENZETTI⁸¹, enseña que el derecho al ambiente sano “puede discriminarse de la siguiente manera: - en relación al “macro bien”, que es el medio ambiente en general, y tratándose de un bien público de uso común, existe un interés difuso, que permite acciones. Estas acciones legitiman a cualquier individuo afectado, las asociaciones representativas y al Defensor del Pueblo en tanto demuestren que existe una lesión de tal interés. En relación a “micro- bienes”, puede darse una doble situación. Puede existir un interés difuso y también un derecho subjetivo. El derecho subjetivo puede existir, claramente, en el caso de que exista derecho de propiedad y la acción lo afecte. También se ha invocado, a nuestro juicio impropriamente, la existencia de un derecho subjetivo cuando hay una afectación de un interés propio del sujeto al medio ambiente sano.-

La doctrina coincide en que se trata de “intereses difusos”. Así se ha señalado que los intereses difusos responden a necesidades de la comunidad, o grupos de ella, son de titularidad indivisible, tienden a salvaguardar la calidad de vida social”.

Hemos ubicado, dice LORENZETTI⁸², al derecho al medio ambiente en la esfera social de individuo, donde tiene primacía hermenéutica la preservación de los bienes públicos. Así calificado como “bien colectivo” (bien público de uso común), presenta algunas características: 1) la indivisibilidad de los beneficios: el bien colectivo no es divisible entre quienes lo utilizan. Ello trae como consecuencia la prohibición de la apropiación privada individual y el carácter difuso de la titularidad. Algunos autores hablan de “carácter no distributivo”; 2) uso común, 3) principio de no exclusión de beneficiarios: todos los individuos tienen derecho al medio ambiente, aun las generaciones futuras. Es de todos y no es de nadie, lo cual plantea problemas de acción colectiva, puesto que de tal modo nadie se preocupa en cuidarlo en la creencia que otros lo harán y uno disfrutará igualmente. Por último, otros caracteres son el uso sustentable y el estatus normativo.

En la misma línea de caracterización de los bienes colectivos, apuntamos las enseñanzas de R. ALEXY⁸³, estableciendo tres elementos necesarios: a) la estructura no distributiva de los bienes colectivos, “cuando conceptualmente, tácticamente o jurídicamente, es imposible, dividirlo en partes y otorgárseles a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no distributivo. Los bienes colectivos son bienes no –

⁸¹ LORENZETTI, Ricardo L., “Las normas fundamentales de Derecho Privado”, p. 493, Edit. Rubinzal-Culzoni, 1995,

⁸² LORENZETTI, Ricardo L., “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, LL, 1996-D-1058.

⁸³ ALEXY, ROBERT: “El concepto y la validez del derecho”, p. 186 a 190, Gedisa, Barcelona, 1997.

distributivos”; b) estatus normativo de los bienes colectivos; c) la fundamentación, de la economía de bienestar, que se da cuando se intenta justificar ese bien como función de bienes individuales, utilidades, preferencia; y la teoría del consenso, de aprobación de todos, o si se dieran determinadas condiciones de racionalidad.

GIL DOMINGUEZ⁸⁴ afirma que los derechos colectivos se caracterizan por una combinación de tres elementos: titularidad, objeto y vínculo obligacional. La primera adquiere una forma específica determinada que no es expresada ni pertenece exclusivamente a una persona en particular, sino que existe concurrencia espontánea o pragmática de personas respecto de un bien. El objeto consiste en un bien que deviene en colectivo. Por último, el vínculo obligacional entre el sujeto activo y el sujeto pasivo que reconduce al concepto de obligación universal. Concluye que un Derecho colectivo como derecho fundamental es la relación jurídica existente entre un sujeto activo plural y un sujeto pasivo plural (el Estado, un sujeto o varios sujetos) respecto de un bien colectivo mediante un vínculo obligacional que otorga al sujeto activo plural un derecho y atribuye al sujeto pasivo plural un deber.

En la causa “MENDOZA, Beatriz Silvia y otros c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”⁸⁵, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el 20/06/06, dijo: que el ambiente es “un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes (...) Y que “la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual”. “El reconocimiento de status

⁸⁴ GIL DOMINGUEZ, Andrés: “Neoconstitucionalismo y derechos colectivos”, p. 137, Ediar, 2005. Comparar con el concepto de PÉREZ RAGONE, Álvaro, “Prolégómenos de los amparos colectivos (tutela de las incumbencias multisubjetivas)”, Revista de Derecho Procesal, N° 4, Rubinzal- Culzoni, 2000. Este tema de los derechos colectivos, bienes colectivos, y acciones colectivas, ha generado una excelente bibliografía. Para ampliar consultar también, MAURINO- NINO- SIGAL: “Las acciones colectivas”, LEXIS NEXIS, 2005.- VALLEFÍN, Carlos A., “La legitimación en las acciones de interés público”, LEXIS NEXIS, 2006.

⁸⁵ MORELLO, Augusto M.: “Aperturas y contenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, JA, 2006-III, 304. SABSAY, Daniel: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza Riachuelo”, LL, 11/07/2006, p. 4.- PIGRETTI, Eduardo A.: “Aciertos y desaciertos del fallo que anotamos” (caso Mendoza) ED 20-11-2006.- CAMPS, Carlos: “Derecho procesal ambiental: nuevas pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Revista de Derecho Ambiental 7, Julio / Septiembre 2006, p. 201, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, Editorial LEXIS NEXIS. GIL DOMINGUEZ, Andrés: “El caso “Mendoza”: hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos de incidencia colectiva”, Suplemento La Ley, 22/08/2006, p. 31.- VALLS, Mario F., “Sigue la causa M. 1569 XL- Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- riachuelo)”, CJN, 20/06/2006”, en www.eldial.com. Suplemento Derecho Ambiental, 2006.- ESAIN, José -GARCIA MINELLA, Gabriela: “Proceso y ambiente: Mucho más que ...Corte a la contaminación”, Revista de Derecho Ambiental 7, Julio / Septiembre 2006, p. 220, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, Editorial LEXIS NEXIS.- RODRIGUEZ, Carlos: “La defensa de los bienes públicos ambientales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, DJ 2006-2-703.- BARBIERI, Gala: “El activismo judicial tuvo que enfrentar, una vez más, a la disfuncionalidad administrativa”, Suplemento La Ley Administrativo, p. 54, 6 de septiembre 2006.

constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente”.

En ese sentido, se dijo que la defensa de los intereses difusos tiene que ver con la protección del patrimonio social (QUIROGA LAVIÉ). La globalización que se produce en los intereses de una pluralidad de sujetos, hace que resulte cierta objetivación del interés, no obstante que existan intereses individuales suficientemente determinados. Es decir que puede haber intereses sin dueño o anónimos, o no. Pero en todos los casos se trata de intereses que se hacen evidentes sólo en virtud de su globalidad, y en muchos casos porque ellos no son susceptibles de ser fraccionados.

En estas líneas de ideas, QUIROGA LAVIÉ⁸⁶, nos enseña lo siguiente: La real objetivación que se produce entre los intereses de grupo, dada su relevancia colectiva, no puede suponerse separada de los sujetos que en realidad se presentan como perjudicados. Ellos son los principales interesados en mantener la integridad del ordenamiento que reconoce la prevalencia de sus posiciones. Pero si la fruición del bien no es de uso general, sino solamente susceptible de apropiación exclusiva a favor de un individuo, no hay posibilidad de hablar de una acción colectiva ni de un “colectivo jurisdiccional”.

Estamos frente a una zona de expansión de la protección del derecho público subjetivo, que de mero derecho individual en relación con interés difuso, se convierte en un derecho colectivo en cabeza de uno de los afectados difusos. La afectación al colectivo es plena, lo difuso es la afectación a cada individuo que integra el grupo o sector social.

El derecho colectivo existe con naturaleza propia cuando un grupo más o menos determinado de personas protagonizan, en cabeza de cada uno de sus integrantes, relaciones con terceros que les generan perjuicios vinculados a un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos de apropiación exclusiva, pero cualitativamente idénticos. Lo primero se da con mayor frecuencia en casos de contaminación ambiental; lo segundo, cuando los usuarios de servicios públicos discuten afectaciones individuales de equivalente carácter.

El colectivo no es una entelequia, sino una estructura reproductiva del sistema social. El medio ambiente es estructural a la vida de los mercados, así como a la vida de la cultura. Cuando se contamina el ambiente, no solamente se violan derechos individuales, sino también la capacidad reproductiva del sistema social, en sus variables culturales, morales, económicas o sanitarias. En tal caso la sociedad no se puede suicidar. El amparo colectivo ha nacido para impedirlo.

⁸⁶ QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “El amparo colectivo”, p. 127 y ss., Rubinzal- Culzoni, 1998

Quienes sostienen que la sociedad no tiene derechos y solamente reconocen la existencia de derechos en cabeza de los individuos, someten al sistema social al dilema de su propia entropía: es decir, su muerte o su raquitismo, según el caso.

En otro orden, se ha dicho que para distinguir el carácter público de un bien habrá que ver el destino del mismo, es decir si está destinado, directa o indirectamente al uso público, ya sea su titular el Estado, el pueblo o un particular, como en el caso de las concesiones respecto de los bienes que se encuentran afectados a la prestación del servicio público⁸⁷ La noción de bien público, está ligada a los conceptos de patrimonio común, y bienes colectivos. La lesión de un bien público, destinado al uso común, afecta o interesa a la comunidad o a bastos sectores de ella.

En general, de lo que se trata siempre es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social del individuo, sino como un elemento del funcionamiento social. El bien colectivo es componente del funcionamiento social y grupal. Por ello cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva⁸⁸

Por referirse desde el punto de vista objetivo, a “bienes colectivos”, “bienes públicos de uso común”, bienes del “patrimonio común”, indivisibles, o bienes vinculados subjetivamente con grupos, sectores, la sociedad o comunidad en general, colectivos, categorías, sectores, clases, derechos supraindividuales, o derechos públicos subjetivos, derechos de incidencia colectiva, intereses difusos, individuales plurales homogéneos, o colectivos, y constituir cuestiones de sensible interés social, el derecho ambiental es un derecho colectivo o de incidencia colectiva.

A su vez, siendo el ambiente adecuado presupuesto del desarrollo humano, se lo considera un derecho básico, esencial para la vida del hombre. Pertenece por lo expuesto, a la familia de los derechos humanos de tercera generación, basados en la paz, la cooperación, la solidaridad. Por lo demás por su carácter intergeneracional, se afirma, con lucidez, que constituyen derechos humanos de cuarta generación (MORELLO).

Ello así, sin desmedro de considerar que el derecho ambiental, constituye según la doctrina judicial predominante, con una visión desde la óptica iusprivatista, un derecho personalísimo⁸⁹, un derecho de la personalidad, básico, esencial, inherente a la persona,

⁸⁷ in re “Aguirre, Rodrigo Alejandro s/ recurso de casación”, Sala I, Cámara Nacional de Casación Penal, 30.03.2002.

⁸⁸ LORENZETTI, Ricardo: “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, LL, 1996-D-1058.

⁸⁹ MORELLO, Augusto M.- STIGLITZ, Gabriel: “Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos”, Editora Platense, 1986.

una ampliación de la esfera de la personalidad humana⁹⁰, digno de la más enérgica protección⁹¹. Y que según lo apunta buena parte de la doctrina habría en juego en la problemática ambiental, cuestiones de orden público⁹².

Los derechos al medio ambiente suponen, indisolublemente, el derecho a la vida, a la salud, a que la circunstancia, el “otro yo orteguiano”, merezca y reciba la potencial protección efectiva que hasta ahora se le prodigaba a la persona en su individualidad.

Se experimenta como una gran aproximación de lo privado a lo público (en el sentido de interés general, social). La vida privada se tiñe de pública⁹³. La degradación del medio ambiente equivale al mismo tiempo a la degradación de la vida pública y al envejecimiento de la vida privada. Salvar a la primera importa al mismo tiempo la salvación de la otra

Hemos señalado que el derecho ambiental es a partir de la especial naturaleza colectiva de los bienes que protege, y de los intereses en juego, un derecho “mixto”, de tutela pluridimensional, transversal, u horizontal, que atraviesa y se solapa entre todas las disciplinas clásicas del derecho, tanto del derecho público como del derecho privado, conteniendo incluso normas de orden público, dándole por el poder de irradiación de sus principios, su propia impronta.

Ese carácter híbrido del derecho ambiental, hizo que la Constitución Argentina, de 1994 lo ubicara primero, entre los “nuevos derechos”. Y segundo, dentro de los intereses difusos, rebautizados por la Reforma, “derechos de incidencia colectiva”. Es que el medio ambiente tiene una significación social que prevalece sobre la prerrogativa individual atinente al mismo.⁹⁴

⁹⁰ LORENZETTI, Ricardo L., Capítulo XIV, “La esfera privada y social”, de su obra “Las normas fundamentales de derecho privado”, p. 459, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1995.

⁹¹ Del voto de Juan Carlos HITTERS, SCJBA, Acuerdo antes referido

⁹² BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “El Orden Público Ambiental”, LL, 1995-E-916. CANO, Guillermo, “El Orden Público Ambiental”, LL, 1979-A-224; GOLDENBERG, Isidoro H., “Nuevas fuentes de atribución de responsabilidad. El alcance del nexa causal”, en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, año 2, N° 2, marzo- abril 2000, Ed. La Ley.

⁹³ MORELLO, Augusto Mario, “El desafío de nuestro tiempo desde la perspectiva de la protección del medio ambiente”, capítulo LXVIII, p. 1044 a 1050, vol. 2, de su obra “Estudios de Derecho Procesal ...”, ob. cit.

⁹⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Ac. 60.094, 19/5/98, “Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S.A y otro”; Ac. 60.251, “Irazu, Margarita c/ Copetro S.A y otro”; Ac. 60.254, “Klaus, Juan Joaquín c/ Copetro S.A y otro”, en LL BsAs, 1998, p. 940, con nota laudatoria de STIGLITZ, Gabriel: “Prevención de daños colectivos - en la jurisprudencia de la SCJBA”, LLBA. 1998, p. 940; C. 1a. Civ. y Com. La Plata, sala 3a., 22/12/92, Almada, Hugo N v. Copetro S.A y otro y C. 1a. Civ y Com. La Plata, sala 3a., 15/11/94, Sagarduy, Alberto, en JA 1995-IV-178, con nota de STIGLITZ, Gabriel A., “Tutela Procesal de los intereses difusos y prevención de daños (Consolidación de la jurisprudencia civil)”, en JA, 1995-IV-173; C. 1a. Civ. y Com. La Plata, sala 3a., 9/2/95, “Almada, Hugo N. v. Copetro S.A y otro; Irazu, Margarita v. Copetro S.A y otro”; “Klaus, Juan J. v. Copetro S.A y otro”, con nota de MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño ambiental y los alcances del mandato judicial”, LLBA, 1996, p. 44; C. 1a Civ. y Com., La Plata, Sala 3a, 15/11/94, “Sagarduy, Alberto”, con nota de Carlos A. Botassi, “La defensa judicial del medio ambiente”, LLBA, 1995, p. 935.

2. El Ambiente Como Patrimonio Común

Estrechamente vinculado con la referida concepción de los bienes colectivos se encuentra la noción de “patrimonio común” en cuanto vinculado a los bienes históricos, culturales y ambientales, a cuyo fin vamos a seguir la doctrina expuesta en la Argentina, por el doctor LUIS ANDORNO⁹⁵. Y en Europa, por MICHEL PRIEUR.

El “patrimonio común” es una noción compleja, de geometría variable, que trasciende la distribución del sujeto y de objeto y las diferenciaciones entre derecho público y derecho privado o entre derecho internacional y derecho nacional, comprendiendo actualmente dos realidades: la primera relacionada con la noción clásica surgida del derecho civil de los bienes, según la cual patrimonio es el conjunto de bienes y de las obligaciones de una persona considerada como una universalidad de derechos y, por lo tanto, situándose en el cruce del derecho de los bienes y del derecho de la persona. Esta concepción implica cuatro elementos constitutivos: un valor pecuniario dado a un bien evaluable en dinero en un mercado, una apropiación privativa del bien, un titular claramente identificado de los derechos sobre ese bien y una administración prudente y cuidadosa de ese bien para permitir su transmisión sucesoria en las mejores condiciones

Véase artículo 2312, in fine, del Código Civil Argentino: “El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio”. Y nota del codificador argentino: “El patrimonio de una persona es una universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derecho que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas”. Sin embargo, la Ley de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción 22441/95, introdujo sin ambages en nuestro ordenamiento jurídico, la idea del patrimonio autónomo, separado o de afectación, que se aparta del referido principio de “unidad” del patrimonio.

Ahora bien, la segunda realidad en relación al patrimonio es una especie de “extensión” de la concepción civilista aplicada, en primer lugar, a los bienes históricos y culturales y, más recientemente, a la naturaleza y finalmente, de forma más general, al medio ambiente. Se trata de expresar un valor colectivo inherente a bienes o a cosas independientemente de su status jurídico. El patrimonio común representa entonces un interés colectivo en la preservación de una riqueza de orden cultural o natural, legada por nuestros antecesores y que conviene transmitir intacta a las generaciones futuras.

Este concepto de patrimonio es muy diferente del anterior en lo que respecta a tres de sus elementos: no tiene valor pecuniario (¿cuál es el valor del mercado de la

⁹⁵ ANDORNO, Luis O.: “Ambiente: res communis y propiedad en el ámbito de la U.E, el MERCOSUR y el ALCA” en JA, 2002, III- fascículo n. 2.- PRIEUR, Michel: “La noción de patrimonio común », JA, 1998-IV-1014.

Catedral de REIMS o de una especie animal protegida?); no tiene necesariamente un propietario (los elementos de la naturaleza serán, según el caso, *res nullius* o *res communis*); el titular de los derechos sobre ese patrimonio no está bien identificado (¿el estado, la nación o la humanidad?). El único elemento común a los conceptos de “patrimonio” es que sea administrado prudentemente, es decir fijar adecuadamente las condiciones de la transmisión y las necesidades de la preservación.

A la luz de lo expuesto, el medio ambiente no tiene valor pecuniario; no tiene necesariamente un propietario, toda vez que los elementos de la naturaleza serán según el caso, *res nullius* o *res communis*. Por lo demás, el titular de los derechos sobre el patrimonio no está bien identificado. Y obviamente tal patrimonio común debe ser adecuadamente administrado y necesariamente preservado para las generaciones futuras.

El derecho Italiano caracteriza al medio ambiente, como al “paisaje”, al “hábitat”, como categoría de relación, que expresa la recíproca influencia de una serie de elementos, los cuales en su conjunto están en grado de constituir un valor distinto de aquel que coincide con la suma de elementos singulares; valor que en cuanto expresivo de tal relación resulta intraducible mediante parámetros económicos.

3. El Ambiente Como Derecho Público Subjetivo

La tutela del medio ambiente se integra a los derechos de tercera generación, que son aquellos derechos públicos subjetivos cuyo titular es la sociedad o los sectores sociales que en su escala integran. El constituyente argentino de 1860, a la hora de fundamentar el artículo 33 de la Constitución Nacional, de los derechos implícitos en la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, pensó en la sociedad como ente moral o colectivo, como lúcidamente sostuviera Bartolomé Mitre, en su alegato a favor de introducir los mencionados derechos implícitos o no enumerados.

Para esta doctrina, no es necesario que el particular afectado (titular en un fragmento o porción indiviso del interés difuso vulnerado), miembro de un grupo colectivo, deba tener una afectación económica concreta y probada para que sea procedente la acción de clase, en los términos del artículo 43, segunda parte, de la Constitución Argentina, según la Reforma Constitucional de 1994.

No cabe considerar la legitimación del afectado como individual, directa, exclusiva. Si un agresor contamina el ambiente, los afectados son un género indeterminado e indeterminable de individuos, por razón de su vinculación territorial - de vecindad - o de otra naturaleza - es decir que se encuentren afectados a distancia - que sufren perjuicio por el hecho de la contaminación. Cada afectado lo es en forma potencial, sin perjuicio de que exista efectivamente un daño comprobado a su salud o patrimonio. En rigor el afectado efectivo es la sociedad. Estamos en presencia de un derecho de tercera generación.

No se trata de una variable de derechos individuales, sino de derechos públicos, que la Constitución Argentina califica expresamente como de “incidencia colectiva”. Esto es aplicable a la tutela dispuesta por el artículo 26 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pues dispone en su encabezamiento que “el ambiente es patrimonio común”. Y la Constitución del Paraguay, engloba en la tradicional denominación de “intereses difusos”.

4. El Ambiente Como Derecho De Incidencia Colectiva

4. 1. Clasificación De Los Derechos

A partir de la Reforma de la Constitución Argentina en 1994, claramente, a nuestro juicio, existen tres clases de derechos con base en la Ley Suprema: 1) los derechos individuales; 2) los derechos colectivos corporativos; 3) los derechos de incidencia colectiva.

Dentro de esta última clase de derechos de incidencia colectiva, se ubica de manera expresa, el derecho ambiental (según el juego concordante de los Artículos 41 y 43 de la Constitución Argentina)

Los derechos individuales comprenden la totalidad de los intereses que se alojan en las diversas situaciones de derecho, según la estructura trilogica que enseñara JELLINEK⁹⁶, o casilleros clásicos, a saber: 1) los derechos subjetivos; 2) intereses legítimos; 3) intereses simples⁹⁷. A su vez, los derechos colectivos corporativo⁹⁸ alcanzan los derechos de clase en cabeza de un sujeto de derecho colectivo, constituido mediante norma Estatutaria Social, registrada por la Autoridad de contralor, o en otras palabras, inscrita en un Registro Público, autorizado por el Estado. Se trata en general de las asociaciones profesionales.

⁹⁶ MARIENHOFF, Miguel S. “La legitimación de las acciones contra el Estado (acción popular, interés simple, interés difuso)”, LL, 1986-C- 899.- “Delfines o toninas y acción popular”, ED, 105-244.- “Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso”, ED, 106-922. QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “La teoría de los derechos públicos subjetivos en el pensamiento de Jellinek y de Vittorio Emanuele Orlando”, en Revista IUS, La Plata, Editora Platense, 1978, Núm. 27, p. 23 y ss.

⁹⁷ GORDILLO, Agustín, Sección II, Capítulo II: Derechos de incidencia colectivo.- Capítulo III: El derecho subjetivo en el derecho de incidencia colectiva. Capítulo IV: el interés legítimo,. En su magnífico “Tratado de Derecho Administrativo”, 2º edición, Fundación de Derecho Administrativo, 1998.- DROMÍ, José R. “Derecho Subjetivo y responsabilidad pública”, Editorial Grouz, p. 53- 57, Madrid, 1986.-

⁹⁸ El autor italiano A. GIANNINI, define a los intereses colectivos: “Son aquellos que se identifican a través de un criterio puramente subjetivo, que es el de su portador: son tales intereses que tienen como portador, o centro de referencia, a un ente exponencial de un grupo no ocasional”. Esta línea argumental influyó en la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano. Así se ha dicho que los intereses difusos son aquellos caracterizados por la simultaneidad de su referencia subjetiva a todo o parte de los componentes de una colectividad determinada (Consejo de Estado, decreto 24 del 19 de octubre de 1979). También se afirmó que se trata de un haz de intereses idénticos, a título de coparticipación, referidos a sujetos diversos, que sin embargo pertenecen al mismo grupo (Consejo de Estado, sentencia 378, del 18 de mayo de 1979).

Por último, los derechos de incidencia colectiva⁹⁹, intereses difusos¹⁰⁰, de categoría, de clase¹⁰¹, en un sentido amplio, comunitarios, generales¹⁰², de grupo¹⁰³, supraindividuales, masificados, que constituyen en su conjunto, el tercer segmento de derechos. Los “Nuevos Derechos”¹⁰⁴, que la Constitución Argentina menciona al pasar, en el artículo 43, 2º párrafo, al instituir un tipo de amparo, denominado “colectivo”¹⁰⁵. También esa misma norma, enumera de manera simplemente ejemplar, los que considera constituyen “especies” de esta “familia” de derechos: derecho del usuario y del consumidor, derecho contra la discriminación social, derecho a la libre competencia, y el derecho ambiental.

4. 2. Los Nuevos Derechos

Estos derechos son un TERTIUM GENUS, que se caracterizan por presentar una matriz híbrida¹⁰⁶, mixta, bifronte¹⁰⁷, bicéfalo. O como el Dios Jano dos caras¹⁰⁸. Es que, como se ha dicho con razón, tienen “cuerpo privado, y alma pública”¹⁰⁹.

⁹⁹ CARNOTA, Walter F. “Derechos de Incidencia Colectiva en general”, nota a fallo de la CFed., Seg. Social, Sala II, 2002/12/09 – “Asociación Amas de Casa de la Provincia de La Rioja v. Administración Nacional de la Seguridad Social”, publicado por Revista Jurídica La Ley.- destaca el carácter “compartido” de estos derechos, como acontece claramente con las hipótesis ambientales y de usuarios y consumidores.- Además, señala lo que considera, una arista objetiva: incidencia colectiva”; con la paralela, arista subjetiva, legitimación de los accionantes.

¹⁰⁰ En doctrina han recibido diversas denominaciones, así los llama derechos o intereses difusos, indiferenciados, de grupos, intereses de masa, difundidos o propagados. Asimismo profesionales, fragmentarios (Gozaíni), supraindividuales (CORSANITI), sin estructura (BERTI), dispersos o sin dueño o anónimos (GIANNINI), heteróclitos (LOZANO- HIGUERA). También se los llama: intereses fragmentarios (FIX ZAMUDIO), intereses de pertenencia difusa, colectivos, metaindividuales, transindividuales, propagados, intereses debilitados o de estructura débil, transpersonales, dispersos, disminuidos, ocasionalmente protegidos, asociativos, plurales homogéneos o fungibles, de categoría, asociativos, impersonales, generales.-

¹⁰¹ BIDART CAMPOS, Germán J. “Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y la vida”, ED, 154- 710, explica que se los designa como intereses difusos porque están desparramados o compartidos entre todos cuantos componen esa sociedad o ese grupo, porque no pertenecen individualmente a una persona o varias, sino a “todo” el mismo a que esos intereses afectan, compartidos por todos o igual al otros.

¹⁰² De clase o categoría (Lugo). También se los denomina intereses de serie o de sector (Caravita).

¹⁰³ Que parece ser la denominación que con más frecuencia emplea la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹⁰⁴ BUJOSA VADELL, Lorenzo- Mateo: “Sobre el concepto de los intereses grupo difusos y colectivos”, LL, 1997-F-1142.

¹⁰⁵ ZANNONI, Eduardo “La Reforma de la Constitución y la protección de los intereses difusos”, RDPyC, Rubinzal- Culzoni, N° 7, p. 101 y ss.

¹⁰⁶ CARNOTA, Walter F., “Nuevas dimensiones de los procesos constitucionales. La acción de amparo colectivo”, en obra colectiva, “El Derecho constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y Perspectivas”, p. 421, nota N° 46, Buenos Aires, 2000.- QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “El amparo Colectivo”, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1998.

¹⁰⁷ GOZAÍNI, Osvaldo: “La legitimación de obrar y la defensa procesal del ambiente y demás derechos difusos”, p. 14, en obra colectiva “Responsabilidad ambiental”, Editorial Universidad de Belgrano, 1999, señala que los derechos difusos son preponderantemente derechos híbridos, que poseen un alma pública y un cuerpo privado, que trascienden el derecho subjetivo particular y extienden el campo de la protección pública.

Participan de la naturaleza compleja, desconcertante¹¹⁰, de tipología difusa, grupal¹¹¹, colectiva, comunitaria, general, característica de los denominados por la Constitución Nacional Argentina de 1994, derechos de incidencia colectiva¹¹² (conocidos

Son, en definitiva, intereses pluriindividuales de relevancia pública, cuya forma más natural y corriente de representación es la asociativa.

¹⁰⁷ Hemos señalado el carácter bifronte, de estos derechos, con anterioridad. Véase CAFFERATTA, Néstor A. “Derecho Administrativo y Derecho Ambiental”, p. 1, en Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, a cargo de Agustín GORDILLO, Especial – Doctrina, LL, Buenos Aires, 18 de febrero de 2005.

¹⁰⁸ MORELLO, Augusto M., “La tutela de los intereses difusos en el Derecho argentino”, LEP, 1999, p. 46, refiere que el daño ambiental es como el Dios Jano, tiene dos rostros, zonas bifrontes. Estamos convencidos que esta característica, no es tan sólo del daño ambiental- que aloja dos categorías de daños, y como tal es una expresión ambivalente, que expresa por un lado, la lesión que recae sobre el patrimonio concreto, propio, diferenciado, individual, y por el otro, el daño ambiental colectivo, o daño al ambiente en sí mismo, que afecta o incide en el patrimonio comunitario -, sino también de toda esta clase de derechos. Los que afectados en su integridad, exhiben notas de este tipo.

¹⁰⁹ Aunque ya hemos citado lo dicho por GOZAÍNI, Osvaldo, cabe señalar que en punto a esta cuestión, es recomendable la lectura de los siguientes trabajos, de este autor: “La legitimación de obrar y la defensa procesal del ambiente y demás derechos difusos”, p. 9 y ss, en obra colectiva “Responsabilidad ambiental”, Editorial Universidad de Belgrano, 1999.- Ídem, “La legitimación de obrar y los derechos difusos”, en obra colectiva “Derecho Procesal en vísperas del Siglo XXI. Temas actuales”, p. 226, Ediar, 1997.

¹¹⁰ MORELLO, Augusto M.- CAFFERATTA, Néstor A., “Visión procesal de cuestiones ambientales, p. 23, Rubinzal- Culzoni, 2004.

¹¹¹ BUJOSA VADELL, Lorenzo M., “Sobre el concepto de los intereses de grupos, difusos y colectivos”, LL, 1997-F, 1142.

¹¹² QUIROGA LAVIÉ, Humberto- BENEDETTI, Miguel- CENICACELAYA, María de las Nieves: “Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I, p. 292, Rubinzal- Culzoni, 2001.- GORDILLO, Agustín: “Derechos de Incidencia Colectiva”, p. 274 y ss, en obra colectiva “El Derecho Administrativo Argentino Hoy”, Editorial Ciencias de la Administración División Estudios Administrativos, 1996.- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A. “Los llamados intereses difusos y la protección constitucional del medio ambiente”, ED, 147-784.- BIDART CAMPOS, Germán J. Intereses difusos, Enciclopedia Jur. Omeba, Bibliográfica Argentina, 1990.- Del mismo autor: “Intereses difusos y medio ambiente”, ED, 123-538.- “Los intereses difusos en el realismo socio jurídico del Poder Judicial”, ED, 131-137.- “Los intereses difusos mezclados en una cuestión de Derecho Minero”, ED 142-457.- “Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y a la vida”, ED, 154-710.- “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, volumen VI, La Reforma Constitucional de 1994, Ediar, 1995.- SABSAY, Daniel- ONAINDE, José: “La Constitución de los Argentinos”, 2da edición, Editorial Errepar, BsAs, 1995.- ZANNONI, Eduardo: “La Reforma Constitucional y la protección de los intereses difusos”, Revista de Derecho Privado N 7, Rubinzal- Culzoni.- PEYRANO, Guillermo F: “Daño ecológico, protección del medio ambiente e intereses difusos”, J.A-1983-III-835. MORELLO, Augusto M., “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, Librería Editora Platense, 1999.- Del mismo autor: “La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal”, JA- 1978-III-321.- “Los intereses difusos y el derecho procesal (del amparo individual al colectivo)”, JA, 1990-IV-47.- MORELLO, Augusto M.- HITTERS, Juan C.- BERIZONCE, Roberto O. “La defensa de los intereses difusos”, JA, 1982- IV, 700.- MORELLO, Augusto M.- STIGLITZ, Gabriel A. “Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos”, JA, 1985-IV-653.- MORELLO, Augusto M.- STIGLITZ, Gabriel: “Tutela Procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos”, LEP, 1896.- RIVAS, Adolfo A. “Derechos subjetivos, intereses difusos y acciones populares”, ED, 135-869.- IRIBARNE, Héctor P. “Los intereses difusos. Su percepción desde el punto de vista de los derechos sustantivos”, Universidad Austral Anuario N° 3, Abeledo- Perrot, 1997; PALACIO, Lino E. “La protección jurisdiccional de los intereses difuso”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho, Segunda Época, año XXXII, N° 25, Buenos Aires, 1988, p. 135.- CAPELLA, José Luis: “Intereses difusos. Ley 10.000”, Gráfica Esfinge, 1995.- GOZAÍNI, Osvaldo A., “La legitimación para obrar y la defensa procesal del Ambiente y

por la doctrina procesal, como intereses difusos), que se muestran fungibles¹¹³, impersonales, indiferenciados¹¹⁴, con manifestaciones en el derecho privado / público - con base constitucional -, sin ninguna dificultad. Y en cada situación presentan mayor o menor intensidad, de caracteres de uno o de otro.

Son derechos individuales que inciden colectivamente. Que influyen, sobre una “colmena de derechos”¹¹⁵. Y que alojan, contienen, un “haz de intereses”¹¹⁶, yuxtapuestos¹¹⁷, agregados, patrimoniales y extrapatrimoniales, y de bienes¹¹⁸, que se consideran sumamente valiosos, preciosos para la subsistencia, el desarrollo, la tranquilidad, la paz, la armonía, el orden público, justo, duradero, la convivencia social. Y la justicia social, y distributiva.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha recogido con meridiana claridad esta clasificación.

Partiendo de la existencia de derechos individuales y derechos de incidencia colectiva, e inspirada probablemente, en distinción que la legislación brasileña

demás derechos difusos”, p. 9 y ss., en obra colectiva: “Responsabilidad Ambiental”, Editorial de Belgrano, 1999.- VAZQUEZ ROSSI, Jorge: “Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos”, Cuadernos de Derecho Procesal, 1, Rubinzal- Culzoni, 1983. BELLORIO CLABOT, Dino “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 351, Ad- Hoc, 1997.- FRANZA, Jorge A.- TOMA, Pedro B.: “Manual de Derecho Ambiental”, Tomo 1, p. 112, Ediciones Jurídicas, 1995.

¹¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño”, los caracteriza por su falta de pertenencia a una persona aislada o a grupos delimitados. Pertenecen a una serie indeterminada de individuos de difícil o imposible determinación y su referencia a un bien indivisible, con el que se hallarían en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de todos así como la lesión a uno sólo, constituye, ipso facto, lesión a la entera colectividad.

¹¹⁴ GOLDENBERG, Isidoro- CAFFERATTA, Néstor A., “Daño Ambiental: problemática de su determinación causal”, p. 19, Abeledo- Perrot, 2001.- Los intereses difusos tienen, ante todo, un carácter impersonal. Los derechos de incidencia colectiva abrazan intereses ajenos, pero similares, por lo que presentan una dimensión social que rebasa la clasificación clásica del derecho subjetivo individual, y se refieren a un bien insusceptible de apropiación exclusiva o excluyente.

¹¹⁵ Que afectan a muchos como si se tratara de una “colmena de derechos” (ORGAZ), porque se difuminan, incidiendo en todos, muchos o quienquiera.

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia Santa Fe, in re “Federación de Cooperadoras Escolares de Rosario c/ Provincia de Santa Fe s/ recurso contencioso administrativo ley 10.000”, JA, 1991-IV-293. En su voto el Juez ULLA, dice que el interés difuso aparece no como una suma ni una combinación, sino más bien como un haz de intereses natural y necesariamente comunes, privado naturalmente de un centro de referencia unitaria, excepto los casos en que exista un ente exponencial (CARAVITA). También entiende al ambiente, como “matriz de valores apreciables”, aunque también en términos no exclusivamente económicos, en razón de que su contenido se extiende a los que se denominan “intereses de vida”, que son significativos.

¹¹⁷ SCJBA, “ALMADA, Hugo, y otros c/ COPETRO SA”, LLBA, 1998-94, con nota de STIGLITZ, Gabriel; y LLBA, 1998-1309, con nota de CAYUSO, S.- Además, en JA, 1999-I-259, con nota de MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., resulta ilustrativo las reflexiones del Juez Eduardo PETTIGIANI, en cuanto habla de una “imbricación de intereses” entre el uno y la comunidad.

¹¹⁸ LORENZETTI, Ricardo: “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, L.L. 1996-D-1058. Véase GARRIDO CORDOBERA, Lidia: “Los daños colectivos y la reparación”, Universidad, 1993. BIDART CAMPOS, Germán J., “Otra vez los bienes colectivos”, LL, 2002-A, 1377.

estableciera en relación a los intereses difusos (difusos, plurales homogéneos y colectivos), in re “DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD Autónoma de Buenos Aires v. ESTADO NACIONAL”¹¹⁹, el 31/10/2006, dijo: “En materia de legitimación de obrar corresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes individuales son ejercidos por su titular. Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, son ejercidos por el Defensor del Pueblo, las asociaciones (ambientalistas) y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes”.

“En primer lugar que la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de una pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no nos son divisibles en modo alguno. En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera”.

“Que la Constitución [de la Nación Argentina] admite una tercera categoría conformada por los derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos, cuando hace alusión a los derechos de los consumidores y a la no discriminación en su artículo 43. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea”.

De manera que el operador jurídico deberá estar atento, para calificar la situación que se le presenta, para una vez realizado el encuadre, encontrar los principios, técnicas, herramientas adecuadas, para dar solución justa al problema que se le plantea.

¹¹⁹ CORTE SUPREMA, 31/10/2006 – Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires v. Estado Nacional, JA, 2006-IV, fascículo n. 13, p. 22.

Además, deberá tenerse en cuenta, que estas materias, en especial el derecho ambiental, operan en su plenitud, con reglas propias, principios propios¹²⁰, y hasta métodos propios¹²¹. Sin dejar de lado, por ello, respecto de las demás disciplinas tradicionales del derecho, su naturaleza, horizontal¹²², transversal, o de base interdisciplinaria¹²³. Sin desmedro, de resaltar la enorme importancia que reviste para

¹²⁰ PIGRETTI, Eduardo A., “Un Nuevo ámbito de la responsabilidad. Criterios, principios e instituciones del derecho ambiental”, p. 21 y ss., en obra colectiva “La Responsabilidad por daño ambiental”, 1986, Centro de Publicaciones Sociales. De este mismo autor, véase “Indemnización por daño ambiental”, p. 101, en obra colectiva: “Humanismo ambiental”, III Jornadas de Reflexión, organizada por la Academia Nacional de Derecho, Córdoba, 2001.- Recientemente, este notable académico, escribió que “asistimos a modificaciones del pensamiento mucho más poderosas de las que hasta el presente hemos avizorado y se han podido concretar”. Y se advierte que, “ya hoy y ahora el derecho se ha modificado de manera llamativa y tal vez por primera vez en la historia ha creado instituciones y modificado creencias y dogmáticas legales desde el tiempo del Derecho Romano hasta nuestros días”. MORELLO, Augusto M., “Derecho de Daños. Dimensiones actuales y trayectorias”, p. 92, LEP, 1997, nos habla de una nueva filosofía ante los nuevos daños de superlativa repercusión vital.

¹²¹ Para ampliar véase LORENZETTI, Ricardo L., “La nueva ley del ambiente Argentina”, La Ley, boletín del 6 de mayo 2003; PIGRETTI, Eduardo, “Derecho Ambiental Profundizado”, p. 72 y ss, La Ley, 2003, del mismo autor: ¿Ley General del Ambiente?, en Adla Bol. 32/02, p. 2; SABSAY, Daniel- DI PAOLA, Eugenia: “El daño ambiental y la nueva ley General del Ambiente”, Adla, Bol. 17/ 2003, p. 1 y ss; VALLS, Mario “La ley 25675 General del Ambiente. Una miscelánea de medidas protectoras del ambiente uniformes que sigue dispersando la legislación ambiental federal”, JA 3003-III, 1294; “Ley 25675/ año 2003/ La Ley General del Ambiente – Comentada”, en El Dial suplemento Ambiental.- ESAÍN, José “El Federalismo Ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental y la Ley General del Ambiente 25675”, JA, 2004-I, fascículo N° 1; DE BENEDICTIS, Leonardo: “Daño ambiental y responsabilidades emergentes”, DJ, 2003- 221 del mismo autor: “Comentarios acerca de la ley general del ambiente (ley 25675)”, DJ, 2003-1, 427; ROUGÈS, Carlos “La nueva regulación del daño ambiental: su trascendencia”, ElDial. Com, Suplemento Ambiental.- CAFFERATTA, Néstor A., capítulo 12, Responsabilidad Civil por Daño ambiental, ps. 533 a 738, del “Tratado de la Responsabilidad Civil”, TRIGO REPRESAS, Félix A.- LÓPEZ MESA, Marcelo, Le Ley, febrero 2004.- GOLDENBERG, Isidoro H. - CAFFERATTA, Néstor A.: “El principio de precaución”, J.A 2002- IV, fascículo n. 6.- CAFFERATTA, Néstor A.: “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada”, DJ, 2002- 3, p. 1133, boletín del 26 de diciembre 2002. Además, de nuestra autoría puede consultarse los siguientes trabajos: “Daño ambiental colectivo y proceso civil colectivo Ley 25675”, Revista de Responsabilidad civil y Seguros, Año V, N° II, marzo - abril 2003, p. 51.- Ib idem, “Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba”, La Ley Córdoba, año 20, número 10, noviembre de 2003, p. 1200. “Principio precautorio y Derecho Ambiental”, La Ley, año LXVII, N° 233, boletín del 3 de diciembre 2003. “El Principio Precautorio”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Año V, N° 6, noviembre- diciembre de 2003.- MAIZTEGUI, Cristina: “Daño Ambiental: una hipoteca al futuro”, JA, 2002-III, 980; ORONA, Claudia- GIARDINA, Ernesto- CIMATO, Maria: “Viabilidad del principio de precaución en nuestra actividad jurisdiccional y como elemento integrante del proceso de toma de decisiones”, LL Suplemento de Derecho Ambiental, 26 de diciembre 2003, año X, N° 5, FARN; del mismo suplemento, ESTRADA OYUELA, Raúl - AGUILAR, Soledad, “El principio o enfoque precautorio en el Derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente”, Año X, N° 4, 22 de septiembre de 2003; MIRRA, Álvaro V. “Direito Ambiental brasileiro: o principio da precaução e sua aplicação judicial”, JA, 2002-III, 1041. PRIERI BELMONDE, Daniel A., “Los efectos erga omnes de la sentencia en la acción de amparo ambiental”, JA, 2002-III, 1035.

¹²² VALENZUELA FUENZALIDA, Rafael: “Hacia un concepto de Derecho Ambiental”, p. 112, Revista Ambiente y Recursos Naturales, Fundación FARN, LL, abril- junio, volumen III, N° 2.

¹²³ PIGRETTI, Eduardo: “El Derecho Ambiental como revolución social política jurídica”, en boletín de LL, Año LXVIII, N° 187, del 28 de septiembre 2004, enseña que “quienes estamos interesados en el ambiente no

resolver las cuestiones que lo integran - álgidas, difíciles, complejas¹²⁴ -, la pericial técnica, o el auxilio de las ciencias duras¹²⁵, de la naturaleza, o incluso sociales.

Es que son disciplinas o ramas del derecho que presentan cierto grado de autonomía (o especialidad), pero al mismo tiempo, paradójicamente, se nutren o integran de reglas provenientes de otras divisiones del derecho, y como tal, contienen un marcado carácter de fuentes heterónomas.

Se trata en síntesis, de derechos que en su tipología, podrían calificarse de “extremadamente jóvenes”, que se muestran como muy “dinámicos y cambiantes”, en plena etapa de evolución y desarrollo y que por su propia lozanía, sufren “una metamorfosis continua”, buscando espacios en las más variadas facetas del derecho, a las que incorpora inclusive “a contrapelo”. Y que atienden a una “doble dimensión temporal”¹²⁶. Así, desde el punto de vista procesal, representan una suerte de “insurrección contra el proceso civil clásico”¹²⁷, en el sentido que le demanda una inteligente adecuación a esas nuevas realidades.

A su vez, se levantan como derechos personalísimos¹²⁸, y respondiendo a su perfil o naturaleza, bipolar, se exhiben como derechos predominantemente sociales¹²⁹. Son

podemos negar que enfrentamos una auténtica revolución de carácter general abarcativa, transversal e interdisciplinaria”.

¹²⁴ MORELLO, Augusto M., “Dificultades de la prueba en procesos complejos”, Rubinzal- Culzoni, 2004.

¹²⁵ FALBO Aníbal J. “El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales” J.A. 1995-IV-976

¹²⁶ OJEDA MESTRE, Ramón, “El Derecho Ambiental del Siglo XXI” / “El nuevo Derecho Ambiental”, Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental”, México, octubre 2000. Respecto del derecho ambiental, este autor mexicano, señala que es un derecho declarativamente más solidario, con interdependencia marcada con los derechos a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad y con una necesaria simbiosis con el desarrollo económico. Es pues, a querer o no, un derecho subordinado a otros. Si finalidad es velar por los intereses colectivos, no individuales sino difusos, sobre bienes de uso y goce colectivos. Tiene también en su singular teleología la intención de asumir “la calidad de vida” como valor. Calidad de vida que va de la mano del reconocimiento a la dignidad humana.

¹²⁷ BENJAMÍN, Antonio H., “¿Derechos de la naturaleza”, ob. cit., p. 31 y ss.

¹²⁸ MORELLO- STIGLITZ, “Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e intereses colectivos”, p. 101, LEP, 1986, dicen “de los derechos de la personalidad, dentro de los que por naturaleza se ubica este denominado “interés ecológico”.- Asimismo, siendo la salubridad del ambiente una condición para el desarrollo de la persona, es cada vez mayor la tendencia a reconocer en el derecho al ambiente un autónomo derecho de la personalidad. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, afirma que “el derecho a un ambiente sano es un derecho personalísimo, y como tal inalienable, intransferible, inviolable, vitalicio”, de su trabajo “Daño ambiental”, en obra colectiva “Revista Lecciones y Ensayos”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, 1998/99- 72/73/74, p. 164, Abeledo-Perrot. Concorre con una opinión semejante, GOLDENBERG, Isidoro H.: “Daños a los derechos de la personalidad”, en Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge MOSSET ITURRASPE, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 336. Del mismo autor, véase GOLDENBERG, Isidoro H., “Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación”, Buenos Aires, 1993, p. 319 y sig.- También puede consultarse GOLDENBERG, Isidoro H. - CAFFERATTA, Néstor A. “Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal”, p. 22, Abeledo- Perrot, 2001.- Participa de este criterio, VAZQUEZ FERREYRA, Roberto y VÁZQUEZ FERREYRA, DAMONTE Amanda A. de: “Los nuevos derechos de la

derechos de las generaciones actuales de los principios del Siglo XXI, pero asimismo de las generaciones futuras. Se basan en ideas o valores, de paz, cooperación, solidaridad¹³⁰. Por lo expuesto, se trata de derechos humanos, básicos, esenciales, presupuestos de la personalidad, de tercera y generación¹³¹ -en cuanto derechos intergeneracionales¹³².

Están además, íntimamente ligados con el derecho a la vida¹³³.

personalidad: Medio Ambiente e identidad personal, E.D. 7/12/92. Más recientemente, véase LUGONES, Juan N., "El Derecho Ambiental como derecho humano", JA, 2001-I-1157.- En ese sentido, véase doctrina judicial de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BSAS., Ac. 60094, 19/5/98, "ALMADA, Hugo N. v. COPETRO S.A y otro", Ac. 60251, "IRAZU, Margarita v. COPETRO S.A y otro"; Ac. 60254, "KLAUS, Juan J. v. COPETRO S.A y otro", con nota laudatoria de STIGLITZ, Gabriel A., "Prevención de daños ambientales en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, L.L BsAs, 1998, p. 940; MORELLO, Augusto M, de su obra "La Tutela de los Intereses Difusos en el Derecho argentino", LEP, 1999, según la cita de SCJBA, 19/5/98, "ALMADA, Hugo v. COPETRO S.A.", donde se transcribe el Fallo in extenso, en Capítulo VIII, "Panorama de la jurisprudencia", p. 141- 165. Para ampliar, consultar, J.A, 1999-I-227, comentario de MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., "La efectiva prevención del daño ambiental".

¹²⁹ MORELLO, Augusto M.- STIGLITZ, Gabriel A.: "Tutela Procesal de Derechos personalísimos e Intereses Colectivos", p. 91, Librería Editora Platense, 1986, informan que la más moderna orientación que ofrece el Derecho Comparado, revela la configurabilidad de un verdadero derecho social a la salubridad del ambiente, como condición esencial para un completo desarrollo de la personalidad y el pleno desenvolvimiento de la persona humana.

¹³⁰ JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, "Los derechos humanos de la tercera generación", p. 58, 66/72, Ediar, 1997.

¹³¹ BIDART CAMPOS, Germán: "Manual de la Constitución Reformada", Tomo I, p. 476, Ediar, 1998, enseña que en la actualidad, el plexo de derechos humanos se descompone en tres categorías, según el orden cronológico en que fueron apareciendo históricamente. Se habla así, de tres generaciones de derechos por la época en que se generó cada una. Los derechos de la primera generación fueron –y continúan siendo- los clásicos derechos civiles y políticos; los de la segunda generación emergen como derechos sociales, económicos y culturales (o derechos sociales en su conjunto), con el constitucionalismo social en el siglo XX, los derechos de la tercera generación atisban incipientemente desde hace escaso tiempo, e incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano, a la comunicación e información, etc. Podrían titularse derechos colectivos. Del entrañable Maestro del Derecho Constitucional, "Las tres generaciones de derechos", LL, 29 de septiembre 2003. Para ampliar, véase: LORENZETTI, Ricardo L., "Las Normas Fundamentales de Derecho Privado", p. 112- 113, Rubinzal- Culzoni, 1995. También, JIMÉNEZ, Eduardo P., "Los derechos humanos de la tercer generación", Ediar, 1997.- En el derecho comparado, consultar LÓPEZ RAMOS, Neófito: Prólogo, p. 14, de las "Memorias del Primer Encuentro Internacional del Derecho Ambiental", organizado por la SEMARNAT Secretaria de Medio Ambiente y Recursos Naturales - INE Instituto Nacional de Ecología, su publicación, impreso en México, 1º edición, octubre 2003.

¹³² MORELLO, Augusto M., "Los Derechos del Hombre de Tercera y cuarta Generación", p. 947, ap. 284, en su magnífica obra "Estudios de Derecho procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas", LEP, 1998.-

¹³³ MORELLO, Augusto M. – VALLEFÍN, Carlos: "El Amparo. Régimen Procesal", p. 238, Librería Editora Platense, 2º edición, enfatizan este aspecto en relación a la temática de los intereses difusos en general: "suponen indisolublemente el derecho a la vida, a la salud, a tener un mínimo de privacidad -el clásico derecho de estar a solas- a que la circunstancia merezca y reciba potencial protección efectiva que hasta ahora se prodigaba a la persona en su individualidad".

4. 3. Derechos Invasores

Y por si fuera poco, son derechos invasores¹³⁴, porque ejercen un fuerte poder de irradiación¹³⁵ sobre otras ramas del derecho ortodoxo. Son contestatarios¹³⁶. Rebeldes. Tienen estructuras desarregladas. Heteróclitos¹³⁷.

Cuando se alojan, o atacan, a una situación de derecho, le dan su impronta, produciendo una suerte de desajuste del instrumental clásico¹³⁸, aunque fuera “de prosapia y linaje histórico indiscutido” (MORELLO), que se torna disfuncional, inadecuado¹³⁹, frente a esta novísima problemática, que impone la necesidad y la urgencia de cambiar, buscar nuevas respuestas para nuevas demandas, modificar conceptos, aggiornar instituciones¹⁴⁰, adaptar soluciones, que resultan insuficientes, a la luz de cuestiones distintas, diferentes. O aplicar “lo mismo, pero de manera diferente” (MORELLO)

Desbordan el derecho subjetivo, individual de CAYO Y TICIO¹⁴¹, y comprometen el interés de infinidad de personas, de gente, que según los cánones históricos del proceso civil, son extraños, o ajenos, a los mismos (huérfanos de tutela,

¹³⁴ Así por ejemplo, cabe señalar que en nuestra doctrina MOSSET ITURRASPE, Jorge: “El daño ambiental en el derecho privado”, p. 31, de la obra colectiva “Daño Ambiental”, Rubinzal- Culzoni, 1999, afirma que el derecho ambiental, se trata de “un derecho con pretensiones abarcativas excesivas”. Lo mismo, en general, se puede decir de estos Nuevos Derechos, que se caracterizan por un perfil expansivo, ya que al decir del Magistrado de Poder Judicial Federal de México, LOPEZ RAMOS, Neófito, en su Ponencia: “Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica. Legitimación, medidas de urgencia, prueba, costos y costas, alcance de la sentencia”, p. 141 y ss, trabajo publicado en “Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la Normativa Ambiental”, 23 y 24 de septiembre de 2003, Buenos Aires, FARN, 2003: “necesitan de odres nuevos”.

¹³⁵ LOPEZ RAMOS, Neófito, op. cit.-

¹³⁶ BENJAMÍN, Antonio H. “¿Derechos de la naturaleza?”, p. 31, en obra colectiva “Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI”, Homenaje al doctor Roberto M. LOPEZ CABANA, Abeledo Perrot, 2001.

¹³⁷ LOZANO - HIGUERA PINTO, Manuel: “Intereses difusos y protección del patrimonio cultural”, p. 411, en obra colectiva “La Legitimación”, en Homenaje al profesor doctor Lino E. PALACIO, Abeledo- Perrot, 1996.

¹³⁸ CLERC, Carlos: “La responsabilidad en el derecho ambiental”, p. 71 y ss., en obra colectiva “La responsabilidad por daño ambiental”, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, 1986.-

¹³⁹ CAMPS, Carlos: “Particularidades del proceso civil por daño ambiental”, J.A-1998-IV-959. En lo sustancial, véase ANDORNO, Luis O. “La Responsabilidad por daño al Medio Ambiente”, J.A-1996-IV-877. “Aspectos constitucionales del medio ambiente” J.A. 1998-IV-930; “La responsabilidad por daño ambiental”, J.A. 1999-IV-1074; “Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico”, J.A, 1999-I-1068.- Además, TRIGO REPRESAS, Félix A. “Responsabilidad civil por daño ambiental” J.A. 1999-IV-1180.

¹⁴⁰ MORELLO, Augusto M., “La Justicia frente a la realidad”, p. 129, Rubinzal- Culzoni, 2002, nos habla de la necesidad de un aggiornamiento continuo.

¹⁴¹ MORELLO, Augusto M. “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, Cap. II Los nuevos legitimados. Panorama General. Cap. III Del Proceso Individual al Colectivo, LEP, 1999.

protección jurídica)¹⁴², pero que a partir de la emersión de los intereses difusos (rebautizados por la Constitución Nacional Argentina como derechos de incidencia colectiva¹⁴³), representan una vía de canalización de estas problemáticas¹⁴⁴, y un definitivo, creemos, acercamiento de lo privado a lo público¹⁴⁵.

4. 4. Derechos De La Sociedad Del Riesgo

En la “Sociedad del Riesgo” (BECK)¹⁴⁶ de esta centuria, la vida privada se tiñe de pública.

Aunque suene reiterativo: transitamos un tiempo cambiante. La “Edad de las Garantías”¹⁴⁷ y Derechos. Y reflejo del “Modelo de Acceso a la Justicia”¹⁴⁸: de la apertura en la legitimación de obrar¹⁴⁹.

Muchos de esos nuevos derechos, no obstante su carácter de incidencia colectiva, se alojan hoy, en situaciones clásicas. Se montan sobre cuestiones¹⁵⁰ que, a primera vista, se deberían resolver por caminos tradicionales. Pero que a poco de andar, dejan traslucir que no sirven, o no alcanzan, para atrapar de manera idónea, fundamentalmente apta, la fattispecie¹⁵¹ controvertida, o instalada, muchas veces de manera angustiante.

En la urgencia, perdemos de vista lo principal, que en realidad nos encontramos ante situaciones de derechos de incidencia colectiva. Que exigen, demandan, flexibilizar

¹⁴² Cámara Federal de La Plata, Sala 3º, in re “Giménez, Dominga y otro c/ Estado Nacional”, 8/08/88, JA, 1988-III-96, con nota de MORELLO, Augusto M.- STIGLITZ, Gabriel A.- Además, LL, 1989-C-116, con nota de GHERSI, Carlos A.

¹⁴³ BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Ediar, en especial véase p. 98 y p. 381.- QUIROGA LAVIÉ- BENEDETTI- CENICACELAYA: “Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I, p. 292, Rubinzal- Culzoni, 2001, los identifican con los derechos públicos subjetivos

¹⁴⁴ CARNOTA, Walter F., “¿Auge de los procesos grupales”, en boletín LL, 29 de octubre 2002, p. 1.

¹⁴⁵ MORELLO, Augusto M., “El desafío de nuestro tiempo desde la perspectiva de la protección del medio Ambiente”, en Revista de Jurisprudencia Provincia de Buenos Aires, Junio 1993, año 3, N° 6, p. 523, Rubinzal- Culzoni.

¹⁴⁶ MORELLO, Augusto M., “La justicia de frente a la realidad”, p. 19, Rubinzal- Culzoni, 2002.

¹⁴⁷ Y que está en auge el brocardico ubi remedium, ibi ius (COMOGLIO), según así lo enseña nuestro Maestro del Derecho Procesal, MORELLO, Augusto M., “La Justicia de frente a la realidad”, p. 94, Rubinzal- Culzoni, 2002. Vid., “Constitución y Proceso. La nueva edad de las garantías constitucionales”, LEP, 1998.

¹⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro: “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”, JUS, N° 39, p. 11, La Plata, 1988. La tendencia social se muestra en una justicia con rostro humano, en la accesibilidad de los tribunales, en mejorar el acceso a los tribunales.

¹⁴⁹ Asistimos a la “Era de las legitimaciones”, véase MORELLO, Augusto M., p. 70, en “La justicia de frente a la realidad”, Rubinzal- Culzoni, 2002.

¹⁵⁰ GALDÓS, Jorge: “Proceso colectivo y daño ambiental” JA. 1999-IV-1148.- Véase asimismo de este notable autor: “Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo”, JA, 2000-II-242.

¹⁵¹ CARRANZA, Jorge: “Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental”, JA, Tomo IV, p. 701 y ss, 1989.

normas procesales¹⁵², y realizar un trabajo de interpretación, valoración, aplicación de la norma, muy fino, profundo, sensible, sutil, sagaz¹⁵³. Y comprometido socialmente, conforme la figura del Juez Activo¹⁵⁴. Aunque siempre con prudencia.

Ha nacido un tercer segmento de derechos: intereses difusos, derechos públicos subjetivos¹⁵⁵, o la familia de los derechos de incidencia colectiva. Son los Nuevos Derechos. Los Derechos Humanos de tercera y cuarta generación. Son “heréticos, mutantes, descodificantes”¹⁵⁶. Mixtos¹⁵⁷. Y el derecho ambiental se emplaza en esta novísima clase de derechos.

5. El Ambiente Como Interes Difuso

La Constitución del Paraguay contiene en el artículo 38 los intereses difusos.

Siguiendo la doctrina brasileña e italiana, es clásica en el derecho argentino la definición¹⁵⁸ de intereses difusos, como “los que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto a integrantes de grupos, clases o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce, por parte de cada una de ellas, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción de fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo, se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta simultánea y globalmente, a los integrantes del conjunto comunitario”.

¹⁵² MORELLO, Augusto M., “Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas”, Vol. 2, capítulo XLIII: “La Ciudad de La Plata y su contribución a las instituciones jurídicas”, p. 696, 702- 704, se refiere a estas matizaciones, de un rostro que dibuja una adaptación flexible de la defensa, adecuando sus fases sin sorpresas y sin tributar a un garantismo proclive a caer en el exceso ritual.

¹⁵³ Cámara Civil y Comercial de La Plata, Sala 2º, 27/04/93, In re “Pinini de Pérez c/ Copetro SA”, JA, 1993-III-368, con notas aprobatorias de MORELLO, Augusto M. y GHERSI, Carlos. Véase también Revista Jurídica Delta, N° 0, 1993, con nota de GARAY, A.- Y “Revista de Jurisprudencia del Colegio de Abogados de La Plata”, N° 38, con nota de GAJATE, R.

¹⁵⁴ BERIZONCE, Roberto: “Recientes tendencias en la posición del juez”, en “El juez y la magistratura”, 1999, Rubinzal- Culzoni, p. 43.- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Justicia y desarrollo”, ED, 24 de diciembre 1993.- PEYRANO, Jorge W.- El perfil deseable del Juez civil del Siglo XXI, JA, 2001- IV, fascículo n. 2, p. 3 y ss.- MORELLO, Augusto M., “La Justicia de frente a la realidad”, p. 85, Rubinzal- Culzoni, 2002.-

¹⁵⁵ QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “El Amparo Colectivo”, Rubinzal- Culzoni, 1998.

¹⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 483, Rubinzal- Culzoni, destaca los alcances de las mudanzas. “El surgimiento de los problemas relativos al medio ambiente incide en la fase de las hipótesis, de planteamiento de los problemas jurídicos, suscitando un cambio profundo que avanza sobre el orden del Código, proponiendo uno distinto, sujeto a sus propias necesidades. “El derecho ambiental es DESCODIFICANTE, herético, mutante: “se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características

¹⁵⁷ STIGLITZ, Gabriel A., “El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional”, p. 317 y ss, en obra colectiva “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, en homenaje al profesor doctor Atilio A. Alterini, Abeledo- Perrot, BsAs., 1997.

¹⁵⁸ STIGLITZ, Gabriel, “La responsabilidad civil: nuevas formas y perspectivas” p. 24 y 25, Ed. La Ley 1984,

En cambio, “los intereses colectivos encuentran un punto subjetivo de contacto que radica en las llamadas formaciones sociales o cuerpos intermedios, porque tienen como portavoz al ente exponencial de un grupo no ocasional, es decir, una estructura organizativa no limitada a una duración efímera o contingente, sino individualizable como componente sociológico concreto, dentro de la colectividad general. En ese sentido, los intereses difusos se traducen en colectivos, a través de un proceso de sectorialización y especificación”.

Veamos cómo define el autor italiano A. GIANNINI¹⁵⁹ los intereses colectivos: “Son aquellos que se identifican a través de un criterio puramente subjetivo, que es el de su portador: son tales intereses que tienen como portador, o centro de referencia, a un ente exponencial de un grupo no ocasional”. Esta línea argumental influyó en la jurisprudencia del Consejo de Estado italiano.

Así, se ha dicho que los intereses difusos son aquellos caracterizados por la simultaneidad de su referencia subjetiva a todo o parte de los componentes de una colectividad determinada (Consejo de Estado, decreto 24 del 19 de octubre de 1979). También se afirmó que se trata de un haz de intereses idénticos, a título de coparticipación, referidos a sujetos diversos, que sin embargo pertenecen al mismo grupo (Consejo de Estado, sentencia 378, del 18 de mayo de 1979).

En el derecho comparado, el Código brasileño de Defensa del Consumidor ley 8078/90¹⁶⁰ contiene la siguiente distinción para el ejercicio de la defensa colectiva: I) Intereses o derechos difusos, transindividuales de naturaleza indivisible, de los que surgen titulares indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; II) Intereses o derechos colectivos, los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular grupo, categoría o clase de personas ligas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; III) Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los concurrentes en origen común.

Así, en relación a la legitimación colectiva activa, LORENZETTI¹⁶¹ clasifica los intereses de la siguiente manera: a) interés individual; b) interés plurindividual homogéneo, c) interés transindividual colectivo, en el que el titular del interés es el grupo y resulta legitimado; d) intereses transindividuales difusos, que importan a la sociedad en su conjunto o bien a una generalidad indeterminada sujetos; e) interés público, en el que se legitima al Estado para la defensa de un interés general. En el interés individual, pluriindividual y grupal hay una relación directa con su titular. Este vínculo se asemeja a la misma noción difundida en el Derecho Privado patrimonial: disfrute sobre un bien o una cosa, calcada sobre el modelo del dominio; hay una relación de inmediatez. En

¹⁵⁹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “El amparo colectivo”, p. 120, 1998, Ed. Rubinzal- Culzoni.

¹⁶⁰ MORELLO, Augusto M., en su obra “La Tutela de los Intereses Difusos en el derecho argentino”, cap. III, Del proceso individual al colectivo, pág. 53, Libr. Editora Platense, 1999 -

¹⁶¹ LORENZETTI, Ricardo L.: “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 167-168, Ed. Rubinzal Culzoni, 1995.

cambio, hay otros intereses que importan a la sociedad en su conjunto o bien una generalidad indeterminada de sujetos. Estos son los transindividuales generales, que pueden referirse a toda la comunidad o a un grupo, con mayor o menor cohesión en función del interés más o menos determinado. La titularidad es difusa porque no hay un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés. No hay que se le parezca al vínculo dominial, a su inmediatez. Por esta razón nadie los cuida por su propia voluntad, como bien lo ha estudiado Demsetz.

Si el interés de las situaciones jurídicas tradicionales (derecho subjetivo e interés legítimo) es por naturaleza diferenciado o individualizado, la característica propia del interés difuso es la de ser, también por su naturaleza, indiferenciado, y de allí que al igual que los intereses colectivos, son considerados intereses supraindividuales¹⁶². Se caracterizan como aquéllos que no son ya sólo de uno o de varios sino mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte en lo que concierne al enrarecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia el conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las futuras generaciones.

Se llaman intereses difusos porque están desparramados o compartidos entre todos cuantos componen esa sociedad o ese grupo, porque no pertenecen individualmente a una persona o varias, sino a “todo” el mismo a que esos intereses afectan, compartidos por todos o igual al otros¹⁶³.

También se los denomina intereses de serie o de sector (CARAVITA), de clase, de categoría (LUGO), difundidos o propagados, profesionales, fragmentarios (GOZAÍNI), supraindividuales (CORSANTI), sin estructura (BERTI), dispersos o sin dueño o anónimos (GIANNINI). Este último autor nos dice que los intereses difusos son los sin dueño, de forma tal que cuando ellos encuentren dueño dejan de ser difusos y pasan ser colectivos¹⁶⁴.

La pluriindividualidad que caracteriza a estos intereses requiere de algunas precisiones: a) por un lado, la indivisibilidad de lo que es común a muchos no riñe con la fragmentación en situaciones jurídicas subjetivas que, sin ser exclusivas de cada una, si son “propias” de cada uno en cuanto cada uno tiene “su” parte en lo que interesa a varios; b) por otro lado, el “afectado” no pierde su calidad de tal por el hecho de que “otros” o “muchos” como él también lo sean; c) la “afectación” personal no necesita identificarse con un daño o perjuicio que solamente recaiga sobre el “afectado”, porque tal afectación

¹⁶² CORTE SUPREMA JUSTICIA DE LA PROV. DE SANTA FE, in re “Federación Cooperadoras Escolares Departamento Rosario v. Provincia de Santa Fe s. recurso contencioso administrativo sumario ley 10.000”, voto del Dr. ULLA, en JA 1991-IV-293.

¹⁶³ BIDART CAMPOS, Germán J. “Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y la vida”, ED, 154- 710.

¹⁶⁴ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, El amparo colectivo, p. 131, Ed. Rubinzal- Culzoni, 1998.

no deja de ser personal, directa o concreta por el hecho de que resulte igual o similar a la de otros o muchos¹⁶⁵.

En el mismo sentido, MOSSET ITURRASPE¹⁶⁶ dice que “el interés colectivo”, es también un derecho subjetivo, derecho de goce diluido entre los miembros del conjunto. Y que en el titular del denominado “interés difuso” debemos ver al titular de un derecho subjetivo, que tiene de difuso sólo lo relativo a la titularidad extendida. Lo mismo ocurre con el “afectado del artículo 43 de la Constitución Nacional de la República Argentina, tercer párrafo, también titular de un derecho subjetivo, sean defensa de un “interés propio exclusivo o de un “un interés colectivo”.

5. 1. Características De Los Intereses Difusos

BARBOSA MOREIRA¹⁶⁷ los caracteriza por su falta de pertenencia a una persona aislada o a grupos nítidamente delimitados. Pertenecen a una serie indeterminada de individuos de difícil o imposible determinación y su referencia a un bien indivisible con el que se hallarían en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de todos así como la lesión de uno sólo, constituye, “ipso facto”, lesión a la entera colectividad.

GOZAÍNI¹⁶⁸ señala que “si lo primordial de los derechos difusos es la indeterminación, significan un “plus de protección” ya reconocida de ciertas situaciones o intereses.

Por tanto, los derechos difusos son preponderantemente derechos híbridos, que poseen alma pública y un cuerpo privado, que trasciende el derecho subjetivo particular y extiende el campo de la protección pública. Son en definitiva intereses pluriindividuales de relevancia pública cuya forma más natural y corriente de representación es la asociativa”.

De lo expuesto resulta que los intereses difusos presentan los siguientes caracteres: a) titularidad indiferenciada son a su vez de uno y de todos. Pertenecen a la comunidad o a un grupo amplio amorfo, o a una serie indeterminada de individuos de difícil o imposible determinación; b) se refieren a un bien indivisible, de satisfacción y

¹⁶⁵ BIDART CAMPOS, Germán J.: “Manual de la Constitución Reformada”, tomo II, p. 381, Ediar, 1998. Del mismo autor “El acceso a la justicia, el proceso y la legitimación”, págs. 15-22, en obra colectiva “La legitimación”, homenaje al prof. Dr. Lino E. Palacio, Abeledo- Perrot, 1996.

¹⁶⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge: “El daño ambiental en el derecho privado”, p. 163, de la obra colectiva Daño ambiental, Tomo I, Rubinzal- Culzoni, 1999.

¹⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos: “La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño”, Revista Ius, N° 34, 1983, p. 62,

¹⁶⁸ GOZAÍNI, Osvaldo, La legitimación para obrar y los derechos difusos, JA- 1996-IV-834.

afectación común¹⁶⁹. Es característico de los intereses difusos su indivisibilidad: si son generales y no hay relación de inmediatez en el disfrute, no hay posibilidad de dividir su goce¹⁷⁰.

Otros autores señalan como características: a) alcance colectivo; b) defensa común; c) indiferencia en relación a los derechos subjetivos; d) debilidad de los instrumentos procesales de acceso a la justicia¹⁷¹.

Adviértase que la expresión misma (con que se los identifica) sólo sirve para darnos una idea del modo como ellos se manifiestan, es decir, dispersos en una cantidad indefinida de sujetos, pero en modo alguno constituye una agrupación de situaciones de igual naturaleza jurídica. En síntesis, “toda vez que se presenta una situación de este tipo en la que esté involucrado un grupo de individuos indeterminados, no vinculados entre sí por una relación jurídica, pero que participen del mismo grado de interés respecto de bienes de disfrute necesariamente solidario y sobre los cuales ninguno de los integrantes del grupo pueda invocar derechos individuales, propios exclusivos y excluyentes, estamos en presencia de un “interés difuso”¹⁷².

Comprende una amplísima gama de verdaderos derechos vitales que hacen a la calidad de vida, preservación del medio, tutela de la fauna, defensa de los derechos del consumidor, protección de bienes históricos arqueológicos, que no posan en el exclusivo patrimonio de una persona singular, pues comprometen la suerte y el destino de un grupo, medio o colectividad¹⁷³.

La doctrina considera que la Constitución Argentina, en el art. 43, da amparo a los intereses difusos, bajo la calificación de “derechos de incidencia colectiva en general”, legitimando al “afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley”, para obrar por ante los tribunales de Justicia. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires ampara “el ejercicio de los derechos constitucionales y colectivos” (artículo 20), dentro de los cuales se inscriben los intereses difusos. La Constitución del Paraguay, claramente los incluye en el Artículo 38.

¹⁶⁹ CAFFERATTA, Néstor A.: Daño ambiental: legitimación. Acciones. Presupuestos de responsabilidad. Breves reflexiones”, LLBA, 2000, pág. 957-973. Ídem, “Pequeño Diccionario Jurídico Ambiental”, Boletín Informativo del Colegio de Abogados de Zárate-Campana, sept. 1998/ marzo 1999.

¹⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo L.: “Las normas fundamentales de derecho privado”, p. 167, Rubinzal- Culzoni, 1995.

¹⁷¹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa, p. 68, Ed. Abeledo-Perrot, 1995.

¹⁷² CAPELLA, José L.: “Intereses difusos. Ley 10.000”, 1995. Véase nuestro trabajo CAFFERATTA, Néstor Alfredo: “La legitimación para obrar y los intereses de grupo. El emergente como legitimado para obrar en causas ambientales”, p. 56, Revista de responsabilidad civil y seguros, LL, Año II, IV, junio- agosto de 2000.

¹⁷³ CÁM. NAC. CIV., Sala A, 3.3.88- EKMEDKJIAN, Miguel A. v. NEUSTADT, Bernardo y otros, JA, 1988-II-403.

En este contexto se ha sostenido que los intereses difusos se refieren a bienes no susceptibles de apropiación exclusiva¹⁷⁴. Así, se ha dicho que de los nuevos derechos difusos nadie es su titular, sino todos los miembros del grupo social que está en condiciones de reclamar por la afectación que de ellos se haga¹⁷⁵.

La ausencia de un ente portador de estos derechos o intereses, afecta a la parte funcional de los mismos, es decir a su gestión, lo cual a su vez, hace a su esencia. Por lo que resulta necesario brindarles mayor protección, pues seguramente estaremos en presencia de intereses débiles, que carecen de capacidad para organizarse¹⁷⁶.

VAZQUEZ ROSSI¹⁷⁷, recuerda que parte de la doctrina los engloba dentro de la categoría de “derecho debilitado”, no porque su fuerza sea jurídicamente menor sino precisamente, por una menor definición en relación al sujeto. También se ha denominado a este tipo de tutela como “interés sólo ocasionalmente protegido”.

Por último, otra forma de identificar a los llamados intereses difusos es que no nacen de acuerdos, como la generalidad de las relaciones jurídicas, lo cual no significa que sean puramente fácticos, es decir ajenos a la normativa jurídica dispuesta a protegerlos¹⁷⁸.

6. Derecho Procesal Ambiental

Esa “idea de lo colectivo” (involucra grupos, categorías, poblaciones) y complejas situaciones subjetivas polarizadas en objetos (bienes de la vida, diría Chiovenda) indivisibles, aunque de uso y aprovechamiento fraccionado (desde el aire, el agua, la flora, las riquezas arqueológicas, los monumentos históricos, las obras estéticas del patrimonio cultural común, lo que “empuja” a la calidad de vida, etc.), se ensancha para dibujar un régimen o sistema de tratamiento jurídico envolvente y similar, de suerte que la expansión grupal, como un surtidor, determina la comunicabilidad horizontal de tutela en favor de todos aquellos sujetos que, apresados en la conexidad (diríamos vital) de esa situación común, no juegan en solitario. Se repite con rasgos y efectos idénticos o muy semejantes en seriada - muchas veces masiva - reiteración¹⁷⁹.

¹⁷⁴ CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I, con el voto de los Doctores CIFUENTES, FERMÉ y QUINTANA OJEA, el 29.4.93, en la causa “BOSCH, Francisco v. Inspección General de Justicia”, en JA, 1994-I-512, con nota de Néstor P. SAGÜÉS.

¹⁷⁵ CAPPELETTI, Mauro, O acceso dos consumidores a Justicia. Revista do Processo, San Pablo, N° 62, 1991, p. 205-220.

¹⁷⁶ BUJOSA VADEL, Lorenzo M., “Sobre el concepto de intereses de grupo, difusos y colectivos”, LL, 1997-F-1142.

¹⁷⁷ VAZQUEZ ROSSI, Jorge, “Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos”, p. 144, Rubinzal- Culzoni, 1983.

¹⁷⁸ QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “El Amparo Colectivo”, p. 120, Ed. Rubinzal- Culzoni, 1998.

¹⁷⁹ MORELLO, Augusto Mario, “El proceso civil colectivo”, cap. LXX, págs. 1065 a 1084, vol. 2, de su obra “Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas”, Libr. Ed. Platense, 1998.

Se perfilan nuevas técnicas colectivas de tutela, frente a “nuevos daños”. Las variadas caracterizaciones de los derechos difusos han hecho irrupción en la sociedad de masas. Son derechos que, por el objeto, no se soportan en una o pocas personas singulares, sino en grupos, clases, categorías, en amplios sectores de una o varias comunidades; el rostro de cada una de las familias de derechos colectivos, provocaron una verdadera revolución en las técnicas garantistas, en el tradicional arsenal del derecho procesal, con corrimientos y adaptaciones de sus piezas claves¹⁸⁰.

Mudanzas, extraordinarias aperturas al acceso a la justicia y tutelas específicas. Así se busca con empeño un derecho procesal diferente, con sustanciales enfoques innovadores, para adaptar el trámite de protección del derecho subjetivo clásico a los nuevos derechos de carácter colectivo y dimensión social. Se postula usar lo mismo de otro modo, lo que lleva a una reelaboración de institutos centenarios, de linaje y abolengo, por la adopción de un plafón ensanchado y flexible

El operador jurídico -el hombre de Derecho-, advierte el corrimiento por un lado y el ensanchamiento por el otro, del elenco de las libertades o derechos fundamentales; de los derechos del individuo o de la persona a los derechos de la sociedad como tal.

La aceleración en las innovaciones y reencuadramientos se manifiesta de variadas maneras y con registros inéditos: adaptando, reformando o sustituyendo ideas y los ordenamientos positivos. El brinco de “lo individual” a “lo social” -según lo apunta el jurista carioca Barbosa Moreira (del derecho subjetivo a los derechos de incidencia colectiva o intereses difusos), de lo “simple” a lo “complejo” (del proceso judicial entre dos sujetos, intersubjetivo individual o de dos partes, al proceso atípico, colectivo, litisconsorcial, de sujetos plurales), de “la teoría” a las “soluciones pragmáticas”, son características que se arremolinan con alto voltaje¹⁸¹.

Aflora, entonces, el otro horizonte, cargado de redefiniciones o reformulaciones del derecho procesal: a) nuevos mecanismos de tutela, diversificados; b) política procesal anticipatoria o preventiva; c) proceso urgente; d) estudio interdisciplinarios; e) de lo nacional a lo transnacional; f) inversión de la prueba, injunctions; g) de un juez pasivo, espectador distante, al director activista, juez acompañante, comprometido socialmente; h) del equilibrio inicial al dinámico; i) de la significación de los sujetos a la despersonalización y reconocimiento de las categorizaciones o grupos¹⁸².

La repercusión mayor en relación al clásico litigio singular, se manifestó, sin embargo, en dos instituciones fundamentales: a) en punto a la legitimación de obrar; y b)

¹⁸⁰ MORELLO, Augusto Mario, “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, p. 104 a 110, Librería Editora Platense, 1999.

¹⁸¹ MORELLO, Augusto Mario: “Las nuevas dimensiones del proceso civil - espacios ganados y trayectorias”, JA, 1994-IV-843.

¹⁸² MORELLO, Augusto Mario: “El Derecho Procesal en los umbrales de un nuevo milenio”, JA, 1992-II-854. .

tocante a la extensión subjetiva y modalidades de la cosa juzgada. Acerca de la primera, al verse envueltas tantas personas afectadas en la amenaza o lesión del mismo objeto indivisible y que en uso o disfrute concierne a muchos; o bien que ese perjuicio se reproduciría en cuantos, masivamente, componen el grupo, sector de la comunidad o población del entorno implicado¹⁸³.

Por último, nos referimos brevemente, como un ejemplo de este fenómeno de cambio a la Ley 25675 General del Ambiente de Argentina, que introduce en la legislación procesal modificaciones relevantes, dando forma a un proceso colectivo ambiental, mediante:

- a) Una apertura legitimatoria, que se manifiesta en la habilitación para obtener la recomposición del ambiente dañado, al afectado, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, al Estado Nacional, Provincial y Municipal. Y, asimismo, a la persona directamente damnificada;
- b) La consagración de un amparo de “acción popular” para la cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo;
- c) La fórmula legal expresa que establece que “el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”.

Se legaliza la figura del Juez Activo. Así, el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte.

Establece normas especiales para la valoración de la prueba. De este modo, los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso, tendrán fuerza probatoria de los informes periciales, sin perjuicio del derecho a las partes a su impugnación.

Y, por último, introduce la sentencia con efectos propagatorios o expansivos. Es decir, la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.

7. Daño Ambiental

En doctrina surge la noción de daño sufrido colectivamente, por oposición al causado colectivamente. Hay daño colectivo cuando se lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad grupal.

¹⁸³ MORELLO, Augusto Mario, “El proceso civil colectivo”, ob.cit.

A su vez el daño grupal es calificable como difuso cuando el goce de un interés se muestra extendido, difundido, dilatado; se propaga o diluye entre los miembros del conjunto sea que este se encuentre o no organizado y compacto¹⁸⁴.

Daño ambiental es toda lesión o menoscabo al derecho o interés que tienen los seres humanos, considerados individual o colectivamente, a que no se alteren en modo perjudicial las condiciones naturales de vida¹⁸⁵. Asimismo toda lesión o menoscabo que atente contra la preservación del entorno, en tanto influya en la calidad de vida, desde el punto de vista del interés humano¹⁸⁶.

En este marco, la problemática ecológica se presenta como uno de los campos de las llamadas “violaciones de masa”, en el que el progreso tecnológico sitúa al acaecimiento dañoso, como una circunstancia que acompaña naturalmente al obrar humano¹⁸⁷.

Toda actividad humana individual o colectiva que ataca elementos del patrimonio ambiental, causa un daño social por afectar los llamados intereses difusos, que son supraindividuales pertenecen a la comunidad y no tiene por finalidad la tutela de un sujeto en particular, sino de un interés general o indeterminado en cuanto a su individualidad. El daño así ocasionado es llamado por algunos autores “daño ecológico”, pero en realidad es más apropiado llamarlo “daño ambiental” por ser más abarcativo y comprensivo del ecológico, reservando aquella expresión para el daño que ataca los elementos bióticos y abióticos de la biosfera¹⁸⁸.

Al respecto se ha recordado que el daño ambiental es una expresión ambivalente, pues designa no solamente el daño que recae en el patrimonio ambiental que es común a una comunidad, en cuyo caso hablamos de “impacto ambiental”, sino que se refiere al daño que el medio ambiente ocasiona de rebote (par ricochet), a los intereses legítimos de una persona determinada, configurando un daño particular, que ataca un derecho subjetivo y legítima al damnificado para accionar en reclamo de una reparación o resarcimiento del perjuicio patrimonial o extrapatrimonial que le ha causado¹⁸⁹.

¹⁸⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde: “El daño Colectivo”, p. 438, 448, 449 y 453, en “Derecho de Daños”, en honor al profesor Dr. MOSSET ITURRASPE, Editorial La Roca, 1989, en tesis que comparte AGOGLIA, BORAGINA y MESA, “La lesión a los intereses difusos. Categoría de Daño jurídicamente protegible”, en JA, 1993-II-890.

¹⁸⁵ PEYRANO, Guillermo, “Daño ecológico. Protección del Medio Ambiente e intereses difusos”, JA, 1083-III-835.

¹⁸⁶ FLAH, Lily - SMAYEVSKY, Miriam: Daño Ambiental: Aplicación del Código Civil y Proyecto de Reforma, LL, 1990-C-884.

¹⁸⁷ STIGLITZ, Gabriel A. “Pautas para un sistema de tutela civil del ambiente”, Revista Ambiente y Recursos Naturales, vol. II, N° 2, julio- sept. 1985; véase asimismo el trabajo de TRIGO REPRESAS, Félix, “La defensa del ambiente en la Provincia de Buenos Aires”, JA, 1998-IV, 1048.

¹⁸⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, LL, 1994-C-1056.

¹⁸⁹ ANDORNO, Luis Orlando: “La responsabilidad por daño al medio ambiente”, JA, 1996-IV-877; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa”, p. 45, 1995.

Siguiendo con este orden de ideas, la definición de daño al medio ambiente se encuentra actualmente afecta a dos categorías distintas en función de que el medio ambiente dañado atente a la salud y a los bienes de las personas o al medio natural en cuanto tal¹⁹⁰.

En el primer supuesto, el daño al medio ambiente se integraría a la categoría en lo comúnmente denominado daños personales, patrimoniales o económicos, a saber: los daños a la salud y a la integridad de las personas (por ej. asma provocada por la contaminación atmosférica), los daños a sus bienes (por ej. el medio ambiente propiedad de un individuo) y los daños al ejercicio de actividades económicas (por ej. la pesca), todos ellos sometidos al ámbito del Derecho privado, donde a priori parece tener perfecta cabida el mecanismo clásico de la responsabilidad civil.

El segundo supuesto, que GOMIS CATALÁ¹⁹¹ denomina “el daño ecológico puro”, es ajeno a cualquier connotación personal, patrimonial o económica. La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconducen este tipo de daños a la esfera del Derecho público, donde cobran especial protagonismo la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal.

En este contexto, la tendencia que se observa en los diferentes Convenios Internacionales sobre responsabilidad y las propuestas de la Unión Europea consisten, por una parte, en diferenciar conceptualmente el daño ecológico del resto de daños provocados como consecuencia de un atentado ambiental y, por otra, en aplicar indistintamente por igual el mecanismo de la responsabilidad civil¹⁹².

También la doctrina española¹⁹³ avanza en ese sentido: se diferencia entre el daño que sufre el medio ambiente en si mismo, sin una específica referencia a un sujeto titular del bien lesionado, de aquel que puede ser causa del menoscabo de un patrimonio concreto.

Esta tendencia se advierte también en el derecho comparado en ordenamientos tales como el estadounidense, que desde hace más de 20 años por un lado, ofrece un concepto amplio al medio ambiente, esto es un concepto que atiende a los efectos a los organismos vivos o recursos bióticos y sobre el entorno inanimado o recursos abióticos y,

¹⁹⁰ GOMIS CATALÁ, Lucía: “Responsabilidad por daño al medio ambiente”, p. 64, Editorial Aranzari, Alicante, España 1998.

¹⁹¹ Ídem anterior. GOMIS CATALÁ, Lucía p. 64, ob. cit.

¹⁹² Convenios en materias de energía nuclear: Proyecto de Convenio elaborado por el Standing Committee de la AIEA recoge expresamente los daños por contaminación del medio ambiente y los costes de las medidas preventivas; Convenios sobre transportes marítimos de hidrocarburos, modificado por el Protocolo de 1984; Convenios sobre el transportes de mercancías peligrosas; Convenio del Consejo de Europa; Propuestas de directiva sobre responsabilidad civil en materia de residuos.

¹⁹³ DE MIGUEL PERALES, Carlos, “La responsabilidad civil por daños al medio ambiente”, Club Aseguradores Internacionales, Civitas, monografías, 1994; MORENO TRUJILLO, Eulalia, “La protección Jurídica Privada del Medio Ambiente y la responsabilidad por su deterioro”, pág. 193, Bosch editor, 1991.

por otro reconoce la existencia de un derecho a la reparación por los daños causados a los recursos naturales, esto es, el suelo, los peces, la vida salvaje, los biotopos, el aire, el agua, los acuíferos subterráneos, los depósitos de agua para el consumo y otros recursos del mismo tipo, que pertenezcan o sean administrados por los Estados Unidos, por un Estado o la colectividad local¹⁹⁴.

Otras leyes como la relativa a la contaminación de hidrocarburos de 1990 y la ley de aguas de 1989, confirman la creación práctica de un régimen de responsabilidad específico para la reparación de los daños causados a los recursos naturales, independientemente de los daños a las personas y los bienes.

7. 1. Daño Al Ambiente En Sí Mismo

Desde temprano, la doctrina, identificó esta clase de “daños al ambiente en si mismo”¹⁹⁵; en ese sentido otros autores distinguen entre dos especies de daño ambiental: el daño a las personas o a las cosas por alteraciones al medio ambiente, asimilable a las diversas hipótesis de daños, ya reconocidos por el derecho de daños clásico y el daño al medio ambiente, que definen como un perjuicio o menoscabo soportado por los elementos de la naturaleza o medio ambiente, sin recaer específicamente en personas o cosas jurídicamente tuteladas, afectando en forma mediática la calidad de vida de los diversos seres vivos del planeta¹⁹⁶.

Asimismo se sostiene que la contaminación es el daño o deterioro que sufre el ambiente en si mismo, vg. lesiones que alteren un ecosistema, sin una específica referencia a un sujeto titular del bien lesionado, aún cuando puede ser la causa del menoscabo de un patrimonio concreto. Son esas alteraciones que se producen sobre el ambiente, las que dan lugar a la apreciación de responsabilidad colectiva ambiental -que algunos llaman daño ecológico, con la consiguiente aplicación del principio que establece la obligación de reparar los menoscabos causados al ambiente: quien contamina paga¹⁹⁷.

Por lo demás, en la doctrina judicial¹⁹⁸ se dice que el daño ambiental vendría a estar configurado a partir de una contaminación, lo que implica la incorporación a los

¹⁹⁴ CERCLA / SUPERFUND LAW, 42, USA, “Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability”, Act de 1980, Sección 9607, Art. 107.

¹⁹⁵ STIGLITZ, Gabriel A., “Pautas para un sistema de tutela civil del ambiente”, en Revista Ambiente y recursos naturales, LL, Órgano de difusión FARN, vol. II, N° 2, Julio/ septiembre 1985, p. 39; GIANFELICE, Mario C., “Responsabilidad Civil por contaminación ambiental. Presupuestos”, LL. 1983-D, Sección Doctrina-1016.

¹⁹⁶ WALSH, Juan Rodrigo y PREUSS, Federico: “El daño ambiental: La necesidad de nuevas instituciones jurídicas”, JA. 1996-IV-962.

¹⁹⁷ HUTCHINSON, Tomás, Daño Ambiental, T° II, p. 40, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999.

¹⁹⁸ CÁMARA FEDERAL LA PLATA, Sala 1ra, en “MACERONI, Francisco y otros c. Dirección General de Fabricaciones Militares”, 3.9.96, con nota de CAFFERATTA, Néstor A.: “Externalidades y daño ambiental en sí mismo”, JA, 1998-III-262.

cuerpos receptores, de sustancias que alteren desfavorablemente las condiciones naturales de los mismos (Decreto 2009/60 de la Prov. de Buenos Aires), de la que derivaran comúnmente otros tipos de daños, pero permanecerá un daño ambiental residual por deterioro o menoscabos del entorno no sólo natural sino social, referido a lesiones al bienestar público. Esta última categoría de daños provoca una lesión a la calidad de vida. Esta lesión se provoca a todos y cada uno de los sujetos a quienes se halla deteriorado su hábitat más allá de que existan daños derivados, fragmentarios y particularizados. En este caso, cada actor, al reclamar por un daño ambiental, ejerce un derecho propio y a la vez de todos, y esa porción de interés propio merece reparación, fundada en la equidad: caso contrario se legitimaría un enriquecimiento sin causa.

En síntesis, la mayoría de los autores reservan el calificativo de daño medio ambiental, ambiental o ecológico para definir aquel daño que afecta al conjunto del medio natural o a alguno de sus componentes considerados como patrimonio colectivo independientemente de sus repercusiones sobre las personas y los bienes¹⁹⁹.

Queda superada, por lo tanto, las definiciones antropocéntricas que limitaban el alcance de los daños al medio ambiente que afectaran al hombre, su salud, su propiedad y su bienestar; evidentemente, esta definición restrictiva, excluía los daños ecológicos puros²⁰⁰ causados a la naturaleza salvaje sin repercusiones inmediatas y aparentes sobre las actividades humanas²⁰¹.

Esta clasificación está expresa o implícitamente reconocida en numerosas leyes ambientales provinciales de la Argentina; así por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires²⁰², la ley 11.723, de Medio Ambiente, B.O. 22/12/95, capítulo IV, de la Defensa Jurisdiccional, artículo 36, en cuanto instituye la acción de protección a los fines de la prevención de los efectos degradantes de acciones u omisiones de particulares, y/o de reparación tendiente a restaurar o recomponer el ambiente y/o los recursos naturales ubicados en territorio provincial, que hubieran sufrido daños como consecuencia de la intervención del hombre, está claro que atiende a la diferenciación antes apuntada.

De la misma manera se puede decir que el denominado recurso contencioso administrativo sumario contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa, o personas privadas en ejercicio de funciones públicas que, violando el orden administrativo local, lesionaren intereses simples o difusos de la Provincia en tutela de la salud pública, en la protección del ambiente y en general en la defensa de valores

¹⁹⁹ PRIEUR, Michel, "Droit L' Environment," 2º edición, Dalloz, Paris 1991, p. 728 y siguientes.

²⁰⁰ STIGLITZ, Gabriel A. "Pautas para un sistema de tutela civil del ambiente, Revista Ambiente y Recursos Naturales, LL, órgano de difusión FARN, volumen II, N° 2, julio- septiembre de 1985, GIANFELICE, Mario, "Responsabilidad civil por contaminación ambiental", LL, 1983-D-1016.

²⁰¹ GOMIS CATALÁ, Lucía, ob. cit., p. 67.

²⁰² BOTASSI, Carlos, "La nueva legislación ambiental bonaerense", JA. 1996-IV-892.

similares de la comunidad, que regula en la Provincia de Santa Fe, la ley 10.000²⁰³, parte de la misma base de diferenciación.

Se ha llegado a afirmar, desde el mismo ámbito jurisdiccional, que “con la Reforma Constitucional [en Argentina] se genera una concepción a partir de la cual el hombre es parte del medio ambiente y por tanto se concibe la posibilidad de prevenir y resarcir el daño ambiental, independiente de la afección individual”²⁰⁴, por lo que es fácilmente deducible que los tribunales argentinos distinguen entre las categorías de daño ambiental antes señaladas, denominando en algún caso “daño ambiental residual”, lo que nosotros llamamos daño ambiental en sí mismo y por el otro, el daño individual o diferenciado.

Desde otra óptica se destaca que la afectación en el medio ambiente supone dos aspectos: 1) que la acción debe tener como consecuencia la alteración del principio organizativo del paradigma ambiental; esto es alterar el conjunto, de manera que se excluye aquellas modificaciones al ambiente que no tienen efecto sustantivo: la acción lesiva comporta una desorganización a las leyes de la naturaleza; y 2) esa alteración sustancial del principio organizativo debe repercutir en aquellos presupuestos del desarrollo de la vida, ya que el medio ambiente se relaciona con la vida, en sentido amplio, comprensivo de los bienes naturales y culturales indispensable para su subsistencia²⁰⁵.

En este sentido, en el Derecho Comparado, la Propuesta de Directiva de la Unión Europea sobre responsabilidad civil en materia de residuos, exige características especiales a los atentados contra el medio ambiente, entre los cuales se anota que el mismo debe ser “importante”; por lo tanto requiere la relevancia de la degradación del ambiente, por lo que la doctrina concordante, sostiene que en tal caso, el problema será determinar el grado a partir del cual el daño adquirirá ese carácter de anormalidad que le permite someterse al instituto de la responsabilidad.

²⁰³ CAPELLA, José L., “Intereses difusos”, con la colaboración de CARRILLO, Hernán, Santa Fe, 1995.

²⁰⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, Ac. 60.094, 19/5/98, “Almada, Hugo Néstor c/ Copetro S.A y otro”; Ac. 60.251, “Irazu, Margarita c/ Copetro S.A y otro”; Ac. 60.254, “Klaus, Juan Joaquín c/ Copetro S.A y otro”, en LLBA, 1998- 940, con nota laudatoria de STIGLITZ, Gabriel: “Prevención de daños colectivos - en la jurisprudencia de la SCJBA”. Véase MORELLO, Augusto M., de su obra “La Tutela de los Intereses Difusos en el Derecho Argentino”, págs. 141-165, Lib. Editora Platense, 1999. Asimismo JA, 1999-I-227, nota de MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “La efectiva prevención del daño ambiental”. GALDÓS, Jorge Mario: “SCBA. Aperturas procesales y sustanciales a propósito del caso Copetro”, LL.18-6-99; CAYUSO, Susana, “La protección del ambiente: El diseño constitucional y la búsqueda de efectividad”, LLBA, 1998-1309.

²⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo L., “Reglas de solución de conflicto entre propiedad y medio ambiente”, LL. 1998-A-1026; Ib. Apéndice: “Las normas fundamentales de Derecho Ambiental”, p. 492, en su magnífica obra “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995; “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, LL, 1996-D-1062, y “La Protección Jurídica del Ambiente”, LL, 1997, E-1467.

Asimismo, la ley alemana sobre responsabilidad ambiental de 1990, establece como límite de aplicación, que el daño no sea “insignificante”. En esta línea, el Convenio del Consejo de Europa, si bien es verdad que no exige requisito especial alguno en relación con la magnitud del daño, no es menos cierto que contempla la posibilidad de excepcionar la responsabilidad del explotador cuando el ejercicio de la actividad peligrosa provoque un nivel aceptable de contaminación teniendo en cuenta circunstancias locales pertinentes.

Por último, la Ley 25675 General del Ambiente de Argentina, en el artículo 27 (BO 28/11/2002), define el daño ambiental de incidencia colectiva (daño al ambiente en sí mismo), como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

La mayoría de los países de América Latina y el Caribe, adoptaron el siguiente concepto de daño ambiental: “Toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes”. Así, la Ley 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente de Chile; la Ley 64-00 sobre Medio Ambiente y Recursos Naturales de República Dominicana; la Ley 81 del Medio Ambiente de Cuba; la Ley 17283 sobre el Ambiente de RO del Uruguay; el Decreto 233 de Protección, conservación y recuperación del Medio Ambiente de El Salvador; y, la Ley 28611 General del Ambiente del Perú.

7. 2. Naturaleza Jurídica Del Daño Ambiental

Se ha dicho que los daños ambientales son diferentes a los restantes perjuicios, “no es un daño común”, si puede usarse esta expresión para aludir a perjuicio cuya realidad es fácilmente comprobable, por el contrario: a) son en muchas ocasiones despersonalizados o anónimos, con graves dificultades para la determinación del agente; b) suelen alcanzar a un número elevado de víctimas, un barrio, una región, el país; c) suelen ser el resultados de actividades especializadas que utilizan técnicas específicas, desconocidas para las víctimas; d) puede ser un daño cierto y grave para el ambiente, el agua subterránea o un lago, pero puede ser considerado respecto de las personas que lo invocan sin relevancia, o no tenerla en la actualidad²⁰⁶.

Es preciso tener presente que en tanto cierto grado de contaminación es inevitable, la degradación del medio ambiente enrola en la categoría de daño intolerable; por ello el límite de la normal tolerancia según la fórmula del art. 2618 del Código Civil

²⁰⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Como contratar en una economía de mercado”, p. 144, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996; véase del mismo autor, “Particularidades del daño ambiental”, cap. III, “El daño ambiental en el derecho privado”, p. 72, en obra colectiva, “Daño ambiental”, T^oI, Rubinzal Culzoni-Editores, noviembre 1999. También, “Grupos contaminadores -el daño nuclear; daño ecológico o ambiental”, p. 132-145, en su obra “Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva”, Rubinzal-Culzoni ; Santa Fe, 1992.

argentino, no es aplicable en los casos de degradación del medio ambiente susceptible de afectar la salud²⁰⁷.

Aunque se logre un desarrollo ambientalmente adecuado, habrá un costo inevitable en la transformación del medio ambiente lo que conlleva a la siguiente cuestión: ¿Quién soporta el costo ambiental? ¿Las empresas productoras o los consumidores? ¿El Estado, alguna clase social -por lo general las más pobres- o las generaciones futuras?²⁰⁸.

En otro orden, la doctrina judicial más progresista sobre la materia, postula la naturaleza del daño físico del daño ambiental (aunque no de manera excluyente, sino acumulativa, con daños de otra naturaleza), no sólo por la materialidad del objeto a preservar, sino también porque toda agresión ambiental importa una disvaliosa modificación material del patrimonio, un menoscabo en las potencialidades humanas, un estrechamiento de chances y, en fin, disminución de la aptitud vital genérica de la víctima existente o potencial²⁰⁹.

Vamos a analizar la problemática ambiental inserta en el denominado por LORENZETTI²¹⁰, derecho privado colectivo, al que define como “un fenómeno variado, todavía asistemático y provisoriamente excepcional, pero de gran interés para el mundo actual”. Es que “el derecho privado siempre se ha basado en un sujeto o en dos subjetividades con intereses comunes o contrapuestos. Sólo en el caso del contrato de sociedad y la familia mostró alguna preocupación por las conductas entre más personas. En la situación actual ello cambia porque “lo colectivo” causa regulaciones o puede ser objeto de ellas. Veremos algunos aspectos de la interacción entre lo colectivo y el Derecho Privado.

²⁰⁷ ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto, “Los daños al medio ambiente en la realidad económica”, LL. 1992-11-1029.- Véase “IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Mar del Plata 1983, LL.1984-A-1062, en igual sentido “II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguro”, Mar del Plata, octubre 1992.

²⁰⁸ HIGHTON, Elena, “Reparación y prevención del daño al medio ambiente. ¿Conviene dañar ¿Hay derecho a dañar? en Derecho de daños, 2º parte, obra colectiva, 1993, p. 818, Ediciones La Roca.

²⁰⁹ “Pinini de Pérez c/ Copetro S.A.”, C.C y C. La Plata Sala 2º, del 27-4-93, publicado en la JA. 1993-III-368. Ver también el excelente fallo de la Cámara C. y C. de Azul, sala 2º, 22-10-96, “Municipalidad de Tandil c/ La Estrella s/ Daños y Perjuicios”, voto del Dr. Jorge GALDÓS, en el ED. 171-373, JA. 1997-III-237, LLBA 1997-289, Revista de Jurisprudencia de Buenos Aires, noviembre de 1996, N° 11, p. 879, LL. Actualidad 25-2-97, p. 2, LL, 1998-A-1033, con notas laudatorias de Félix TRIGO REPRESAS, Ricardo L. LORENZETTI, Matilde ZAVALA DE GONZALEZ, Miguel DE LORENZO, y Jorge BUSTAMANTE ALSINA, respectivamente. Asimismo las ejemplares sentencias de la Cámara de Apelaciones 1era. Civil y Comercial de La Plata, Sala III, 22-12-92, “Almada Hugo v. Copetro S.A. y otros” y 15-11-94, Sagarduy, Alberto, en J.A. 1995-IV-178, LLBA 1996-IV, J.A. 1995-IV-178, LLBA 1995-935, con notas aprobatorias de Gabriel STIGLITZ, Jorge MOSSET ITURRASPE y Carlos BOTASSI. Para ampliar consultar “Jurisprudencia ambiental”, en J.A. 1996-IV-1093 y “Actualización de Jurisprudencia Ambiental”, en J.A., 1997-IV-1082 por Néstor A. CAFFERATTA; asimismo “Daño ambiental. Evolución de nuestra jurisprudencia”, en J.A. 28-7-99).

²¹⁰ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 147, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995.

“Entre ellos podemos mencionar que: 1) se señala que puede haber un daño colectivo, es decir, sufrido por grupos; 2) se afirma que hay legitimación procesal grupal; 3) si hay daño colectivo, se debieran postular la existencia de bienes colectivos; 4) finalmente, se afirma que la responsabilidad individual declina, asistiéndose a una colectivización de la responsabilidad (VINEY, Geneviève, *Le declin de la responsabilité individuelle*, Bibliothèque de Droit Privé, Paris, 1965)”²¹¹.

Se recuerda que la problemática ambiental se presenta como uno de los campos de las llamadas “violaciones de masa”²¹² en razón que el daño es difuso, y la violación puede producirse no solamente a nivel de un derecho subjetivo “stricto sensu”, sino que pueden ser lesionados intereses legítimos o intereses o derechos colectivos, es decir, que afecten a muchos como si se trataran de una “colmena de derechos” - según la expresión de Orgaz -, porque se difuminan ... afectando a todos, a muchos o quienquiera²¹³.

GARRIDO CORDOBERA²¹⁴, señala que la diferencia entre el daño individual y el daño colectivo compete a la técnica jurídica; lo que se plantea es una cuestión de predominio. Los daños colectivos no surgen de la simple suma de daños individuales ya que presentan autonomía, entidad grupal, pues afectan simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad, que son víctimas indiscriminadas de la lesión. En doctrina se admite la existencia de tipos de daños colectivos, el daño colectivo propio o el impropio y el daño causado o sufrido colectivamente, no siendo excluyentes sino complementarios.

GALDÓS²¹⁵, destaca “ambas facetas del detrimento ambiental: la afectación a bienes de incidencia colectiva y -simultánea, concurrente o excluyentemente- a intereses jurídicos individuales, repercutiendo en las esferas patrimonial o extrapatrimonial de un sujeto o de una pluralidad determinada o indeterminada de personas físicas. Por su lado la jurisprudencia, especialmente con el relevante caso “Copetro” se ha pronunciado también sobre ese aspecto del daño ambiental, es decir como fuente (doblemente dual) de detrimentos, materiales o inmateriales, e individuales y colectivos”.

Además, es evidente que en este caso la Constitución Argentina (como lo hace la Constitución del Paraguay en su Artículo 8) define un nuevo y particular modo de daño, que presenta particularidades respecto del daño normatizado por los artículos 1068 y concordantes del Código Civil argentino, a punto tal que bien puede afirmarse que las reglas de reparación no podrán equipararse a las que se otorgan en protección de los

²¹¹ LORENZETTI, Ricardo L., “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, LL, 1996-1058.

²¹² STIGLITZ, Gabriel: “Pautas para un sistema de tutela civil del ambiente” AyRN, vol. II, N° 2 Julio-Septiembre 1985, p. 39.

²¹³ CARRANZA, Jorge: “Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental”, JA, IV-1989-701; GOLDENBERG, Isidoro H.- CAFFERATTA, Néstor A. “El compromiso social de la empresa por la gestión ambiental”, LL, 1999-C-834.

²¹⁴ GARRIDO CORDOBERA, Lidia, *Los daños colectivos y la reparación*, 1993, Ed. Universidad, p. 221.

²¹⁵ GALDÓS, Jorge M., “Derecho ambiental y daño moral colectivo: algunas aproximaciones”, en JA, 1998-IV-982.

derechos subjetivos clásicos (derechos humanos de primera y segunda generación, individuales, cívicos, políticos, económicos o sociales), simplemente porque este tipo de daños, puede conculcar además otro tipo de prerrogativas bautizadas como “derechos de incidencia colectiva” que, dicho sea de paso, de oscuros personajes del derecho argentino, pasaron a revestir jerarquía constitucional, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental²¹⁶.

Se acentúa la importancia del tema si pensamos que confluyentemente la Constitución Argentina (y la Constitución del República del Paraguay en los Artículos 7 y 8), reconoce en su artículo 41, el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano; prioriza la obligación de recomponer el daño ambiental, que de esta forma ha pasado a ser el único daño civil constitucionalizado en el sistema jurídico argentino; y asimismo, por vía del amparo del Artículo 43 (en la Constitución del Paraguay, Artículos 38 y 134), contra lesiones inminentes o amenazas en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, consagra expresamente el derecho de acceso a la justicia para la prevención de daños ambientales.

7. 3. Relación De Causalidad En El Daño Ambiental

Se ha dicho que la contaminación ambiental marcha por naturaleza inseparable de su carácter expansivo, tanto en lo temporal como en lo tocante del espacio físico que invade. El daño al medio ambiente es entonces esencialmente difuso. Trepa más allá de su centro de origen, escala el tiempo sin tropiezo con creciente perdurabilidad. Plantea, por ende una problemática que afecta al interés general de la comunidad, sin fronteras y extendiendo su amenaza a las futuras generaciones. Todo lo cual lleva a la necesidad de imprimir un enfoque colectivo a la tutela jurisdiccional de los damnificados²¹⁷. Este mismo autor, señala un marco de complejidad en la individualización del nexo de causalidad, en virtud de dos factores: 1) por la posibilidad de que los efectos nocivos del inquinamiento, se manifiesten después del transcurso de largo período de tiempo; 2) la propagación de sus efectos perniciosos a grandes distancias del lugar en que ha tenido origen.

La relación o nexo de causalidad es, por lo expuesto, el talón de Aquiles de responsabilidad por daño ambiental²¹⁸.

Es que el derecho ambiental que involucra calidad de vida, recursos naturales, patrimonio artístico y cultural, hábitat, desarrollo sustentable, importa varias reformulaciones dogmáticas, toda vez que “el daño clásicamente fue un episodio discreto

²¹⁶ Derecho de tercera y cuarta generación, según la tesis de MORELLO, Augusto M., “Los Derechos del Hombre de la tercera y cuarta Generación”, capítulo LXI, tomo 1, de su obra “Estudios de Derecho Procesal...”, Editora Platense.

²¹⁷ STIGLITZ, Gabriel, “Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente”, LL 1983-A-786.

²¹⁸ GOLDENBERG, Isidoro- CAFFERATTA, Néstor: “Daño ambiental. Problemática de su determinación causal, Abeledo- Perrot, 2001.

de conflicto privado; el daño ambiental es un episodio de interés general que abarca a todos, a ricos y a pobres, a fuertes y débiles, a gobernantes y gobernados a los habitantes de hoy, y a sus hijos y a sus nietos²¹⁹.

El daño ambiental, se trata de un daño supraindividual que no consiste en la suma de daños individuales. Ni en un perjuicio de bienes propios y particulares de los individuos, sino en una lesión actual y concreta, sólo desde el punto de vista de la entera colectividad que los sufre. El daño colectivo, el daño difuso afecta simultánea y coincidentemente al grupo. Cada miembro es titular de un fragmento del interés lesionado, y se trata de un mismo y único daño²²⁰.

GALDÓS²²¹, define el daño colectivo o grupal como el sufrido o padecido por una pluralidad determinada o determinable de sujetos, al conculcarse los intereses lícitos y tutelables, patrimoniales o extrapatrimoniales, que no son susceptibles ni de apropiación o fraccionamiento individual y que **no** resultan diferenciados o diferenciables de otros daños; destacando de esta forma que el interés de grupo es común, no diferenciado e insusceptible de fraccionamiento.

Así, o es del grupo o no es de nadie. Porque si alguien acapara el daño para sí, deja de ser coparticipado para ser individual. Lo que no quita la posible coexistencia de daños individuales o pluriindividuales y de una lesión grupal, generalmente extrapatrimonial. Si un sujeto per se y autónomamente puede arrogarse la exclusividad (no la titularidad) del daño, éste deja de ser grupal para ser individual o pluriindividual. En el daño colectivo, el damnificado directo es la colectividad, la sociedad o el grupo, con exclusión de otros damnificados directos por afección al interés colectivo. El sujeto dañado es el conglomerado en cuanto tal, resultante sí de la concurrencia de intereses esparcidos que -ahora- se concentran.

7. 4. Daño Moral Colectivo

En otro aspecto de la cuestión, se recuerda que “hace ya más de una década que se señaló la posibilidad jurídica del daño moral colectivo, indicándose que muchos perjuicios tocan a categorías de personas: usuarios de teléfonos, la comunidad habitacional de un edificio, los consumidores de una propaganda desleal, etc.; de forma tal que puede existir un daño moral colectivo, en el que el “sujeto afectado” no es ya “la” persona física individual o concurrentemente, ni la de existencia ideal, sino un grupo o categoría que colectivamente y por una misma causa global, se ve atacada en derechos o intereses de subida significación vital, v.gr., la paz, la tranquilidad anímica, la libertad espiritual de grupos

²¹⁹ ALTERINI, Atilio, “Mercosur y medio ambiente: Problemas y perspectivas”: DJ 1998-II-75.

²²⁰ STIGLITZ, Gabriel A.: “El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional”, pág. 317 en obra colectiva “Responsabilidad por daño en el tercer milenio”, homenaje al profesor Dr. Atilio Aníbal ALTERINI, Editorial Abeledo-Perrot, 1997.

²²¹ GALDÓS, Jorge Mario, en “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, p. 113, en Revista de Daños, N° 6, Daño moral, Rubinzal- Culzoni Editores.

humanos íntegros, que sin duda son tutelados de modo preferente por la Constitución y la ley”²²².

BUSTAMANTE ALSINA²²³, expresa que daño colectivo es el experimentado por un conjunto de personas que sufren un perjuicio a un interés común o grupal. Es el caso de los llamados “intereses difusos”, cuya titularidad de sujetos integrantes de grupos o clases ligadas en virtud de igual pretensión de goce, por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa sobre el bien indivisiblemente idóneo para satisfacer necesidades comunes. El bien jurídico que resulta afectado en su integridad, sirve para satisfacer por igual un fragmento o porción del interés que atañe a cada individuo del grupo o clase social. Tratándose de intereses difusos tienen singular relieve la protección del medio ambiente, cuyo fin mediato no es el cuidado de la Naturaleza por sí misma (aunque comprensivo de los valores culturales), sino el cuidado del hombre y el afianzamiento de su dignidad mediante la satisfacción de sus necesidades vitales. Existe un interés legítimo grupal en satisfacer necesidades humanas colectivas, no solamente en relación con los recursos naturales, sino también en orden a las sensaciones psicológicas, estéticas y estados de ánimo en función de la belleza del paisaje, la tranquilidad del entorno y el equilibrio natural de la convivencia social.

En otro trabajo, GALDÓS²²⁴, enseña que el daño moral colectivo o grupal, consiste en la conculcación de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente subjetiva u objetiva.

En el primer caso el daño se propaga entre varios sujetos, - incluso sin vínculo jurídico entre ellos - y recae en un interés común, compartido y relevante, con aptitud para aglutinar a quienes se encuentren en idéntica situación fáctica. Es decir, que un hecho - los consumidores perjudicados por un producto en mal estado o por la prestación de un servicio etc.- cohesiona a los damnificados que se encuentran en idéntica posición fáctica y jurídica. En el segundo caso el factor atrapante es objetivo y de “incidencia colectiva”, porque media lesión a bienes colectivos o públicos, insusceptibles de apropiación o uso individual y exclusivo. En este supuesto la naturaleza del bien categoriza al daño, ya que a partir de él se propagan los efectos nocivos respecto de quienes disfrutan, usan o se benefician con el objeto conculcado (v.gr., la polución en un barrio, la contaminación de un río o la destrucción de una obra arquitectónica emplazada en la vía pública). La comunicabilidad de los intereses concurrentes no deriva de los sujetos, sino de un objeto público, cuyo daño expande sus efectos a una pluralidad de personas.

²²² TRIGO REPRESAS, Félix: “Un caso de daño moral colectivo”, ED, 171-373, conforme MORELLO, Augusto - STIGLITZ, Gabriel “Daño moral colectivo”, en LL 1984-C-1198 N° II. En igual sentido MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daño, Ed. Ediar, 1986 Tomo IV, p. 228 y sig., N° 77.

²²³ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, en “El daño moral colectivo es daño resarcible”, LL, 1998-A-1033.

²²⁴ GALDÓS, Jorge, “Derecho ambiental y Daño Moral Colectivo: algunas aproximaciones”, en JA, 1998-IV-982.

LORENZETTI²²⁵ acota que de “lo que se trata es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social de un individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo en su propia existencia o extensión. De modo que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrimonial y colectiva”.

Cabe recordar que este autor²²⁶, tiempo atrás, había advertido de la existencia de bienes colectivos, entre cuyas características destacaba no sólo el hecho de que no pertenezca a un sola persona, sino también: la indivisibilidad de los beneficios, el uso común, el principio de no exclusión de los beneficiarios, el estatus normativo, y el uso sustentable. Con relación, específicamente a los bienes ambientales este extraordinario Jurista²²⁷, destaca que el derecho que lo protege, integra la esfera social del individuo, en la que tiene primacía hermenéutica la preservación de los bienes públicos. Otro aspecto de gran relevancia es que, el ambiente se ha transformado en un recurso crítico: si antes parecía infinito, inagotable, ahora hay conciencia de que es escaso. En otro orden de su exposición señala que el medio ambiente no interesa a un sólo individuo, sino a un grupo de ellos. Se trata de un problema de acción colectiva, no individual. Pero además, se agrega, que no sólo interesa a un grupo de individuos actuales, sino futuro.

No se puede comprometer el interés de las generaciones futuras, lo que lleva a una acción colectiva intergeneracional.

TRIGO REPRESAS²²⁸ predica que “el primer damnificado es la sociedad en su conjunto o bien una generalidad indeterminada de sujetos; sin perjuicio de que simultáneamente también puedan resultar afectados, en forma particular, algunos de los individuos componentes del grupo”.

7. 5. Leading Case Municipalidad De Tandil Vs. La Estrella S.A.

La doctrina judicial argentina registra un antecedente valioso en la materia en el “leading case”, resuelto por la CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE AZUL, Sala A, “Municipalidad de Tandil c/ T.A La Estrella SA y otro”²²⁹, con el brillante voto del Dr. Jorge M. GALDÓS.

²²⁵ LORENZETTI, Ricardo L, “Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial”, JA, 1997-III-237.

²²⁶ LORENZETTI, Ricardo L, en “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, LL, 1996-D-1058.

²²⁷ LORENZETTI, Ricardo L. en “La protección jurídica del ambiente”, LL, 1997-E-1463.

²²⁸ TRIGO REPRESAS, Félix, “Un caso de daño moral colectivo”, ED, 171-374.

²²⁹ MUNICIPALIDAD DE TANDIL c. LA ESTRELLA SA, Cámara Civil y Comercial de Azul, Sala A, 22/10/96, JA, 1997-III-224, con nota de LORENZETTI, Ricardo L.: “Daño moral colectivo: su reconocimiento jurisprudencial”; LL Actualidad del 25/2/97, con nota de DE LORENZO, Miguel Federico: “Lesión a un bien del dominio público, responsabilidad por riesgo y daño moral colectivo”; en Revista de Jurisprudencia Provincial, N° 11, pág. 878, noviembre de 1996, con nota de MOSSET ITURRASPE, Jorge: “Daño moral colectivo originado en la lesión a un bien cultural. La Municipalidad como legitimada activa”;

En el caso, un ómnibus de la empresa demandada, luego de desplazarse sin conductor por la pendiente en la calle Avellaneda de la ciudad de Tandil, colisiona contra la fuente y grupo escultórico “Las Nereidas” emplazado en la intersección de dicha arteria con las calles Pujol, 14 de Junio y Diagonal del Parque, provocando al mismo diversos daños. La demanda se planteó por el resarcimiento de perjuicio patrimonial experimentado por el Municipio, consistente en el valor de los materiales y mano de obra necesarios para la restauración del referido grupo escultórico y en la disminución de su valor venal; pretendiéndose igualmente la indemnización del “daño a los intereses difusos o derechos públicos subjetivos” de toda la comunidad tandilense, dada la afectación del goce y disfrute estéticos que posibilitaba la contemplación de esa obra, ahora dañada, del patrimonio cultural de la Comuna.

La sentencia hizo lugar a todo lo reclamado, con la aclaración de que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo se destine a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal, de forma tal que el Estado local, dueño y guardián de la escultura, resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la colectividad afectada, “porque aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado”.

Así se sentó la siguiente doctrina, en relación a las siguientes cuestiones:

1) BIENES COLECTIVOS: a) la fuente y el grupo escultórico emplazado en ella que resultaron dañadas por el desplazamiento de un ómnibus, integran el patrimonio cultural de la comunidad en la que se encuentra ubicado y constituye un bien colectivo; b) el bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal, por ello cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo tal que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva; c) dentro de la categoría de los intereses difusos se ha incluido lo atinente a la protección del patrimonio histórico y cultural.

2) INTERÉS DIFUSO O FRAGMENTADO: admite más de un titular o ninguno. Aparece algo así como un bien indivisible que permite cuotas identificadas en cada afectado, quiénes se hallan en unión tal que la satisfacción de uno sólo implica, en principio, la del grupo, así como la afección a uno, lo es también a la clase. Puede ser tanto un interés jurídicamente protegido o un derecho subjetivo -público o privado-; el primero, responde a un derecho, cuya consagración depende de la satisfacción que se le

en ED, 171-371, con nota de TRIGO REPRESAS, Félix: “Un caso de daño moral colectivo”; en LLBA, año 4, nro 3, abril 1997, pág. 283, con nota de ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. Ídem, fallo íntegro publicado en Boletín Oficial de la Provincia de Buenos Aires, diario de Jurisprudencia, 1997.

otorga, en cambio, el derecho subjetivo, tiene además del correlato “obligaciones” (derecho subjetivo privado), el poder-deber público de ampararlo.

3) DAÑO COLECTIVO: señalando que es aquél que lesiona un interés de esa naturaleza, el que tiene autonomía y puede o no concurrir con los daños individuales, lo que revela una realidad “grupal”; asimismo dijo: a) el daño grupal es calificable como difuso en el sentido de que el goce del interés se muestra extendido, difundido, dilatado; b) cuando el interés es transindividual difuso, que afecta a toda la comunidad, ese interés es público, el titular es la comunidad y el legitimado el Estado. En estos casos aflora el rol del Estado como demandante y, en el derecho municipal local, incumbe al Intendente, como en la Provincia al Fiscal de Estado, ejercer la defensa de los derechos públicos subjetivos.

4) DAÑO MORAL COLECTIVO: Respecto del daño moral en general, sostuvo que tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquéllos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos; b) el daño moral no requiere prueba específica alguna en cuanto ha de tenerse por demostrado por el sólo hecho de la acción antijurídica y la titularidad del accionante; c) el daño moral constituye toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra; d) a la admisión del daño colectivo ocasionado a una comunidad -incluidos sus ocasionales visitantes- por la privación del uso, goce y disfrute de un bien relevante del dominio público municipal se llega tanto si se parte del concepto de daño sufrido colectivamente como lesión a un bien público o colectivo, atendiendo a la naturaleza extrapatrimonial y colectiva de ese bien agraviado, como si se centra el enfoque en el estado espiritual disvalioso que recae en la esfera social de una categoría de sujetos, los habitantes de dicha comunidad que disfrutaban del bien, por la afección de una obra del patrimonio cultural local, que ostenta protección normativa constitucional.

5) LEGITIMACIÓN PARA OBRAR: Por último, con referencia a la legitimación para obrar, afirmó que debe admitirse que la Municipalidad, a través de su Departamento Ejecutivo, actúe en representación de todos y cada uno de los sujetos de la comunidad cuyo derecho difuso se ha vulnerado. Ello es así, no sólo porque la Municipalidad es la dueña de la fuente con un grupo escultórico emplazado en ella dañados, obligada a su cuidado y conservación, sino porque ésta ha consentido que el monto del resarcimiento por daño moral colectivo sea destinado a un patrimonio de afectación, para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal. De ese modo, el Estado local, dueño y guardián de la escultura resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la comunidad afectada porque, aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado.

De lo expresado se concluye que existe un corrimiento del centro de interés hacia la protección efectiva de los derechos colectivos y el ejercicio público de acciones privadas

en defensa de los intereses difusos; dentro del cual ocupa un rango prioritario, la problemática del medio ambiente²³⁰.

6) DAÑO MORAL COLECTIVO: Capítulo aparte merece el tratamiento de la mencionada cuestión del daño moral colectivo. Como se ha dicho se hace parte de la idea, que puede haber en los perjuicios extrapatrimoniales un “matiz social”, en la medida en que nace de las relaciones de la persona con su ambiente o circunstancias fisico-temporales; el daño lo soportan en su calidad de miembros de ese determinado conjunto social²³¹. Concordantemente, reiteramos, se ha definido el daño moral colectivo o grupal como la conculcación de intereses extrapatrimoniales plurales de un estamento o categoría de personas, cuya ligazón puede ser, esencialmente, subjetiva u objetiva²³².

También se ha sostenido que la categoría del daño moral colectivo ocasionado globalmente a íntegros cuerpos humanos, exige la previsión de una apertura legitimatoria para el ejercicio de la pretensión resarcitoria en favor de cuerpos intermedios, adecuadamente representativos de la comunidad interesada²³³.

En esta tesis se afirma que cuando una asociación acciona por daño moral colectivo, no invoca un perjuicio de ella misma, sino de los asociados, con la particularidad de que el interés menoscabado es grupal e indivisible. Y cuando el interés colectivo afecta a toda la comunidad, reviste naturaleza pública y entonces la acción puede promoverse por el Estado²³⁴ como corolario de su obligación de propender al bienestar de la comunidad²³⁵.

De ahí que el resarcimiento deba ir normalmente a fondos públicos o, mejor aún, a patrimonios públicos de afectación específica, que evitan los conocidos cambios de esos fondos²³⁶.

²³⁰ MORELLO, Augusto M., *Los daños al ambiente y el derecho procesal*, cap. V, pág. 83, de su obra “Derecho de Daños. Dimensiones actuales y trayectorias”, Librería Editora Platense, 1997. Véase asimismo LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, LL, 1997-E-1463.

²³¹ MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel, “Daño moral colectivo”, LL, 1984-C-1197.

²³² GALDÓS, Jorge M., “Derecho Ambiental y Daño moral colectivo: algunas aproximaciones”, JA. 1998-IV- 982. Ver del mismo autor, “Daño moral colectivo, daños punitivos y legitimación procesal activa”, pág. 113, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 6, Daño moral, Rubinzal- Culzoni Editores.

²³³ Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, *Revista Notarial*, N° 877, págs. 1642 y ss., citadas por MOSSET ITURRASPE, Jorge, obra colectiva citada “Daño ambiental”, su trabajo “Daño ambiental en el derecho privado”, en tomo I, pág. 145, Ed. Rubinzal- Culzoni, noviembre de 1999.

²³⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, obra colectiva citada, tomo I, p. 148.

²³⁵ AGOGLIA, María, BORAGINA, Juan y MEZA, Jorge, “El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental”, p. 808.

²³⁶ LORENZETTI, Ricardo L., “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, LL, 1996-D-1058, p. 1072; en la misma línea v. STIGLITZ, Gabriel, “Mecanismos jurídicos de protección al medio ambiente”, en *Juris*, 90-321.

8. Régimen De Responsabilidad Por Daño Ambiental

La Ley 25675 General del Ambiente de Argentina, establece que “El que cause daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la Autoridad de Aplicación, sin perjuicios de otras acciones que pudiere corresponder”. Esta misma ley consagra en el Artículo 4° entre los denominados principios de política ambiental, los principios de prevención, precautorio, y de responsabilidad, entre otros.

La Ley General del Ambiente de Panamá, prevé que la acción civil ambiental tendrá por objeto restaurar el ambiente afectado o la indemnización por el daño causado. Además establece la obligación de reparar el daño causado, aplicar medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes. La Ley General del Ambiente de Honduras, dice que la reparación del daño consiste en el restablecimiento, reposición o restitución de la situación anterior al hecho, de las cosas y objetos afectados, a su ser y estado natural, en los casos en que se posible, en la compensación económica de daños y los perjuicios ocasionados al ambiente, la comunidad o a los particulares.

La Ley del Medio Ambiente de El Salvador, de manera similar, dispone que el responsable del hecho, estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible la restauración, indemnizará al Estado y a los particulares por los daños y perjuicios causados. La Ley de gestión Ambiental de Ecuador, regula una condena al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. La Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, dispone que la Administración Pública aplicará medidas protectoras y sanciones entre las que menciona: la imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.

De lo expuesto surge claramente, a nuestra opinión, que la responsabilidad por daño ambiental reviste cuanto menos cinco dimensiones diferentes, que no se excluyen, y podrían acumularse según las circunstancias del caso en particular: 1) precautoria; 2) preventiva; 3) de recomposición, 4) de compensación ambiental; 5) indemnizatoria.

9. Colofón

A lo largo de esta exposición, hemos puesto de resalto el carácter colectivo del derecho ambiental, cualquier sea el punto de vista que se siga. Desde la óptica del sujeto de derecho titular del mismo: Derecho público subjetivo; Derecho de Incidencia colectiva;

Interés difuso. O desde la objetividad, del bien que lo integra: Bien del patrimonio común; Bien colectivo.

También hemos querido abordar por su relevante significación social, en relación al bien colectivo objeto del Derecho Ambiental, la especial naturaleza jurídica del daño ambiental.

EL DERECHO HUMANO A VIVIR EN UN AMBIENTE SALUDABLE Y ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Por Néstor A. Cafferatta

1. Introducción

Vamos a ensayar dar respuestas a tres interrogantes que nos planteamos como marco de reflexión en este capítulo. ¿Es el derecho ambiental un derecho humano?, y en caso afirmativo, ¿a qué clase de derechos humanos pertenece? Por último, ¿cuál es su contenido?

Recordemos que la Constitución del Paraguay de 1992 (Artículos, 6, 7, 8, 38) establece el derecho a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Lo califica como interés social prioritario. Y lo vincula con la vida misma y la calidad de vida.

2. Derecho Ambiental

Frecuentemente, nos introducimos en la materia, recordando que Ricardo L. LORENZETTI predica que: “El derecho ambiental es descodificante, herético, mutante: “se trata de problemas que convocan a todas las ciencias a una nueva fiesta, exigiéndoles un vestido nuevo. En el caso del Derecho, la invitación es amplia abarca lo público y privado, lo penal y lo civil, lo administrativo, lo procesal, sin excluir a nadie, con la condición que se adopten nuevas características. Y que el surgimiento de los problemas relativos al medio ambiente incide en la fase de las hipótesis, de planteamiento de los problemas jurídicos, suscitando un cambio profundo que avanza sobre el orden del Código, proponiendo uno distinto, sujeto a sus propias necesidades”.²³⁷

Es por ello que Antonio H. BENJAMÍN enseña que no asusta pues, que en relación al paradigma jurídico tradicional, el derecho ambiental se lo considere de “carácter contestatario”²³⁸. Y que se afirme la idea que el derecho ambiental es una disciplina funcional o finalista (teleológica), pues no se encuentra como una rama jurídica

²³⁷ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 483, Rubinzal- Culzoni, 1995.

²³⁸ Nuestra disciplina es un desafío de cambio para la cultura clásica del Derecho. Por ello, se dijo, el derecho ambiental, este nuevo derecho, se lo tilda de contestatario, revolucionario, a contrapelo, rebelde, reaccionario, refractario, atípico, y hasta invasor, este último adjetivo según: MOSSET ITURRASPE, Jorge : p. 31, “El daño ambiental en el derecho privado”, quién afirma que se trata de un derecho con pretensiones abarcativas excesivas, en obra colectiva “Daño Ambiental”, Rubinzal- Culzoni, 1999. Es que como se destaca con razón, “el Derecho Ambiental necesita de odres nuevos”.- Vid. LÓPEZ RAMOS, Neófito: ponencia bajo título “Procesos constitucionales y Protección Ambiental en Latinoamérica. Legitimación, medidas de urgencia, prueba, costos y costas, alcance de la sentencia”, p. 141 y ss, trabajo publicado en “Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la Normativa Ambiental”, FARN, Buenos Aires – Argentina-, 23 y 24 de septiembre de 2003.

neutra: persigue viabilizar un objetivo primario, macro- objetivo, ligado con la SUSTENTABILIDAD -“Estado Socio Ambiental del Derecho”-, y de varios objetivos secundarios, micro- objetivos, que se refieren, entre otros, a la protección de la salud y seguridad humanas, salvaguarda de la biosfera per se, la conservación del patrimonio estético, turístico, paisajístico, prevención, reparación y represión del daño ambiental”²³⁹.

Tiempo atrás, Guillermo J. CANO²⁴⁰, enseñaba que “el derecho ambiental comprende las normas legales referentes al uso y conservación de todos los bienes, fenómenos, y elementos que componen el ambiente humano - que se integra a su vez, en modo interdependiente, por el entorno natural, formado por los recursos vivos o biológicos y los recursos naturales inertes; y el entorno creado, cultivado o edificado por el hombre y ciertos fenómenos naturales -, en tanto influyan en la calidad del entorno desde el punto de vista del interés humano; la doctrina conducente a su formulación e interpretación; las decisiones jurisprudenciales, y los usos y costumbres correlativos”.

²³⁹ BENJAMÍN, Antonio H. “¿Derechos de la naturaleza?, p.32, en obra colectiva “Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI”, homenaje al profesor doctor Roberto M. LOPEZ CABANA, Abeledo- Perrot, 2001. También señala como objetivos secundarios: facilidad de acceso a la justicia, transparencia y circulación de la información ambiental, eficiencia económica, tutela de la propiedad, conocimiento científico y tecnológico, estabilidad social, democratización de los procesos decisorios ambientales”.- Una versión en lengua portuguesa bajo el título de “Objetivos do Direito Ambiental”, p. 57 y ss., en obra colectiva “O futuro do controle da Poluição e da Implementação Ambiental”, 5º Congresso de Direito Ambiental, Antonio H. Benjamín / Jose C. Meloni Sicoli, Instituto O direito por um Planeta Verde / Promotora de Justiça Meio Ambiente Estado de Sao Paulo, Imprensa Oficial, 2001.- En la Argentina, el constitucionalista QUIROGA LAVIE, Humberto: “El Estado Ecológico de Derecho en la CN”, LL, 1996-950, participa de un criterio semejante.- Por esta razón, no faltan voces en la doctrina, que califican este Estado del Derecho, como “Estado Ecológico del Derecho”. Véase QUIROGA LAVIÉ, Humberto- BENEDETTI, Miguel- CENICACELAYA, María de las Nieves: “Derecho constitucional Argentino”, Tomo I, p. 297, Rubinzal- Culzoni, 2001, como lo ha definido recientemente la doctrina alemana – Würtemberger – a la vista de una norma más escueta que la nuestra, incorporada el 27 de septiembre de 1994, en la Ley Fundamental de Alemania.

²⁴⁰ CANO, Guillermo J., “Introducción al derecho Ambiental Argentino”, LL- 154-914. Del mismo autor: “Derecho, Política y Administración Ambientales”, p. 58, Depalma, 1978. Para este notable maestro, el ambiente humano (entorno o medio humano) incluye al ser humano, que vive en él, le goza, y también le deteriora. Lo componen dos categorías de elementos: a) el entorno natural; b) el entorno creado, cultivado o edificado por el Hombre. El entorno está formado por: 1) los recursos naturales vivos o biológicos (biosfera) que son la flora, fauna, protista, y el suelo agrícola, además del hombre; la rama científica que les concierne es la ecología; 2) los recursos naturales inertes, que son la tierra no agrícola, las aguas (HIDRÓSFERA), los minerales (LITÓSFERA), la atmósfera y el espacio aéreo, los recursos geotérmicos, la energía primaria y los recursos escénicos o panorámicos. 3) el entorno creado, cultivado o edificado por el Hombre - genéricamente los recursos culturales - lo forman los bienes materiales (producción industrial, agropecuaria cultivada y minera y sus desechos o desperdicios, efluentes domésticos y urbanos, edificios, vehículos, ciudades) y también inmateriales (ruido, olores, tránsito, paisajes o sitios históricos) de creación humana. Además, explicaba que el derecho ambiental era una novísima rama de la ciencia jurídica, que nació en el momento en que se comprendió que el medio ambiente constituye un conjunto, un todo, con principios técnicos de manejo integrado en tanto conjunto o universalidad, cuyos diversos elementos interaccionan entre sí. La aplicación de tales principios al orden físico y social originó la necesidad de trasladarlas al campo jurídico y la de adoptar o reformular normas legales y nuevas estructuras administrativas para posibilitar su implementación. Esas normas legales y la doctrina que le es correlativa, son las que constituyen el derecho ambiental.

El Derecho Ambiental, disciplina jurídica en pleno desarrollo y evolución²⁴¹ constituye según LILY FLAH – SMAYEVSKY, el conjunto de normas regulatorias de relaciones de derecho público o privado tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la prevención de daños al mismo, a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural, lo que redundará en una optimización de la calidad de vida²⁴².

Edis MILARÉ²⁴³ postula “una noción de lo que viene a ser el Derecho del Ambiente, considerándose como el complejo de principios y normas reguladoras de las

²⁴¹ ANDORNO, Luis O. “Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico”, JA, 2001-I-1068. También señalaba, concordantemente, estas características, CASSAGNE, Juan C.: “Sobre la Protección Ambiental”, LL, 1995-E-1217, que destacaba en tal sentido, el derecho ambiental se configura como un derecho especial, con una relativa autonomía en el campo de la interpretación, cuya especificidad requiere llevar a cabo una tarea de armonización entre los fines y objetivos ambientales con las técnicas y principios propios de cada disciplina jurídica”; ídem, la publicación en “Gerencia Ambiental”, donde lo califica como “ius novum”, y ensaya “el surgimiento de nuevos principios y criterios”, entre los que enumera “la prevención ambiental”, según trabajo “Protección ambiental en Argentina”, p. 684. Sin embargo, este mismo autor, recientemente, cambió de manera expresa la postura, para sostener actualmente, que el Derecho Ambiental “constituye una rama del Derecho Administrativo que, por sus peculiaridades, configura una suerte de derecho administrativo especial, con principios y técnicas de derecho público”. Esta tesis afirma que “en cualquier caso, el estudio de la problemática ambiental requiere el conocimiento de los principios y fines del derecho público, sin perjuicio de que existan instituciones y aspectos regulados por el derecho civil”. Véase CASSAGNE, Juan C., “El Daño Ambiental Colectivo”, en Revista Jurídica La Ley, ejemplar del 14 de septiembre de 2004, p. 1. PIGRETTI, Eduardo, “Derecho Ambiental”, p. 52, Depalma, 1993, sostiene por el contrario, que “el nuevo derecho ambiental constituye una especialidad que se nutre de diversas ramas del conocimiento jurídico”. A su vez, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “Responsabilidad Civil por daño ambiental”, La Ley, 1994-C-1052, enseña que se trata de una nueva rama del derecho pero cuya unidad de problemáticas y características específicas permiten hablar de una identidad propia dentro de los sistemas jurídicos.

²⁴² FLAH, Lily R.- SMAYEVSKY, Miriam: “La regulación procesal en el derecho ambiental americano. Acción popular y de clase”, LL, 1993-E, 935. A su turno, LÓPEZ RAMOS, Neófito: “La protección jurídica de la biodiversidad”, p. 320, en obra colectiva “Memorias del Primer Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Instituto Nacional de Ecología, México, 2003, sostiene que “el estudio de las normas jurídicas que tiende a regular los actos y omisiones del hombre frente a la naturaleza constituye el objeto específico del derecho ambiental, cuya denominación es adecuada, aunque algunos autores la denominan derecho ecológico”. ACEVES ÁVILA, Carla, “Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano”, p. 73, Porrúa, 2003, lo define diciendo que “El derecho Ambiental en sentido positivo puede ser entendido como el conjunto de normas jurídicas que protege los sistemas naturales que hacen posible la vida y las interacciones entre ellos, incluyendo a cada uno de sus elementos y factores, mediante la regulación de conductas humanas que incidan de manera positiva o negativa en ellos; a través de mecanismos que prevengan o controlen de manera indistinta la generación de contaminación, o la protección o preservación de los recursos naturales a fin de planear su explotación, limitar su degradación, y promover un proceso de desarrollo sostenible.- BRANES, Raúl, Manual de Derecho ambiental Mexicano, Fondo de Cultura Económica y Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, México, 2000, p. 29, define al derecho ambiental como “el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar en los sistemas de organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos”.

²⁴³ MILARÉ, Edis: “Direito do Ambiente”, p. 93, Dos Tribunais, 2000.- Este mismo autor cita, una noción genérica de compleja materia en trabajo de BARREIRO CUSTÓDIO, Helita: “Legislação ambiental no

actividades humanas que, directa o indirectamente, pueden afectar la sanidad del ambiente, en su dimensión global visando a su sustentabilidad para las presentes y futuras generaciones”.

Por lo expuesto, es de advertir que el derecho ambiental lo integran normas de base interdisciplinaria (RAMON MARTÍN MATEO)²⁴⁴ -que exceden el ámbito jurídico-, con rigurosa regulación técnica²⁴⁵, de agrupamiento de derecho privado y de derecho público²⁴⁶, con primacía de los intereses colectivos²⁴⁷, aunque también hay instituciones de derecho ambiental que producen efectos simultáneos en ambos órdenes.

Brasil”, Revista de Diritto civil, São Paulo, 1996, p. 76: 58, que lo tiene como un “conjunto de principios y reglas impuestas, coercitivamente, por el Poder Público competente, y que disciplinan todas las actividades directa o indirectamente relacionadas con el uso racional de los recursos naturales (aire, aguas superficiales, y subterráneas, aguas continentales o costeras, suelo, espacio aéreo y subsuelo, especies animales y vegetales, alimentos y bebidas en general, luz, energía), bien como la promoción y protección de bienes culturales de valor histórico, artístico, arquitectónico, urbanístico, monumental, paisajístico, turístico, arqueológico, paleontológico, ecológico, científico), teniendo por objeto la defensa y preservación del patrimonio ambiental (natural y cultural) y por finalidad la incolumidad de la vida en general, tanto presente como futura”.

²⁴⁴ MARTÍN MATEO, Ramón, “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 95, ap. II.2.6, Trivium, 1991.- OJEDA MESTRE, Ramón, “El Derecho Ambiental del Siglo XXI”, p. 8, Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental.- MILARÉ, Edis, “Direito do Ambiente”, p. 113, Dos Tribunais, 2000.- RODGERS, William H., “Environmental law”, p. 5, St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1977.- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño ambiental en el derecho privado”, p. 21, en obra colectiva “Daño ambiental”, Tomo I, Rubinzal- Culzoni, 1999.- ACEVES ÁVILA, Carla D., “Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano”, p. 73 - 75, calificándola de una disciplina multidisciplinaria, Editorial Porrúa, 2003. CARRANZA, Jorge: “Aproximación interdisciplinaria a la Responsabilidad por Daño ambiental”, JA, 1998-IV-701. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho Ambiental. Fundamentación y Normatividad”, p. 48, Abeledo- Perrot, 1995.- JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, “El Derecho Ambiental y sus principios rectores”, p. 358, punto 4.2.7, Dykinson, 1991.- PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, Maria d., “Medio Ambiente, Diversidad Cultural y Paisaje”, p. 82, en Revista de Derecho ambiental, N° 0, Lexis Nexis / Instituto de Derecho por un Planeta verde- Argentina, noviembre 2004, sostiene que es fundamental el estudio interdisciplinario de los efectos que sólo se producen con las interacciones entre el medio natural y el medio social.- Desde otra óptica, REY CARO, Ernesto J., “Introducción al Derecho internacional Ambiental”, p. 80, en obra colectiva “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Estudios de Derecho Internacional, Marcos Lerner, 1998, enfatiza que “se ha acentuado el carácter multidisciplinario de la problemática ambiental”.

²⁴⁵ MARTÍN MATEO, Ramón, “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 94, ap. II.2.4, Trivium, 1991. MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño ambiental en el derecho privado”, p. 21, en obra colectiva “Daño ambiental”, Tomo I, Rubinzal- Culzoni, 1999.- ACEVES ÁVILA, Carla D., “Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano”, p. 74, Editorial Porrúa, 2003.- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho Ambiental. Fundamentación y Normatividad”, p. 50, Abeledo- Perrot, 1995.

²⁴⁶ DE LOS RÍOS, Isabel, “Derecho del Ambiente”, p. 22, 2ª edición, Caracas, 1994, explica que hasta hace poco se sostenía que el Derecho del Ambiente no era sino un reagrupamiento de normas sin especificidad. Aún hoy hay quien sostiene que todavía no es sino un conjunto de normas con algunos caracteres comunes que tienden a constituir una rama autónoma; que es un conjunto de principios que debe intervenir en cada una de las otras ramas; que es simplemente un aglomerado de elementos de los otros derechos tradicionales.

²⁴⁷ MARTÍN MATEO, Ramón, “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 95, ap. II.2.6, Trivium, 1991.- BOTASSI, Carlos A., “Derecho Administrativo Ambiental”, p. 93, LEP, 1997.- MOSSET ITURRASPE, Jorge, “El daño ambiental en el derecho privado”, p. 21, en obra colectiva “Daño ambiental”, Tomo I, Rubinzal- Culzoni, 1999.- ACEVES ÁVILA, Carla D., “Bases Fundamentales de Derecho Ambiental Mexicano”, p. 74, Editorial Porrúa, 2003. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Derecho Ambiental.

Además, entendemos que el derecho ambiental se inscribe dentro de la órbita de los asuntos sensibles al interés social²⁴⁸. En el orden privado, avanza el orden público en numerosas situaciones ambientales. El derecho ambiental exhibe como ningún otro derecho, una interrelación estrecha entre la normativa pública (constitucional, penal, administrativa) y la normativa privada (civil, comercial, derecho del consumidor)²⁴⁹.

Mario F. VALLS²⁵⁰, dice que el derecho ambiental: “Norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, la preservación y el mejoramiento del ambiente. Contiene normas de derecho privado, de derecho público y otras de orden público. Se caracteriza por ser: a) Una especialización jurídica. b) Un correctivo de los errores y deficiencias de todo el sistema jurídico común. c) Parte integrante o estar íntimamente relacionado a las demás ramas del derecho, a las que modifica y en las cuales suele encontrar su fuente. d) Evolutivo y dialéctico. e) Conciliador y transaccional entre los intereses de las partes que pretenden ejercer derechos sobre un bien común como es el ambiente. Su objetivo político es conjugar el desarrollo ambiental con el económico. f) Un instrumento de política ambiental, lo que, como parte del derecho, sea un fin en sí”.

Otros autores, limitan el concepto del derecho ambiental, a resolver desde la óptica jurídica, la polución. En ese sentido, ABATTÍ- DIBAR- ROCCA²⁵¹, lo conciben bajo la denominación de ECODERECHO, como un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones del derecho público o privado tendientes a mantener el medio ambiente libre de contaminación o mejorar sus condiciones para el caso de hallarse contaminado, todo ello a la luz de los estudios de las relaciones entre los organismos y su medio, tendiente en última instancia a mantener o lograr el equilibrio natural.

Un concepto restringido propone Ramón MARTÍN MATEO²⁵², a la vez señala que el derecho ambiental se encuentra lejos de su madurez, si es que puede alcanzarla algún día dada su íntima conexión con una problemática científica que dista de estar resuelta, el cual según su versión, incluye “los elementos naturales de titularidad común y de características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra. Puede pensarse también que entre tales elementos cabría incluir el suelo, como efectivamente parece entender la Administración ambiental americana, ... pero creemos que la gestión del suelo o bien reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión con trascendencia más amplia que la propia gestión ambiental, o a la postre, se conecta con los ciclos del agua y del aire, bien en cuanto sustancias depositadas

Fundamentación y Normatividad”, p. 51, Abeledo- Perrot, 1995.- JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, “El Derecho Ambiental y sus principios rectores”, p. 354, punto 4.2.5., Dykinson, 1991.

²⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo L. “La Protección jurídica del Ambiente”, LL, 1997 –E, 1463.

²⁴⁹ Ídem anterior. LORENZETTI, Ricardo L. “La Protección Jurídica del Ambiente”, LL, 1997-E, 1463.

²⁵⁰ VALLS, Mario F. p. 107 y ss., “Manual de Derecho Ambiental”, Ugerman Editor, 2001.

²⁵¹ ABATTÍ, Enrique Luis, DIBAR, Alberto R., ROCCA, Ival (h): “Ecoderecho Básico”, LL, 1984-B-707.

²⁵² MARTÍN MATEO, Ramón: “Tratado de Derecho Ambiental”, vol. 1, p. 86, Trivium, 1991.

en el suelo y que en aquellos se transportan, bien en cuanto a eventuales alteraciones de estos ciclos al perturbarse las condiciones meteorológicas, por obra, por ejemplo, de la deforestación”.

Ramón OJEDA MESTRE²⁵³, ve el “nuevo” derecho ambiental como un derecho extremadamente Joven, tanto en lo doctrinario como en lo normativo, muy Dinámico y Cambiante, que por su propia lozanía, sufre una Metamorfosis Continua, buscando espacios en las más variadas facetas del derecho, a las que se incorpora “incluso a contrapelo”, abundante y escaso a la vez, que sobre todo en los países no desarrollados, padece raquitismo de eficiencia. Asimismo, este eminente jurista mexicano, destaca que “en cuanto derecho intergeneracional, el derecho ambiental moderno atiende a una doble dimensión de temporalidad”.

También señala que es un derecho declarativamente cada más solidario, con interdependencia marcada con los derechos a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad y con una necesaria simbiosis con el desarrollo económico. Es pues, a querer o no, un derecho subordinado a otros. Su finalidad es velar por los intereses colectivos, no individuales sino difusos, sobre bienes de uso y goce colectivos. Tiene también en su singular teleología la intención de asumir “la calidad de vida” como valor. Calidad de vida que va de la mano del reconocimiento a la dignidad humana”.

En ese marco, Eduardo PIGRETTI²⁵⁴, dice que el derecho ambiental es un desafío, que replantea la relación del hombre con la naturaleza, como asimismo la relación del hombre con el grupo social, que aún no tiene recepción adecuada del derecho, aunque está en juego en la cuestión, el derecho a la vida y la integridad personal. Esta postura sostiene que la responsabilidad es patrimonial de hombre a hombre. El derecho civil desarrolla únicamente un derecho micro, entre personas individuales que llevan sus cuestiones al juez. Por tal razón es difícil concebir la existencia de los llamados intereses difusos, acciones de clases o acciones ecológicas, que suponen una interrelación del hombre con el grupo social y que, en consecuencia, superan la relación patrimonial individual.

Recientemente, este profesor de la Universidad de Buenos Aires²⁵⁵, redobló su prédica: Tenemos que romper los moldes y participar con las ciencias naturales, al mismo tiempo y con los mismos arcanos del derecho. Las ciencias naturales y las ciencias

²⁵³ OJEDA MESTRE, Ramón, “El Derecho Ambiental del Siglo XXI” / “El nuevo Derecho Ambiental”, Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental”, p. 8, México, octubre 2000. Por último afirma que se va perfilando más como un derecho preventivo que correctivo o sancionatorio, aunque es un fenómeno general la tendencia a punibilizarlo, a incorporar más disposiciones de índole penal en los propios códigos de la materia.

²⁵⁴ PIGRETTI, Eduardo, “Derecho Ambiental”, p. 52, Depalma, 1993. Del mismo autor “El derecho a la vida y a la integridad personal”, ED 109-940. Véase también STUTZIN, Godofredo: “La doble personalidad del Derecho Ambiental”, p. 37, FARN? AyRN, vol. III, N° 2, abril- junio 1986, La Ley.

²⁵⁵ PIGRETTI, Eduardo: “Derecho Ambiental profundizado”, p. 10, Editorial La Ley, 2004.

sociales se están uniendo, una al lado de la otra. El derecho con mayúsculas no puede venir después que el técnico dijo sus cosas. Porque el derecho va a tener que impedir la destrucción forestal. Va a tener que ayudar a tener sentido de la unidad económica de producción. Va a tener que ayudar en las prácticas de la conservación. Los grandes problemas ambientales que se nos dicen con rutina: la capa de ozono, la desertización, la pérdida forestal, sólo se van a combatir también con el derecho. No con un derecho sino con una nueva noción del derecho”.

3. Derecho Ambiental Internacional

Sin olvidar, claro está, el principalísimo capítulo que lo integra, caracteriza, condiciona y lo enriquece, del derecho internacional ambiental. Ya que como se ha dicho “desde que se “descubren” los problemas ambientales, los mismos pasan a constituir megaproblemas. A esta altura del desarrollo humano resulta ocioso señalar en forma desarrollada la extensa gama de aspectos humanos, físicos y químicos involucrados que afectan la vida humana en sí y a los elementos naturales: aire, suelo, agua. A manera de síntesis extrema, puede decirse que el desarrollo de la problemática ambiental ha significado sustantivos cambios institucionales dentro de la organización internacional y del conjunto de normas que regula la vida nacional de las naciones, modificándose los contenidos específicos de la política y del derecho internacional”²⁵⁶.

Desde esta óptica, Ernesto J. REY CARO²⁵⁷ dice que: “Esta novel rama del Derecho Internacional Público ha sido definida como el conjunto de normas y principios de Derecho Internacional que tienen por finalidad la protección del equilibrio esencial del medio humano, o, en otros términos, la protección y preservación del medio ambiente. Este concepto, por su amplitud, permite abarcar todos aquellos problemas vinculados con el medio ambiente, que han sido objeto de una regulación jurídico internacional”. Por último, agrega que “pocas ramas del Derecho internacional han cobrado tanta importancia en tan escaso tiempo como la que hoy llamamos Derecho Internacional Ambiental o del Medio ambiente”.

²⁵⁶ PIGRETTI, Eduardo: “Política Ambiental Global”, p. 90, en Revista de Derecho Ambiental, Lexis Nexis/ instituto de Derecho por un Planeta Verde, Número 0, noviembre 2004. Para ampliar véase DRNAS DE CLÉMENT, Zlata (Directora) – REY CARO, Ernesto J. – STICCA, María A.- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “Codificación y Comentario de Normas Internacionales Ambientales. Vigentes en la República Argentina y en el MERCOSUR”, La Ley, 2001. ESTRADA OYUELA, Raul A.- CEVALLOS DE SISTO, María C. “Evolución del Derecho Ambiental Internacional”, A- Z Editora, 1993.- “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Estudios de Derecho Internacional, REY CARO, Ernesto J.- FLORES, María L.- DRNAS DE CLÉMENT, Zlata, SALAS, Graciela, RODRÍGUEZ, María C.; MARCIONNI, Nelson D., Marcos lerner, 1998.

²⁵⁷ REY CARO, Ernesto J., “Introducción al Derecho internacional Ambiental”, p. 24, en obra colectiva op. cit., “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Estudios de Derecho Internacional, Marcos lerner, 1998.- con referencia a la obra de KISS, Alexandre Charles “Los principios generales del derecho del medio ambiente”, p. 10, en Cuadernos de la Cátedra J. B. Scott, Valladolid, 1975. En una obra posterior el jurista francés identifica como objeto del Derecho Internacional del medio ambiente la protección de la biosfera contra mayores deterioros y el desequilibrio que pueda perturbar su normal funcionamiento Cf. “Droit international de L’environnement”, p. 13, París, 1989.

En ese sentido, José JUSTE RUIZ²⁵⁸, destaca el rápido desarrollo y el volumen considerable que ha adquirido el Derecho internacional del Medio Ambiente, hecho por el cual la normativa no ofrece todavía contornos precisos sin caracteres consolidados.

4. Derecho De Incidencia Colectiva

Además, participa de la naturaleza compleja de su tipología subjetiva, de pertenencia difusa, supraindividual, grupal²⁵⁹, colectiva, comunitaria, atributo inherente de “derechos generalizados”²⁶⁰, de objeto no susceptible de apropiación privada, de disfrute, goce, uso, aprovechamiento y afectación solidaria, que caracteriza los denominados genéricamente (de la familia, junto a los derechos del consumidor y del usuario, contra la discriminación social, y la libre competencia, entre otros) por la Constitución Argentina de 1994, “derechos de incidencia colectiva”²⁶¹ (conocidos por la doctrina procesal, como intereses

²⁵⁸ JUSTE RUIZ, José “Derecho internacional Público y Medio Ambiente”, en Asociación Española Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Problemas Internacionales del Medio Ambiente, VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984, p. 53.-

²⁵⁹ BUJOSA VADELL, Lorenzo- Mateo: “Sobre el concepto de los intereses grupo difusos y colectivos”, LL, 1997-F-1142.

²⁶⁰ PIGRETTI, Eduardo: “El Derecho Ambiental como revolución social político jurídica”, LL, 28 de septiembre 2004, p. 2.

²⁶¹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto- BENEDETTI, Miguel- CENICACELAYA, María de las Nieves: “Derecho constitucional Argentino”, Tomo I, p. 292, Rubinzal- culzoni, 2001.- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A. “Los llamados intereses difusos y la protección constitucional del medio ambiente”, ED, 147-784.- BIDART CAMPOS, Germán J. Intereses difusos, Enciclopedia Jur. Omeba, Bibliográfica Argentina, 1990.- Del mismo autor: “Intereses difusos y medio ambiente”, ED, 123-538.- “Los intereses difusos en el realismo socio jurídico del Poder Judicial”, ED, 131-137.- “Los intereses difusos mezclados en una cuestión de Derecho Minero”, ED 142-457.- “Intereses difusos, derecho a la preservación del ambiente y derecho a la salud y a la vida”, ED, 154-710.- “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, volumen VI, La Reforma Constitucional de 1994, Ediar, 1995.- SABSAY, Daniel- ONAINDE, José: “La Constitución de los argentinos”, 2da edición, Editorial Errepar, BsAs, 1995.- ZANNONI, Eduardo: “La Reforma Constitucional y la protección de los intereses difusos”, Rev. de Der. Priv. N 7, Rubinzal- Culzoni.- PEYRANO, Guillermo F: “Daño ecológico, protección del medio ambiente e intereses difusos”, J.A-1983-III-835. MORELLO, Augusto M., “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, Librería Editora Platense, 1999.- Del mismo autor: “La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal”, JA- 1978-III-321. “Los intereses difusos y el derecho procesal (del amparo individual al colectivo)”, JA, 1990-IV-47.- MORELLO, Augusto M.- HITTERS, Juan C.- BERIZONCE, Roberto O. “La defensa de los intereses difusos”, JA, 1982- IV, 700.- MORELLO, Augusto M.- STIGLITZ, Gabriel A. “Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos”, JA, 1985-IV-653.- MORELLO, Augusto M.- STIGLITZ, Gabriel: “Tutela Procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos”, LEP, 1896.- RIVAS, Adolfo A. “Derechos subjetivos, intereses difusos y acciones populares”, ED, 135-869.- IRIBARNE, Héctor P. “Los intereses difusos. Su percepción desde el punto de vista de los derechos sustantivos”, Universidad Austral Anuario N° 3, Abeledo-Perrot, 1997; PALACIO, Lino E. “La protección jurisdiccional de los intereses difuso”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho, Segunda Época, año XXXII, N° 25, Buenos Aires, 1988, p. 135.- CAPELLA, José Luis: “Intereses difusos. Ley 10.000”, Gráfica Esfinge, 1995.- GOZAÍNI, Osvaldo A., “La legitimación para obrar y la defensa procesal del Ambiente y demás derechos difusos”, p. 9 y ss., en obra colectiva: “Responsabilidad Ambiental”, Editorial de Belgrano, 1999.- VAZQUEZ ROSSI, Jorge: “Apuntes para el encuadre de la problemática jurídica de los intereses difusos”, Cuadernos de Derecho Procesal, 1, Rubinzal- Culzoni, 1983. BELLORIO CLABOT, Dino “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 351, Ad- Hoc,

difusos y colectivos), lo lleva a que pueda alojarse, indistintamente, de modo fungible²⁶², adoptando la clasificación trilogica de JELLINEK²⁶³, aunque con caracteres propios, conforme los casilleros clásicos, según la situación en derechos subjetivos, intereses legítimos e intereses simples.

Todo ello, a partir de la existencia de una nueva comprensión de la tutela jurídica (Humberto QUIROGA LAVIÉ²⁶⁴), en relación a los bienes de mayor trascendencia jurídica y social que, el derecho ambiental, capta, adopta, encauza, canaliza y defiende.

5. Derecho Invasor

Cabe la observación de Augusto M. MORELLO²⁶⁵, cuando señala que: “el operador jurídico no se puede mantener indiferente: advierte el corrimiento por un lado y el ensanchamiento por el otro, del elenco de libertades o derechos fundamentales. De los derechos del individuo o de la persona a los derechos de la sociedad como tal; ello acontece de manera directa a veces, otras indirecta o de modo refleja, pero es inocultable que por tales mudanzas es otro el registro y jerarquía de los que ahora ostentan privilegiada densidad y tutela”.

Es un *tertium genus*, transmutante, “invasor”²⁶⁶, un “nuevo derecho”, de características “comprensivas”, que instalado como una problemática acuciante, de urgente solución, produce disfuncionalidades en los institutos clásicos del derecho, transformándolos, modificando su impronta genética, para satisfacer necesidades básicas de respuesta ineludible.

1997.- FRANZA, Jorge A.- TOMA, Pedro B.: “Manual de Derecho Ambiental”, Tomo 1, p. 112, Ediciones Jurídicas, 1995.

²⁶² GALDÓS, Jorge Mario: “Pensando el proceso colectivo”, en Revista del Colegio de Abogados de Azul, año 1, nro 1, mayo 1998, p.15.- Del mismo autor: “Derecho Ambiental y Daño Moral Colectivo: Algunas aproximaciones. J.A. 1998-IV- 982.- “Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales. A propósito del caso Copetro”, L.L. 1999-C-1129.- “Daño moral colectivo, daños punitivos. Legitimación procesal activa”, Revista de Derecho de Daños, nro 6, p. 113, Daño Moral, Rubinzal- Culzoni.- “Proceso colectivo y daño ambiental” J.A. 1999-IV-1148.- “Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo”, J.A, 2000-II-242.

²⁶³ MARIENHOFF, Miguel S. “La legitimación de las acciones contra el Estado (acción popular, interés simple. Interés difuso)”, LL, 1986-C.- “Delfines o toninas y acción popular”. ED, 105-244.- “Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso”. ED. 106-922.

²⁶⁴ Por todos: QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “Amparo colectivo”, 1998.

²⁶⁵ MORELLO, Augusto M.- VALLEFÍN, Carlos: “El amparo. Régimen procesal”, p. 238, Librería Editora Platense, 2ª edición, 2000.

²⁶⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Daño ambiental en el Derecho Privado”, p. 31, en obra colectiva “Daño Ambiental”, Rubinzal- Culzoni, 1999. Desde hace años vengo insistiendo en la importancia del constitucionalismo ambiental, que por cierto no es un fenómeno político- jurídico propio de América Latina, pero que en nuestra región terminó asumiendo dimensiones relevantes, si se lo compara con lo que ocurrió en otros lugares del mundo, dando origen a lo que me parece debe identificarse, si se consideran sus particulares características, como el constitucionalismo ambiental latinoamericano”.

Así, frente a la insuficiencia de adaptación -en los institutos ortodoxos, clásicos-, de prosapia, “linaje y abolengo indiscutido”²⁶⁷, inveterado, centenario, histórico, del derecho de tradición romana y liberal, de base individualista, el derecho ambiental, avanza sobre sus estructuras, sirviéndose de ellas, en todo cuánto le resulta útil o de provecho, mudándolas, como asimismo flexibilizando, adecuando y cambiando su “código de origen”, a la manera de un programa informático avasallante, invasor, alterando su normal funcionamiento, en el sentido que demanda una inteligente adecuación a esas nuevas realidades ²⁶⁸.

Por ello, es que parte de la doctrina, sostiene que el derecho ambiental es un derecho horizontal²⁶⁹, de reagrupamiento²⁷⁰, que se solapa, penetra y atraviesa, todas las ramas tradicionales del derecho²⁷¹. En tesis similar, se afirma que es un correctivo de deficiencias del sistema²⁷². Finalmente, posiciones extremas, predicán, que todo el derecho es ambiental²⁷³. O lo mejor que le puede pasar al derecho es la desaparición del derecho ambiental, absorbido por las demás especialidades, por haberse impregnado de los principios, ideas, criterios, fines, técnicas, del mismo ²⁷⁴.

²⁶⁷ MORELLO, Augusto M., “La legitimación de obrar como elemento facilitador, en la Argentina, de la tutela jurisdiccional de las libertades fundamentales y de los intereses difusos y colectivos”, en *Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, Tomo 1, Librería Editora Platense, 1998.

²⁶⁸ MORELLO, Augusto M., “La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca: 1º parte: Los procesos acumulados en el ámbito de las acciones de clase. 2º parte: Acertadas decisiones de la Cámara Federal de Bahía Blanca”, JA, 1999-III, 249.

²⁶⁹ GOLDENBERG, Isidoro H.- CAFFERATTA, Néstor A., “Derecho Ambiental y Derecho del trabajo. Confluencia”, *Revista Doctrina Laboral*, abril 1998, Nº 152. También se sostuvo la misma doctrina: “Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal”, p. 21, Abeledo- Perrot, 2001.- Véase DUGO, Sergio, con la colaboración de FAGGI, Emilio: “La autonomía del Derecho Ambiental en el Ordenamiento Jurídico de la Argentina”, p. 156, en obra colectiva “Memorias del segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Instituto Nacional de Ecología – PNUMA Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, septiembre 2004.- A su vez, OJEDA MESTRE, Ramón: “El Derecho ambiental del Siglo XXI”, Corte Internacional de Arbitraje y conciliación Ambiental, expresa que “resulta de gran utilidad tener presentes lastres aristas identificatorias o características principales del derecho ambiental del siglo pasado: su carácter horizontal, la dispersión normativa y el predominio de intereses colectivos y otras cuestionables como las de su interdisciplinariedad o su supranacionalidad, su especificidad finalista o su vocación redistributiva”.

²⁷⁰ VALENZUELA FUENZALIDE, Rafael, “Hacia un concepto de derecho ambiental”, p. 112, en *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, abril- junio 1986, Vol. III Nº 2, La Ley, dice que “Para algunos especialistas – europeos, sobre todo-, el derecho ambiental es un derecho “horizontal”, en el sentido que se solapa y cruza de través las distintas ramas clásicas del derecho y es un derecho “de reagrupamiento”, en cuanto se limita a reunir y aglutinar disposiciones dispersas en una pluralidad de textos normativos”.

²⁷¹ VALENZUELA FUENZALIDE, Rafael, “Hacia un concepto de derecho ambiental”, p. 112, en *Revista Ambiente y Recursos Naturales*, abril- junio 1986, Vol. III Nº 2, La Ley.

²⁷² VALLS, Mario F. “Derecho Ambiental”, 3º edición, p. 85, distribuido por Abeledo- Perrot, 1994.

²⁷³ BELLORIO CLABOT, Dino, “El derecho todo ambiental y el hecho tecnológico: Interpretación y nuevos conceptos”, JA, 2001-I, 1077.

²⁷⁴ PIGRETTI, Eduardo, “Derecho Ambiental”, p. 60, Depalma, 1993, considera como una etapa de su evolución, la posibilidad de que una nueva especialidad jurídica se abra camino dentro del derecho, que denomina derecho de la biosfera. Recientemente recordó que “hemos anticipado (Derecho de los Recursos Naturales, Ed. La Ley, Buenos Aires, diciembre de 1986), que hay una probabilidad de la desaparición de

6. Derecho Humano

Todo indica que en el derecho ambiental, atento su íntima vinculación con la vida misma, las obligaciones que podemos caracterizar de medios, adquieren una especial relevancia, a punto tal que, según la expresión del Profesor francés, MICHEL PRIEUR²⁷⁵, trae una especie de “obligación de resultado”.

Y que, su faz de derecho personalísimo (interpretando que el ambiente lo integra, forma parte de su personalidad), humano o esencial, se impone por sobre cualquier disputa.

El Catedrático de la Universidad del País Vasco, Demetrio LOPERENA ROTA²⁷⁶, sostiene que “el medio ambiente adecuado no es fruto del desarrollo social sino un PRIUS para su existencia. Es un derecho vinculado a la vida humana: UBI HOMO, IBI SOCIETAS, UBI SOCIETAS, IBI IUS. El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio Derecho: sin medio ambiente adecuado no hay hombre, ni sociedad, ni Derecho. Por tanto, cuando se JURIDIFICA su protección se produce en dos sentidos. Por un lado, se le reconoce como DERECHO HUMANO o fundamental y, por el otro, se encomienda a los Poderes Públicos, parte de cuyos instrumentos son las leyes, su conservación y tutela. Análogo proceso se sigue con el derecho a la vida: se le reconoce como fundamental y se ordena su tutela a los Poderes Públicos”.

En la Argentina, dos autores de Rosario, JOSE L. CAPELLA – HERNAN G. CARRILLO²⁷⁷, sostienen esta postura cuando afirman que “el derecho al ambiente no existe. No es un derecho”, sino un presupuesto de la personalidad dotado de un poder de acción para su defensa. Diríamos que la cuestión radica en reconocer un hecho natural (no un “derecho”) que determina la condición humana y sin el cual el hombre no puede ser humano y, menos por cierto, sujeto de derechos”. “Pensamos que con nuestra teoría se puede explicar por qué, no obstante los principios de unidad, sistémica, indivisibilidad de los bienes comunes y de interacción vital, el ser humano puede “apropiarse” de ciertos bienes del medio ambiente (tener “derechos subjetivos”).

Por lo demás, como lo destaca la especialista Isabel DE LOS RIOS²⁷⁸, “como todos los derechos humanos, el derecho al medio ambiente sano interactúa con los otros y

esta especialidad, diseminada en todo el derecho.- Véase PIGRETTI, Eduardo: “El Derecho Ambiental como revolución social político jurídica”, Revista La Ley, ejemplar del 28.09.04, op. cit.

²⁷⁵ PRIEUR, Michel: Droit de L'environnement, p. 8, Dalloz, 1991.

²⁷⁶ LOPERENA ROTA, Demetrio: su trabajo “Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección”, en Revista Electrónica de Derecho Ambiental N° 3, noviembre de 1999, en web: <http://premium.vlex.com>

²⁷⁷ CAPELLA, José Luis - CARRILLO, Hernán G., “Naturaleza jurídica del derecho al ambiente”, JA, 1996-IV-989.

²⁷⁸ DE LOS RIOS, Isabel: “El Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como derecho humano”, p. 120, en obra colectiva “Memorias del segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Instituto Nacional de Ecología – PNUMA Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, septiembre 2004.

no es posible garantizar alguno con prescindencia de este derecho. Vemos cómo se encuentra estrechamente ligado al derecho a la vida e integridad personal, a la salud física y mental, al derecho a la libertad e igualdad, a la educación, a la propiedad, pero igualmente a otros derechos emergentes, como el derecho a la información y a la participación”.

Se trata entonces, de una novísima rama del derecho (UN NUEVO DERECHO)²⁷⁹, autónomo/ heterónimo, de matriz desconcertante²⁸⁰, bifronte, dual o bipolar, que presenta contenido predominantemente social, colectivo, de grupos o de incidencia colectiva, aunque exhiba naturaleza de un derecho personalísimo, que integra el derecho de la personalidad, un derecho esencial, básico para la vida humana, un atributo de la personalidad o, más aún, un presupuesto del desarrollo humano²⁸¹, a su vez

²⁷⁹ CANO, Guillermo: “Introducción al Derecho Ambiental argentino”, LL, 154- 914. Para ampliar véase BRAÑES, Raúl, “Manual de Derecho Ambiental mexicano”, 2º edición, Fondo de Cultura Económica, 2000.

²⁸⁰ LOZANO- HIGUERO PINTO, Manuel, califica de “heteróclitos” los intereses que aloja, en “Intereses Difusos y la protección cultural en el derecho europeo”, p. 394, en obra colectiva “La legitimación”, en homenaje al profesor doctor Lino PALACIO, Abeledo- Perrot, 1996.

²⁸¹ CAFFERATTA, Néstor A., “Introducción al derecho ambiental”, Secretaría de Ambiente y Recursos Naturales – Instituto Nacional de Ecología – Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente”, México, septiembre 2004.- Así, siendo la salubridad del ambiente una condición para el desarrollo de la persona, es cada vez mayor la tendencia a reconocer en el derecho al ambiente un autónomo derecho de la personalidad. Véase MORELLO- STIGLITZ, “Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e intereses colectivos”, p. 101, Librería Editora Platense, 1986, dicen “de los derechos de la personalidad, dentro de los que por naturaleza se ubica este denominado “interés ecológico”.- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, afirma que “el derecho a un ambiente sano es un derecho personalísimo, y como tal inalienable, intransferible, inviolable, vitalicio”, de su trabajo “Daño ambiental”, en obra colectiva “Revista Lecciones y Ensayos”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, 1998/99- 72/73/74, p. 164, Abeledo-Perrot. Concurre con una opinión semejante, GOLDENBERG, Isidoro H.: “Daños a los derechos de la personalidad”, en Derecho de Daños. Homenaje al Profesor Doctor Jorge MOSSET ITURRASPE, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 336. Del mismo autor, véase GOLDENBERG, Isidoro H., “Indemnización por Daños y Perjuicios. Nuevos Perfiles desde la Óptica de la Reparación”, Buenos Aires, 1993, p. 319 y sig.- También puede consultarse nuestra obra, GOLDENBERG, Isidoro H. - CAFFERATTA, Néstor A. “Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal”, p. 22, Abeledo-Perrot, 2001. Participa de este criterio, los juristas VAZQUEZ FERREYRA, Roberto y VÁZQUEZ FERREYRA, DAMONTE Amanda A. de: “Los nuevos derechos de la personalidad: Medio Ambiente e identidad personal, E.D. 7/12/92. Más recientemente, véase LUGONES, Juan N., “El Derecho Ambiental como derecho humano”, JA, 2001-I-1157.- En ese sentido, véase doctrina judicial de la SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BSAS., Ac. 60094, 19/5/98, “Almada, Hugo N. v. Copetro S.A y otro”, Ac. 60251, “Irazu, Margarita v. Copetro S.A y otro”; Ac. 60254, “Klaus, Juan J. v. Copetro S.A y otro”, con nota laudatoria de STIGLITZ, Gabriel A., “Prevención de daños ambientales en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, L.L Bs. As, 1998, p. 940; MORELLO, Augusto M, de su obra “La Tutela de los Intereses Difusos...” cit. SCJBA, 19/5/98, “Almada, Hugo v. Copetro S.A.”, p. 141 a 165, Fallo in extenso, en Cap. VIII, “Panorama de la jurisprudencia”. Para ampliar, véase, J.A, 1999-I-227, comentario de MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “La efectiva prevención del daño ambiental”. El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, dijo que el derecho ambiental, se entiende “como una ampliación de la esfera de la personalidad humana, ya que si bien el entorno natural se halla formalmente situado fuera del hombre, éste lo siente y defiende como propio, como un valor interior sobre el que no puede detentar una relación de dominio y en virtud de su continua e íntima conexión con la supervivencia y bienestar humano el ambiente es jurídicamente un atributo fundamental de los individuos, es por esta razón que el derecho al ambiente halla su ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la

que constituye un derecho subjetivo privado/público, con base constitucional²⁸² en especial en la legislación latinoamericana.

Este enigmático derecho, por su complejidad estructural, ha llevado recientemente, a un especialista del Derecho Ambiental, Ramón OJEDA MESTRE²⁸³ a describir su moldura como portador “de cien caras”, porque presenta, “un número indeterminado de rostros, de formas, de figuras, y desafortunadamente de disfraces”. Antes, el notable profesor de derecho procesal, Augusto M. MORELLO²⁸⁴ nos decía que uno de sus institutos, el daño ambiental, es “como un Dios Jano, tiene dos rostros, zonas bifrontes, que en la vuelta ha de dar respuesta y satisfacción al daño repartido”.

Para completar la adjetivación, otro gran jurista, esta vez el civilista, Jorge BUSTAMANTE ALSINA²⁸⁵ calificó de ambivalente. Y, desde España, Lucía GOMIS CATALÁ²⁸⁶, lo definió por su doble dimensión, advirtiendo que aloja dos categorías de daños: el daño ecológico puro (daño al ambiente en sí mismo, o daño ambiental colectivo), y el daño personal, patrimonial o económico, también denominado daño civil clásico, propio, individual o daño a las personas y sus bienes por alteración del ambiente.

personalidad, teniendo en cuenta además, que otros de ellos - como la integridad física y la salud- se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre “la categoría de derechos personalísimos no configura un elenco cerrado y debe recibir en su seno nuevos intereses surgentes de las transformaciones sociales como es el derecho a un ambiente sano y en tanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivada de la contaminación ambiental (aún no generando un daño personal y directo a los individuos), son por sí mismas causa de responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos generales de responsabilidad. El ser humano es la figura BASILAR en un medio ambiente conformado por su adyacente natural físico y social, que le presta las condiciones esenciales para alcanzar un desarrollo pleno. Todo acontecer que altere esos factores desequilibrándolos produce un menoscabo en uno de sus derechos fundamentales, lo que aparece agravado cuando la disminución de la función biótica se proyecta no ya sobre el ser humano, sino sobre un conjunto de ellos. Por cierto que esa derivación resulta virtualmente inevitable en razón de las notas de comunicabilidad e indivisibilidad que VISCERALMENTE caracterizan aquel medio”.

²⁸² BRAÑES, Raúl, “El Derecho Ambiental en América Latina”, ponencia elaborada para el “IV Congreso Español de Derecho Ambiental”, p. 13, Santiago de Compostela, 19 al 21 de junio de 2002: “Desde hace años vengo insistiendo en la importancia del constitucionalismo ambiental, que por cierto no es un fenómeno político- jurídico propio de América Latina, pero que en nuestra región terminó asumiendo dimensiones relevantes, si se lo compara con lo que ocurrió en otros lugares del mundo, dando origen a lo que me parece debe identificarse, si se consideran sus particulares características, como el constitucionalismo ambiental latinoamericano”. También puede verse expresada esta postura en los siguientes trabajos: en lengua portuguesa bajo el título “O constitucionalismo ambiental latino americano”, en Revista da Associação dos Guises Federais do Brasil”, Año 16, Núm. 55, mayo- julio 1997, São Paulo. “El Constitucionalismo Ambiental Latinoamericano”, en Giovanni Cordini y Amedeo Postiglione (ed.), “Ambiente e cultura. Patrimonio comune de l’Umanità”, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoli, 1999.

²⁸³ OJEDA MESTRE, Ramón: “Las cien caras del derecho ambiental”, documento disponible en página web.

²⁸⁴ MORELLO, Augusto M., “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, p. 46, Abeledo-Perrot, 1999.

²⁸⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “Derecho Ambiental. Fundamentación y Normativa”, p. 45, Abeledo-Perrot, 1995.

²⁸⁶ GOMIS CATALÁ, Lucía: “Responsabilidad por daños al medio ambiente”, p. 64., Aranzadi, 1998.

Más no debemos perder de vista que el derecho ambiental es uno de los derechos humanos fundamentales²⁸⁷, no sólo por el valor que el ambiente en sí mismo tiene para el desarrollo humano, sino también porque está directamente vinculado con los derechos a la vida, a la integridad moral y psicofísica, la paz y, en síntesis, el derecho a la salud²⁸⁸. También porque el derecho ambiental, hace a la calidad de vida.

Es conveniente precisar, como punto de partida temporal, que el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de las Naciones Unidas de 1948, consagra el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, que le asegure, la salud y el bienestar. Más adelante, el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, hace referencia expresa a la necesidad de mejorar el ambiente como uno de los requisitos para el adecuado desarrollo de la persona.

Concurrentemente, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Por último, el artículo 24 inciso 2, apartado c, de la Convención de los Derechos del Niño, reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios²⁸⁹.

Recordamos que en la doctrina nacional, Eduardo PIGRETTI destacó hace tiempo esta relación²⁹⁰. La idea de permitir la vida, decía en un artículo publicado en la Revista Jurídica Argentina El Derecho -el 19 de julio de 1984-, no tiene correlato en nuestro derecho. Y predicaba la necesidad de lograr un ámbito del ser y de su integridad, considerada esta última, como la preservación de las condiciones físicas propias y del

²⁸⁷ La Constitución Argentina cuando consagra el derecho ambiental en su artículo 41, texto Reforma 1994, lo adjetiva o califica. Declara el derecho de todos los habitantes de gozar de un derecho al ambiente sano, equilibrado, “apto para el desarrollo humano”, y seguidamente enuncia la conocida fórmula del desarrollo sostenible. De esta manera no cabe dudas acerca de la existencia de un derecho humano al ambiente, en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que claramente la Ley Suprema Nacional, vincula el ambiente con la salud (sanidad, saneamiento, sano), estableciendo además que el mismo deber reunir condiciones de aptitud o idoneidad, para posibilitar el desarrollo humano. Por lo demás, en legislaciones provinciales se reconoce expresamente esta naturaleza jurídica de derecho humano del derecho ambiental.

²⁸⁸ Por lo demás, en legislaciones provinciales se reconoce expresamente esta naturaleza jurídica de derecho humano del derecho ambiental. Por ejemplo, en un excelente artículo de investigación sobre la materia, el notable especialista salteño Juan Sebastián LLORET, bajo el título de: “Hacia y Desde un Derecho Humano al Ambiente Sano”, con base en la ponencia que presentara en el marco del IV Encuentro Internacional de Derecho Ambiental, Ciudad DF México, 3 al 7 de octubre de 2005, organizada por el Instituto Nacional de Ecología de México y el PNUMA- ORPLAC, próximo a publicarse en Revista de Derecho Ambiental de LEXIS NEXIS / Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina N° 6, Junio 2006, en prensa, señala que “la Ley de Protección del Ambiente de Salta, trae un artículo 8° verdaderamente ilustrativo, a saber: esta ley reconoce el derecho humano al ambiente sano en los términos expresados en el artículo 41 de la Constitución Nacional”.

²⁸⁹ PICOLOTTI, Juan M., “Agua y Derechos Humanos”, p. 224, en obra colectiva “Derechos Humanos. Legalidad y Jurisdicción Supranacional”, Mediterránea, 2006, cit. Infra.

²⁹⁰ PIGRETTI, Eduardo: “El derecho a la vida y a la integridad personal”, ED-109-940.

entorno, trayendo a colación lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, ley 23054 para la Argentina), en cuanto reconoce el Derecho a la Vida (cap. II, art. 4º), y el Derecho a la integridad personal (cap. II, art. 3º). Para concluir diciendo que, “la amplitud posible de conferir a esta norma permitiría una evolución jurisprudencial capaz de proscribir las agresiones de cualquier tipo, sea cual fuere la fuente generadora. Los ruidos, los gases y cuanta modalidad fuere detectable en el campo técnico, podría hacerse cesar, a partir de esta norma”.

Todo ello, está ligado con otro concepto: la dignidad de la vida humana. No olvidemos que el reconocimiento de la dignidad humana como condición innata y atributo intrínseco inviolable e inalienable del ser humano por el sólo hecho de existir y de ser tal, es la piedra angular y el fundamento básico que justifica la existencia de los derechos humanos²⁹¹.

En el Paraguay, la Corte Suprema de Justicia ha sentado -en una acción de inconstitucionalidad promovida en contra de la vigencia de una normativa de protección ambiental – que el deber de preservar el medio ambiente importa un bien jurídico protegido, a nivel constitucional (Parte I, Título II, arts. 4, 6, 7 y 8 de la Constitución de 1992), estableciendo que el país asumió compromisos internacionales con respecto a la protección del medio ambiente y que la ley atacada en la acción planteada es consecuencia de éstos compromisos que, en virtud del art. 137 de la Constitución, forman parte del orden jurídico interno, siendo prueba de ello los instrumentos internacionales que han sido incorporados a través de distintas leyes con la finalidad de preservar el ambiente, ilustrando estos que el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado es un atributo fundamental de las personas reconocido a nivel constitucional e internacional, reconociéndose con ello el derecho al ambiente como un derecho humano (CS. Sala Constitucional, Asunción, abril 5- 999, Viudes, Pedro c/ Ley 816/96 -que adopta medidas de defensa de los recursos naturales-, Ac. y Sent. Nº 98). Más recientemente, el Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia en el caso IDEA c./ BNF s./ Amparo por medio del Acuerdo y Sentencia Nº 78 del 18 de agosto de 2003 sostuvo: “(en este caso) se halla en juego la protección de los intereses difusos, como indudablemente lo constituye la preservación del ambiente natural que constitucionalmente corresponde a todos los habitantes del país (Art. 7 de la C.N.) y, que dicho sea de paso, es un derecho humano”.

²⁹¹ TEJADA PARDO, David, en “Cuaderno de Promoción de la Salud Nº 16”, p. 1, documento “Derechos Humanos y Derecho a la salud: construyendo ciudadanía en salud. Marco conceptual, aspectos metodológicos y alcances operativos”, Lima, 2005, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de OMS, Editado por Fernando RECADADO y Maria Edith BACA.

7. Derecho Humano De Tercera Generación

Además, deberá tenerse en cuenta que el derecho ambiental constituye un “derecho humano de tercera generación”. Con una visión histórica general tomando como base los valores e ideas-fuerza en los que se fundamentan, siguiendo en gran medida el esquema propuesto por el académico inglés T.H. MARSHALL²⁹², se clasifica los derechos humanos en tres dimensiones: 1º Derechos civiles y políticos; 2º Derechos económicos, sociales y culturales; 3º Derechos de la solidaridad, entre los que se encuentran el derecho al desarrollo, a la paz, y al medio ambiente sano²⁹³.

Como se sabe, la clasificación de referencia (MARSHALL), inicialmente incluía los derechos civiles y políticos, y los derechos sociales. Más adelante, se incorporaron los denominados “derechos humanos de la solidaridad o de la tercera generación, cuyo origen científico se halla en el trabajo realizado por K. VASAK, en su obra “Le Droit International de Droits de l’Homme”, 1972, conforme nos ilustra en nota N° 1 inserta, el Jurista español, Demetrio LOPERENA ROTA, en su magnífico artículo “Los Derechos al Medio Ambiente adecuado y su protección”, publicado en página web.

Según explica ampliamente la profesora venezolana Isabel DE LOS RIOS²⁹⁴, los derechos de primera generación, fueron llamados así, por haber sido los primeros cronológicamente, en haber sido consagrados jurídicamente. El fundamento de los mismos, es la libertad, “por lo que estos derechos son conocidos como libertades públicas; constituyen derechos individuales del ser humano contra agresiones de los entes públicos”. Las obligaciones del Estado en relación a estos derechos, “se expresan en la obligación de su abstención: el Estado debe inhibirse de perturbar el ejercicio de esas libertades por parte de los particulares; vale decir, debe garantizar su inviolabilidad.

²⁹² T:H: MARSHAL, a partir de su estudio interpretativo sobre la evolución histórica de los derechos en Gran Bretaña, desarrollada en su obra clásica *Citizenship and Social Class*, donde distingue tres clases de derechos: civiles, políticos y sociales. A partir de esa tipología se ha considerado la evolución de los derechos de acuerdo a “generaciones”, según su naturaleza. Como se ve, sólo avizoró las dos primeras generaciones de derechos de ciudadanía, según recogemos de TEJADA PARDO, David, en “Cuaderno de Promoción de la Salud N° 16”, p. 9, en especial p. 21, del documento “Derechos Humanos y Derecho a la salud”, Lima, 2005, Organización Panamericana de la Salud, Oficina Regional de OMS.

²⁹³ MORELLO, Augusto M. “Los derechos del hombre de la tercera y cuarta generación” LXI, Sección duodécima, “Las exigencias de la tutela al finalizar el siglo XX”, p. 943, en *Estudios del Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas*, Platense 1998. Para ampliar véase JIMENEZ, Eduardo Pablo “Los derechos humanos de la nueva generación”, Ediar 1997. LORENZETTI, Ricardo L. “Las normas fundamentales del derecho privado”, p. 112, Rubinzal Culzoni, 1995.- También LÓPEZ RAMOS, Neófito, “Prólogo”, a las “Memorias del Primer Encuentro Internacional de Derecho ambiental”, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Instituto Nacional de Ecología, México, 2003, señala que el derecho ambiental es uno de los derechos de tercera generación, en tanto cuestión de la mayor relevancia que necesita del apoyo de la comunidad internacional.

²⁹⁴ DE LOS RIOS, Isabel: “El Derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como derecho humano”, p. 100-102, en obra colectiva “Memorias del segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Instituto Nacional de Ecología – PNUMA Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, México, septiembre 2004.

Fueron inspirados en la Revolución Francesa, en 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Texto jurídico: “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948”.

En cambio, fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales (denominados de la segunda generación), “es la igualdad”; “constituyen derechos colectivos, pues su ejercicio escapa de la esfera individual, para abarcar grupos de personas: estos se traducen como garantías sociales”. “Se vinculan con las revoluciones Mexicana y Rusa de principios del Siglo XX y en los movimientos obreros posteriores”. Las obligaciones del Estado, se manifiestan en un hacer: en la obligación de una actividad de su parte, para garantizar el goce efectivo de tales derechos. Al contrario de inhibirse, el Estado debe garantizar las condiciones materiales que tornen posible para la colectividad el acceso a tales derechos; en otras palabras, debe impulsar su ejercicio. Texto jurídico: Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966, cuya entrada en vigor fue el 3 de enero de 1976.

Finalmente, menciona “los derechos de la solidaridad” (de tercera generación), cuyo fundamento es la fraternidad entre los hombres, forzosa ante las condiciones de vida impuestas por los adelantos científicos y tecnológicos: las nuevas formas de hacer la guerra con energía atómica, los avances en informática, en difusión de comunicación y en métodos de explotación de los recursos naturales, generaron a su paso la necesidad de una nueva conciencia de la comunidad internacional y de entendernos y socorrernos como individuos no sólo a nosotros hoy, sino las generaciones futuras”. “Estos derechos significan abstenciones como actividades por parte del Estado, y más todavía, significan derechos pero también obligaciones para los individuos: vale decir, el Estado tiene obligaciones frente al ciudadano, pero también el ciudadano y la colectividad tienen deberes que cumplir en lo que atañe a estos derechos.

TEJADA PARDO²⁹⁵ señala que: “Los derechos civiles constituyen lo que se denomina como las libertades fundamentales de la persona, de ahí su carácter individualista por excelencia. Son libertades negativas en relación con el Estado y el poder político, que encuentran por ellas un límite preciso de su intervención o una barrera infranqueable que bajo ninguna circunstancia puede ser rebasada. Forman parte de estos derechos la propia libertad personal, la libertad de palabra y de conciencia, los derechos a la propiedad y a la justicia, incluidos la libertad contractual y la igualdad ante la ley”. “Los derechos políticos, por su parte, complementan las libertades individuales, pero asumen por su naturaleza, la existencia o necesidad de relaciones sociales o la interacción del individuo con la sociedad; son esencialmente libertades democráticas, pues incluyen los derechos a elegir y ser elegido, que permiten acceder a los organismos representativos y alcanzar el poder político”.

²⁹⁵ TEJADA PARDO, David, op. cit., p. 13

Los derechos sociales o derechos de segunda generación incluyen los derechos económicos, sociales propiamente dichos y los derechos culturales. El mismo autor que venimos siguiendo²⁹⁶, expresa que la denominación “se refiere a que su ejercicio y realización no es posible al margen de la sociedad o interacción de las personas. Por su naturaleza expresan el valor de igualdad y complementan la idea-fuerza de la libertad. Se llaman también libertades positivas en tanto suponen una intervención habilitadora explícita por parte del estado. Como derechos individuales y colectivos al mismo tiempo, su contenido está relacionado con el bienestar social y seguridad económica esencial para llevar una vida digna y permitir que se tenga capacidades básicas para el ejercicio de los otros derechos”.

Estos derechos de segunda generación han sido identificados por I. ARA PINILLA -citado por Demetrio LOPERENA ROTA-, como “derechos de crédito”, como aquellos invocables por el ciudadano ante el Estado al asumir éste último no ya el papel de “garante de la seguridad” sino “la realización de los objetivos sociales”.

Recurrimos una vez más a Ricardo L. LORENZETTI²⁹⁷, quién apunta que “los derechos fundamentales de primera generación se refirieron a la libertad y fueron consagrados a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre. Tratan de poner límites a la actividad del Estado en cuanto importa una intromisión en la vida de los individuos. Son ejemplos el derecho a la libertad, a la vida, a la integridad física, a la propiedad. Su característica es negativa, son obligaciones de no hacer por parte del Estado, en beneficio de la libertad individual. La segunda categoría de derechos reconocida fue la de los denominados “derechos sociales”: derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la salud. Fueron incorporados a través del constitucionalismo social de mediados del siglo pasado. Su característica es que importan obligaciones de hacer o de dar por parte del Estado. Los inspira la lógica de fomento, que deriva en normas promocionales. Constituyen la base jurídica del “Estado de Bienestar”.

Además²⁹⁸, señala que los derechos de tercera generación, denominados “nuevos derechos”, surgen como respuesta al problema de la “contaminación de las libertades”²⁹⁹. Este fenómeno apunta a la degradación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos: calidad de vida, medio ambiente, la libertad informática, el consumo, se ven seriamente amenazados. También se suele incluir aquí a los que protegen bienes tales

²⁹⁶ Ídem anterior, p. 14. TEJADA PARDO, David, op. cit., p. 14.

²⁹⁷ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 112, Rubinzal- Culzoni, 1995.

²⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo L., op. cit., p. 113.

²⁹⁹ LORENZETTI, op. cit., p. 113, con referencia en cita bibliográfica CASTÁN TOBEÑAS, José: “Los derechos del hombre”, p. 45, 4ª edición, Reus, Madrid, 1992.

como el patrimonio histórico y cultural de la humanidad, el derecho a la autodeterminación, la defensa del patrimonio genético de la especie humana³⁰⁰.

Estos derechos, dice el magistrado marplatense Eduardo JIMÉNEZ³⁰¹, llamados también de cooperación y solidaridad, pues en el decir de cierto sector de la doctrina tienen como fundamento ambos valores; parecen presentarse como emergentes del desarrollo desmedido de la sociedad industrial, que sabido es ha causado serio impacto en el medio ambiente y la calidad de vida del hombre, con repercusiones a la fecha inimaginables. Este constitucionalista propone que el valor fundante de esta nueva generación de derechos pasa por otro andarivel que no se aglutina alrededor de la libertad sino del freno frente al abuso, a cuyo efecto sostiene que se sustentan en un valor enmarcado en la voz “paz”, en cuanto un derecho de síntesis que incluye y engloba prácticamente todos los demás derechos, toda vez que su realización efectiva supone la afirmación de todos los demás.

Siempre por el carril del derecho constitucional, el profesor Germán J. BIDART CAMPOS³⁰², afirma que en la actualidad, el plexo de derechos humanos se descompone en tres categorías, según el orden cronológico en que fueron apareciendo históricamente. Se habla así, de tres generaciones de derechos por la época en que se generó cada una. Los derechos de la primera generación fueron –y continúan siendo- los clásicos derechos civiles y políticos; los de la segunda generación emergen como derechos sociales, económicos y culturales (o derechos sociales en su conjunto), con el constitucionalismo social en el siglo XX, los derechos de la tercera generación atisban incipientemente desde hace escaso tiempo e incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medio ambiente sano, a la comunicación e información, etc. Podrían titularse derechos colectivos.

Los derechos humanos fueron redefinidos en cada momento histórico de acuerdo con las exigencias y crisis que pasaba la sociedad en cada momento histórico determinado. El Derecho Ambiental es un nuevo marco jurídico emancipado que permitirá la ampliación de la ciudadanía del siglo XXI³⁰³. A su vez³⁰⁴, los derechos del hombre de la tercera generación se nuclean en torno de un esquema madre – derecho de la solidaridad- y comprende, principalmente, al menos hasta el momento, a cuatro categorías de “nuevas” libertades: a) el derecho a la paz; b) el derecho al desarrollo; c) el

³⁰⁰ Al respecto véase el trabajo de LAQUIS, Manuel A., « El Desarrollo, la Industrialización y su Impacto en la Ecología. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia”, Revista Jurídica de Buenos aires, 1968-II-9, Abeledo-Perrot.

³⁰¹ JIMÉNEZ, Eduardo Pablo, “Los derechos humanos de la tercera generación”, p. 58, 66/72, Ediar, 1997.

³⁰² BIDART CAMPOS, Germán: “Manual de la constitución Reformada”, Tomo I, p. 476, Ediar, 1998.-

³⁰³ PORTANOVA, Rogério, “Direitos Humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI”, p. 690, en obra colectiva “10 anos da ECO 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentable”, Antonio H. Benjamín – Organizador / Editor, Instituto O direito por um Planeta Verde. Congresso Internacional de Direito Ambiental 6: 2002, Sao Paulo.

³⁰⁴ MORELLO, Augusto M., “Los Derechos del Hombre de Tercera y Cuarta Generación”, p. 947- ap. 284, en su magnífica obra: “Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas respuestas”, Librería Editora Platense, 1998. [Aquí falta el lugar de edición o impresión.](#)

derecho al medio ambiente; y d) el derecho al respeto del patrimonio común de la humanidad³⁰⁵.

De un análisis más comprensivo del contenido de los derechos humanos vemos que la dignidad humana, se sustenta en los principios y valores que se derivan de las tres “ideas-fuerza” o arbotantes fundamentales de la modernidad (que no por casualidad, dan fundamento o nutren a los distintas clases o tipos de derechos): libertad (vinculados a la libertades individuales, los derechos civiles, y a las formas democráticas del ejercicio del poder, derechos políticos, llamados derechos humanos de primera generación), la igualdad (vinculados a la igualdad socio-económica, generalizándose en muchos países después de la Segunda Guerra Mundial por medio de la construcción de los Estados del Bienestar, derechos humanos de segunda generación) y la solidaridad (cooperación o fraternidad, que pueden describirse como derechos colectivos o de los pueblos, derechos humanos de tercera generación).

Estos tres valores, o ideas-fuerza, siguen vigentes, aunque con cambios: tanto la libertad como la igualdad, han pasado a ser de conceptos individuales, independientes de la sociedad, a nociones relacionales, es decir, que hoy día sólo se la concibe en términos sociales. Así por ejemplo se habla de igualdad como equidad, que ha sido desarrollada bajo el concepto de “igualdad de oportunidades” sobre todo después de los aportes sustantivos de JOHN RAWLS, a partir de su obra “Teoría de la Justicia”. Y de igualdad no sólo ante la ley, sino también de igualdad política, económica y cultural. También, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, plantea como criterio básico la “igualdad en dignidad y derechos”

8. Derecho Humano De Cuarta Generación

Por último, se ha dicho también, que el derecho ambiental, como derecho intergeneracional, encierra “derechos de cuarta generación”. Ya que según lo visualiza Augusto M. MORELLO³⁰⁶ “desde un enfoque preliminar y tentativo, apuntan al reconocimiento a favor de asegurarles de lo que vendrán de asegurarles la razonable perpetuación de los recursos riquezas y medios para lo cual se impone la observación de verdaderos deberes actuales. Una suerte de estipulación a favor de terceros conforme artículo 504 del código Civil Argentino, obliga a la generación actual a guardar los elementos constitutivos del medio físico, sin incurrir en un derecho incausado o en el manejo dilapidatorio o abusivo que, al exceder del razonable consumo para satisfacer las necesidades regulares, desemboque en un intolerable menoscabo con sacrificio de expectativas y posibilidades eventuales previsibles, que en el lógico acontecer de la evolución le están asignadas a las generaciones futuras”.

³⁰⁵ ROUSSEAU, Dominique: “Les droits de l’homme de la toisième génération », en Droit Constitutionnel et droits de l’ homme, Economica, Presses Universitaires D’Aix Marseille, París, 1987, p. 124 a 137, con cita de muy calificada doctrina.

³⁰⁶ MORELLO, Augusto M. “Los derechos del hombre de la tercera y cuarta generación”, ob. cit.

Aclaremos, que no es pacífica la doctrina respecto del fundamento, ni de la existencia misma de este cuarto tipo o generación de derechos humanos, surgido en a la luz de los estudios de las últimas décadas. Algunos autores creen encontrar englobados en esta categoría, temas nuevos como, por ejemplo, la biogenética³⁰⁷.

9. Status De Los Derechos Ambientales

Un prestigioso magistrado, Juan Narciso LUGONES³⁰⁸, enfatiza que “en la línea de los derechos del hombre, derechos humanos, que pasan por los derechos sociales, los derechos ambientales tendría un especial status por estas razones: 1) en rigor serían más que derechos del hombre, derechos de la humanidad toda que, para no hablar de algo así como los derechos del Cosmos, está comprometida en la posibilidad de continuidad; 2) si en algún pasaje, el fundamento “natural” de los derechos constitucionales y luego de los humanos pudo tener un valor retórico, en el caso ambiental, la voz de la razón y de la ciencia es un fundamento decisivo de sus reclamos, como lo será de los remedios que se arbitren”. Para concluir con una observación reflexiva señalando un fenómeno de novedosa simbiosis: “En manera no usual se acercan naturaleza y cultura. Esta vez es afirmable con más peso aun que respecto a los derechos de anterior generación, que los derechos ambientales son una exigencia de la razón y de la ciencia”.

También Juan N. LUGONES³⁰⁹ se pregunta “¿en qué modo los derechos ambientales han tenido algún comienzo de recepción como derechos humanos?”.

Estos aparecen mencionados tanto en la esfera de las Naciones Unidas como en la de la UE y de la OEA, entre los derechos económicos, sociales y culturales. Aunque cuestionable por una parte calificada de la doctrina, en virtud de contrariar el principio de indivisibilidad de los Derechos Humanos, en los campos europeo y americano estos derechos está sujetos al principio de “desarrollo progresivo”, que tiene en cuenta los recursos disponibles y el grado de desarrollo³¹⁰.

Por último, este autor señala, en relación a la Región Americana, que: “El Protocolo adicional a la Convención sobre Derechos Humanos elaborado en San Salvador en 1988, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el que en su artículo 11 se refiere al derecho a un ambiente sano, no ha logrado hasta el presente obtener un número suficiente de ratificaciones para entrar en vigor. El texto más explícito

³⁰⁷ TEJADA PINTO, ob. cit. p. 23.

³⁰⁸ LUGONES, Jun N., “El derecho ambiental como derecho humano (Búsqueda de un discurso fundante y de una línea histórica progresiva)”, JA, 2001-I-1157.

³⁰⁹ LUGONES, Jun N., “El derecho ambiental como derecho humano (Búsqueda de un discurso fundante y de una línea histórica progresiva)”, JA, 2001-I-1157.

³¹⁰ Así, el art. 2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, como la Carta Social Europea, aceptaron que “los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser realizados sino progresivamente”; ídem, cap. II del art. 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

empero se halla en el artículo 22 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”.

10. Colofón

Para finalizar, ROMINA PICOLOTTI – Sofía BORDENAVE³¹¹ formulan la siguiente reflexión: “en el terreno de los derechos humanos la temática ambiental ha sido relegada a un segundo plano y aunque esta tendencia está en proceso de revertirse, todavía no ha habido por parte de la comunidad jurídica, una reacción que se corresponda con la real dimensión de este problema”.

Ello así porque “las violaciones a derechos humanos originadas en problemas ambientales revisten una extrema gravedad ya que en muchos de los casos se trata de conductas o actividades sistemáticas, que afectan a grupos de personas o comunidades enteras, con continuidad en el tiempo y efectos que se multiplican y trascienden su origen, vulnerando múltiples derechos humanos. Son en especial los sectores más desposeídos, y por ende los más expuestos, quienes soportan, casi sin oponer resistencia, las consecuencias de la degradación ambiental”. Y, que “esta falta de reacción es atribuible a diversas razones, tales como: el desconocimiento imperante en torno a las consecuencias de la problemática ambiental; la escasa o nula información disponible en situaciones potenciales o actualmente peligrosas; la no percepción de las víctimas de la degradación como víctimas de violaciones de derechos humanos y la dificultad de acceder a la justicia”.

En ese sentido, hemos sostenido que el derecho ambiental (derecho esencialmente protectorio o tuitivo, con vocación REDISTRIBUTIVA³¹², de defensa de los intereses colectivos, comunitarios o generales), es un derecho que iguala desiguales: equipara el habitante, el afectado, vecino, poblador, con los centros de poder político y económico³¹³.

La relación derechos humanos - ambiente sin embargo, ha generado una jurisprudencia internacional relevante del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en casos de incidencia con los derechos de las minorías (CASO THE LUBICON LAKE BAND v. CANADÁ), del derecho a la vida y derecho a la familia (CASO HOPU AND BESSERT v. FRANCIA), en el Sistema Interamericano de protección de derechos

³¹¹ PICOLOTTI, Romina- BORDENAVE, Sofía: “Derechos Humanos y Ambiente”, p. 199, en obra colectiva: “Derechos Humanos. Legalidad y Jurisdicción Internacional”, bajo la dirección de Juan Carlos VEGA, Coordinación Cristian SOMMER, Editora Mediterráneo, 2006

³¹² MARTÍN MATEO, RAMÓN, Tratado de Derecho Ambiental, p. 94, TRIVIUM, 1991.

³¹³ MORELLO, Augusto M.- HITTERS, Juan C.- BERIZONCE, Roberto O.: “La defensa de los intereses difusos”, JA, 1982-IV-700.- Véase también sobre el concepto de derecho ambiental, GOLDENBERG, Isidoro H.- CAFFERATTA, Néstor A.: “Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal”, p. 21, Abeledo-Perrot, 2001.- CAFFERATTA, Néstor A., “Introducción al derecho ambiental”, SEMARNAP / INE / PNUMA MORELLO, Augusto M.- CAFFERATTA, Néstor A., “Visión procesal de cuestiones ambientales”, p. 1 Rubinzal- Culzoni, 2004.

humanos, de afectación con derechos de las comunidades indígenas (CASO MAYAGNA SUMO v. NICARAGUA; caso YANOMANI v. BRASIL), y del sistema europeo de protección de derechos humanos, estando en juego además, el derecho a la salud y la calidad de vida de la vecindad (CASO LÓPEZ OSTRÁ)³¹⁴.

La creciente internalización del derecho en general, y en especial, de los derechos humanos³¹⁵, en un mundo en crisis y transformación, nos lleva a la predicción de un fortalecimiento de la naturaleza jurídica ambiental en los distintos ámbitos de jurisdicción internacional, nacional, regional y local, como un derecho humano básico, reflejo de la “Sociedad del Riesgo” del Siglo XXI (BECK)³¹⁶, y la proliferación de fallos de jurisprudencia en este ámbito de cruce de ambos derechos.

Entonces, naturalmente, el paradigma ambiental³¹⁷ sentará sus bases en los derechos humanos

³¹⁴ PICCOLOTTI – BORDENAVE: op. cit., p. 209 y ss.

³¹⁵ GORDILLO, Agustín: “Derechos Humanos”, Cap. I: “Los Derechos Humanos en un mundo nuevamente en crisis y transformación”. Cap. II: “La creciente internacionalización del derecho”, Cap. XIII: Marcelo LOPEZ ALFONSÍN- Carlos E. TAMBUSI: “El Medio Ambiente como Derecho Humano”. Trabajo disponible en página web.

³¹⁶ MORELLO, Augusto M. “Una lectura de la sociedad que vivimos”, Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Buenos Aires”, Anticipo de Anales – Año L, 2º época, Nº 43, p. 3, La Ley, mayo de 2005.

³¹⁷ LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, p. 425, Rubinzal-Culzoni, 2006

CAPÍTULO II

EL AMBIENTE EN LA AGENDA POLÍTICA INTERNACIONAL. EL CAMINO DESDE ESTOCOLMO '72 HASTA JOHANNESBURGO '02

EL AMBIENTE EN LA AGENDA POLÍTICA INTERNACIONAL. EL CAMINO DESDE ESTOCOLMO '72 HASTA JOHANNESBURGO '02.

Por Ricardo Gorosito Zuluaga

1. A Modo De Introducción

El análisis crítico del camino recorrido por el Derecho Ambiental y, sobre todo, del Derecho Ambiental Constitucional, supone poner en el centro de la reflexión sistemática y evaluatoria, la historicidad de un valor, bien o materia, que adquiere un status político suficiente para ingresar a las constituciones nacionales, como pactos políticos fundamentales de las diferentes sociedades nacionales organizadas, en una ordenación teleológica tuitiva y consolidarse con tal fuerza expansiva y vinculante, que fundamenta una renovación institucional, tipificante de una forma de Estado que puede denominarse Estado Ambiental de Derecho. Esta forma agrega a los valores de paz, libertad y justicia, caracterizantes de las formas previas –Estados absolutista, liberal y social –, la procura básica del valor sostenibilidad como culminación viabilizadora de los anteriores, a nuestra altura histórica. El sentido último de la agenda política de Estocolmo a Johannesburgo, es precisamente le de la construcción de un valor o metavalor político social como lo es el del desarrollo sostenible.

La perspectiva histórica nos revela la presencia de un valor, bien u objeto de protección, en plena formación, *in statu nascendi*. Si el derecho en general es la obra de los muertos, ello da la pauta del peso específico que en el campo jurídico tiene la tradición, inclusive cuando ella se concreta en una acumulación de conocimiento científico generalmente varias veces milenaria. En el caso del derecho del ambiente, propiamente tal, no hay una acumulación de doctrina jurídica que supere las cuatro décadas. Y ello tiene un efecto obvio: todavía la materia ambiental está influida de manera determinante por la politicidad que precede a la formalización jurídica y que, desde luego, nunca desaparece, pues siempre el derecho es expresión de las políticas legislativas pero suele decantarse u ocultarse bajo el manto de objetividad resultante de la praxis jurídica de sucesivas generaciones. Y en verdad en el campo del ambiente, y para suerte de los contemporáneos, todavía viven muchos de los Maestros fundadores del Derecho Ambiental como ciencia; todavía viven muchos de los legisladores y jueces “originarios” y recién, en nuestros días, la propia Corte Internacional de Justicia, se enfrenta a una contienda de neto corte ambiental, disponiendo de algunos precedentes bien cercanos, en su propia jurisprudencia.³¹⁸

³¹⁸ Conflicto de la Papeleras sobre el Río Uruguay entre Argentina y Uruguay, y como precedentes caso Gabcykovo Nagymaros entre Hungría y la República Eslovaca sucesora de Checoslovaquia y Opinión Consultiva sobre utilización o amenaza de utilización de armas atómicas. ICJ, Reports, 1996, pp. 241, 242, pr. 29.

Hemos aludido a las constituciones nacionales. La trascendencia de la constitucionalización de la protección ambiental es indudable por que como bien se ha sostenido, la Constitución cumple un rol directriz respecto de la totalidad del ordenamiento positivo nacional: “La Constitución vendría a ser el punto nodal de la estructura, la fuerza que dinamiza el factor disciplinante del ordenamiento nacional.”³¹⁹

Sin embargo, no debe soslayarse que el Derecho Internacional ha sido, en gran medida, el motor de impulsión de la difusión del ambiente como valor a proteger. Y en este sentido, es posible afirmar que a nivel universal se dibuja una “constitución ambiental difusa”, que tiene en las concreciones del derecho blando, en las declaraciones de Conferencias Mundiales y en las Resoluciones de Organismos Internacionales, así como en los Acuerdos Multilaterales Ambientales, de ratificación y vigencia prácticamente planetaria, una jerarquía similar a la reconocida a la Carta de Naciones Unidas³²⁰.

De manera que, en el campo ambiental, los niveles de regulación nacional e internacional están inescindiblemente vinculados, por lo que las políticas ambientales tienen una matriz fuertemente globalizante o comunitaria. No hay demasiado espacio para un nacionalismo del ambiente siquiera parecido al nacionalismo de los recursos naturales, que diera lugar a las reivindicaciones tercermundistas de la segunda posguerra y en adelante. Ello sin perjuicio de la vigencia de la soberanía estatal, pero totalmente limitada, en el campo de los Derechos Humanos y del Ambiente.³²¹

La constitucionalización del ambiente en el plano interrelacionado de los ordenamientos nacionales y el internacional, tiene una orientación esencialmente tuitiva. Esta teleología, esta destinación de los medios o instrumentos a la protección que es el concepto básico de las políticas ambientales y de su cristalización jurídico-formal en el Derecho Ambiental, pre-supone un re-conocimiento sobre el cosmos y el puesto del hombre en el cosmos. Hay, en la base, una transición o cambio fundamental de paradigma. Se precisó una revisión del conocimiento previo, respecto de la vulnerabilidad de la estructura de la vida y los efectos de la conducta o del comportamiento humano sobre la misma. Hubo que llegar a una convicción colectiva de que el comportamiento

³¹⁹ Pedro Agustín Díaz Arenas. Estado y Tercer Mundo. El constitucionalismo. Ed. TEMIS. Bogotá, Colombia, 1991, p. 178.

³²⁰ Ha sido el insigne Profesor uruguayo, Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, quien ha insistido más, en la doctrina regional, en el valor de Constitución internacional de la Carta de las NNUU, denominando, incluso, como parte dogmática de la misma, al Capítulo I, que enumera los Principios en tanto obligaciones de conducta de los Estados miembros. Aquí importamos deliberadamente la idea, de una constitución ambiental mundial, que por supuesto, tiene en la misma Carta, su vértice jerárquico.

³²¹ Nadie podría, sin exponerse a consecuencias, llevar a cabo la amenaza que, seguramente un poco en broma, el Embajador Cavalcanti, representante de Brasil en Estocolmo, le profirió al Embajador uruguayo, Don Mateo Magariños de Mello, y que este comentaba cordialmente en sus clases, cuando seguramente para frenar las posturas más universalistas del oriental, el hombre de Itamaraty le dijo, más o menos que, iba a oír eso que seguramente no quería oír: si a los árboles de la Amazonia brasileña, el Brasil quisiera convertirlos en cajitas de fósforo, lo haría sin pedirle permiso a nadie.

humano puede influir en los procesos de interacción que ocurren entre los organismos vivos y el conjunto de variables que directa o indirectamente hacen posible la vida y determinan su calidad³²², en condiciones tales que alteren u obturen tales procesos, poniendo fin a la vida o adelantando, en velocidad profundidad, procesos de modificación sin dar tiempo a las adaptaciones que la inteligencia pueda articular.

De manera que, las agendas políticas ambientales se elaboraron como respuestas de la inteligencia humana ante un problema de vulnerabilidad en las condiciones de viabilidad del proyecto humano en el universo. La vida no es más un objeto pasivo, autosuficiente, de evolución indefinida y externo, a tramitar bajo el imperio científico y técnico humano, sino un proyecto de riesgo o riesgoso que involucra a la Humanidad, dentro del Ecosistema, abierto a posibilidades ciertas de fracaso.

El ambiente es un valor u objeto vulnerable. Como la niñez, la maternidad, la independencia moral, material y cívica del obrero que enajena su fuerza de trabajo al capitalista, el ambiente es un ente débil, frente a las conductas humanas potenciadas por el número y las tecnologías humanas. Las políticas ambientales deben cumplir, a otra altura histórica en el presente nuevo siglo, un rol similar al cumplido por las políticas sociales y laborales a fines del S. XIX y principios del XX. El derecho laboral, significó la imposición de la armonía en las relaciones entre el capital y el trabajo, dentro de la empresa moderna, por la vía de proteger al trabajador. Del mismo modo, la armonía del proyecto humano y del equilibrio ecosistémico, requiere la protección ambiental, que desde luego, incluye a la especie humana y sus propias interacciones equilibradas, desde que no todos los hombres están en la misma posición decisional.

De manera que el Derecho Ambiental (DA) más que un campo jurídico o derecho de relaciones es un derecho u ordenamiento de respuesta al desafío de problemas. De aquí que el núcleo material, el contenido, del Derecho Ambiental esté en la regulación de ciertas conductas por la relevancia de su efecto sobre el equilibrio ecosistémico como problema capital de la sociedad. Se trata, por tanto, de problemas muy actuales, urgentes y de larga duración.

Al examinar los fundamentos o raíces fácticos del DA, Magariños de Mello comienza su reflexión enfocando lo que denominó “El Problema a enfrentar: el deterioro ambiental”. Sostuvo que: “Las consecuencias de la naturaleza dinámica del Ecosistema global o Biosfera y de interacción activa de todos sus elementos, no se agotan con hacer posible la vida del Hombre. También se desprende de ella que su funcionamiento normal produce efectos negativos que disminuirán la capacidad del mismo para cumplir sus cometidos, si otros mecanismos compensatorios y participantes en la mecánica del sistema no vinieran a neutralizar los efectos negativos de su funcionamiento y reequilibrio. Esos efectos negativos normales constituyen lo que al producirse en

³²² Cfr. Raúl Brañes. *El Desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación*. Ed. PNUMA/ORPALC. 2001, p.11, nota 1 al pie.

determinadas circunstancias se denomina contaminación orgánica. Además de estos efectos negativos normalmente compensados en el funcionamiento de la Biosfera, la Naturaleza puede provocar deterioros considerables en los ecosistemas mediante fenómenos climáticos o geológicos importantes como huracanes, tornados, terremotos, erupciones volcánicas y algunos otros, como por ejemplo las glaciaciones de otras épocas geológicas. Son lo que en la jerga de las Naciones Unidas se llaman “emergencias ambientales”. Cuando estos fenómenos se producen, sin embargo la Naturaleza encuentra los medios de restañar las heridas y de reiniciar los procesos vitales a través de reequilibrios, que por lo general se efectúan a un nivel ecológico menor que el original, aunque pueden evolucionar hacia formas nuevamente más ricas. La aparición del Hombre sobre la Tierra, inaugura el proceso de deterioro de los ecosistemas planetarios por acción antrópica, proceso en el que pueden notarse etapas muy marcadas. En la primera el Hombre primitivo pudo haber terminado con algunas especies, como por ejemplo el mammoth –aunque esto no es seguro-, quemando selvas y provocando erosión. En la segunda, se acentúa la deforestación, la erosión y la desertificación, la extinción de especies y la contaminación orgánica por acumulación de desperdicios que superan la capacidad de biodegradación de los receptores. La tercera implica un salto considerable hacia la destrucción y está ligada al advenimiento de la Edad Moderna y de la Revolución Industrial, que marca el comienzo de la contaminación propiamente dicha por los desechos industriales. Esta época tiene dos períodos claramente diferenciados: el primero dura tres siglos, en el que la contaminación industrial causa estragos, pero se mantiene dentro de límites eventualmente controlables. Los desechos industriales, si bien químicos y tóxicos, son productos naturales y forman compuestos bio-degradables o solubles y reincorporables al ecosistema. El segundo empieza con la Segunda Guerra Mundial y marca la aparición de la técnicas “duras”, que son aquellas que exigen una gran contribución ambiental, ya sea por el abuso de productos altamente tóxicos o deteriorantes, o por el empleo de productos sintéticos que la Naturaleza, desconociéndolos, no sabe biodegradar. Como por ejemplo los pesticidas clorados³²³. A renglón seguido, afirma que el proceso de deterioro se acelera por efecto de la presión demográfica y de la revolución tecnológica, que elevan las posibilidades destructivas del comportamiento humano a “fuerza geológica”.³²⁴

³²³ Cfr. Mateo J. Magariños de Mello. Editado y Ordenado por Ricardo Gorosito Zuluaga. Medio Ambiente y Sociedad. Fundamento de Política y Derecho Ambientales. Teoría General y Praxis. FCU. Montevideo, 2005, ps. 29-30.

³²⁴ En el mismo sentido, Van Doren (en Charles Van Doren. A History of Knowledge. Ballantine Books. New York, 1991, p. 394-395) ha dicho que: “(p)or los pasados doscientos años la Humanidad ha estado poluyendo el ambiente seriamente – las aguas de los océanos y tierras, la atmósfera, el mismo suelo- a una tasa constantemente incrementada. Adicionalmente, la población humana se ha multiplicado por cerca del 800% desde 1790. De aquí que, aunque el Hombre cuenta solamente por el 0,25% del total de la biomasa de la Tierra, probablemente aporta el 99% de toda la polución. Al entrar a la vigésimo primer centuria, debemos estar plenamente concientes de la significación de estos números. Hay sitio en la Tierra para otros cinco billones de seres humanos si estamos dispuestos a jugar el rol de buenos vecinos terráqueos. Podría haber, incluso, lugar para diez billones más o, aún, para un número mayor. No hay sitio, sin embargo, suficiente incluso para los cinco millones de almas que están viviendo hoy si ellas continúan tratando su hogar común como un gigantesco basurero, sobre y en el cual ellos viertan descuidadamente todos los desechos de su

Este es el desafío político que exige la respuesta política. Y si con Fayt se puede concluir que “(l)a Política es la actividad humana destinada a ordenar jurídicamente la vida social humana”³²⁵, esa respuesta, en cuanto se concrete en “...en acciones ejecutadas con intención de influir, obtener, conservar, crear, extinguir o modificar el Poder, la organización o el ordenamiento de la comunidad”³²⁶, dará fundamento al Derecho que la consagre. Con razón afirmó Magariños en el tratamiento de los “caracteres de una política ambiental” que “... (l)a aprobación de un sistema jurídico para la regulación de un objeto, supone necesariamente la previa formulación de una POLÍTICA, o por lo menos supone su aprobación implícita y su aplicación de hecho. En este caso, de una POLÍTICA AMBIENTAL. Ambas disciplinas³²⁷ deben de estar uniformizadas por una FILOSOFÍA y, por ese hecho, estar insertas en el PARADIGMA vigente que la armonice en una visión orgánica del mundo y de la vida.³²⁸ La existencia del Ordenamiento Jurídico Ambiental responde, conviene enfatizarlo, a la existencia del bien jurídico por excelencia, por ser la base vital que garantiza la vida y por ende el ejercicio y goce de todos los demás derechos humanos. El Medio Ambiente, o sea el complejo Ecosistema Global del cual el Hombre forma parte integral, cuyo asiento es la Biosfera Terrestre. Estamos en presencia de o

crecientemente sucia existencia”. En estos mismos días, está causando un alto impacto la película “Una verdad incómoda”, en la cual Al Gore, describe los efectos posibles de un estilo de desarrollo agresivo del Ecosistema.

³²⁵ Cfr. Carlos S. Fayt. Derecho Político. Ed. Depalma. Bs. As., 1985, p.9.

³²⁶ Id.

³²⁷ Política y Derecho.

³²⁸ Entendemos, por nuestra parte, a diferencia de lo que sostenía el Maestro uruguayo citado, que puede aceptarse también la noción de perspectiva o de “idea de Derecho” o representación del orden social deseable (Cfr. Georges Burdeau. Método de la Ciencia Política. Ed Depalma. Bs. As., 1964, p. 190), en lugar de requerir de un modo tan riguroso, la existencia del soporte de un visión orgánica total, para fundamentar un paradigma político y, en particular, el paradigma de las políticas ambientales. También los conceptos de doctrina, esquema teórico o, aún, ideología en sentido amplio, son más flexibles, más utilizables o de mayor rendimiento operacional, en este sentido. Por otro lado, el requerimiento de postulaciones programáticas altamente estructuradas es propio del ámbito de competencia y lucha, que se centra en los partidos políticos como actores privilegiados de la escena. La problemática ambiental se expresa en términos socio-políticos, en gran medida, en el activismo de movimientos sociales u ONGs que, por definición, tienen estructuras más débiles y proteicas, incluso en lo programático, aunque no puede ocultarse de existen partidos verdes, por un lado, y movimientos ecologistas fundamentalistas, por el otro. Pero, ambas experiencias, son en sus respectivos sectores, residuales y minoritarias. Incluso, saliendo del campo de los hechos al del conocimiento científico o teórico, la pertinencia del concepto de paradigma, es puesto en cuestión en el campo de las ciencias sociales. Dogan se pregunta si hay realmente paradigmas en ciencias sociales del tipo del que existe en las ciencias físicas y naturales : “ Are there in the social sciences instances of paradigmatics upheavals comparable to those created by Copernicus, Newton, Darwin or Einstein? Can the theories of Keynes, Chomsky or Parsons be described as paradigmatic? In the social sciences, does progress occur through paradigmatic revolutions or through cumulative processes? Are there really paradigms in the social sciences?” Y concluye: “It is now recognized that “no paradigm seeks any more to order, and even less to unify, the field of the social sciences(...) The word paradigm should be excluded from the vocabulary of social sciences inless it is placed between quotation marks” (Mattei Dogan. Political Science and the Other Social Sciences, in A New Handbook of Political Science. Edited by Robert E. Goodin and Hans-Dieter Klingemann. Oxford University Press. Midsomer Norton, Somerset, UK, 1998, p. 104, 106). Magariños reivindicó la aplicación del concepto de paradigma en cierto modo, basándose en la especificidad del conocimiento en materia de ambiente, que integra las perspectivas científicas de las ciencias naturales y sociales, de la física y la filosofía.

estamos sancionando una norma de Derecho Ambiental cuando una disposición legal o reglamentaria busca regular este objeto como un valor en sí mismo, por su función integrada en el ecosistema global o en los sub-ecosistemas que lo componen, constituyendo por lo tanto un bien jurídico a tutelar, con independencia de los usos patrimoniales o de otro tipo singular a que pueda someterse. Demás está decir que las normas jurídicas que busquen implementar esta tutela específica, deben obedecer y ser expresión de una Política Ambiental orientada en el mismo sentido y a la cual debe subordinarse el conjunto de las políticas sectoriales aplicadas en un territorio dado”.³²⁹

Martine Rémond-Gouilloud ha descrito la biografía del contenido o materia ambiental, su emergencia y su tránsito desde el margen al centro de las agendas políticas y jurídicas. Es interesante su esquema, pues fija la emergencia de las políticas ambientales y del derecho ambiental en un entorno temporal, inmediatamente anterior a Estocolmo, pero concede a esta Conferencia el rol de haber instalado de un modo espectacular las políticas de protección ambiental y de expandir mundialmente su influencia. Y también es interesante el destaque que concede al rol de la política en esa emergencia. En efecto, recuerda que bajo el impulso del Presidente Nixon el año 1970 fue declarado año del medio ambiente en USA, lo que motiva una fuerte presencia del tema en los debates académicos, políticos y de opinión pública en ese país. Posteriormente el tema se expande a Europa no siendo ajeno a su éxito, ese origen norteamericano de la preocupación ambiental, pues fue a “través de todo el poderío mediático de los Estados Unidos”, puesto a su servicio, que el nuevo concepto, “cruza el océano”. De inmediato la idea de la protección ambiental, se traduce en instituciones, textos, y leyes, ocurriendo que comienzan a establecerse, entre 1970 y 1972, en por lo menos 26 países, Ministerios de Ambiente o alguna estructura administrativa equivalente. Dice textualmente que: “A los ojos de los juristas el fenómeno es brutal. El Derecho, (normalmente) fundado sobre una larga maduración jurisprudencial, construido a partir de una lenta fermentación de conciencias, el Derecho, pétreo en los hábitos, en las costumbres, en los usos, ese Derecho es sorprendido Esta emergencia súbita le rebota, y la asimilación de este valor nuevo requerirá por lo menos el tiempo de una generación. Esto explica los rechazos del cuerpo (de juristas tradicionales) mal preparado, las resistencias contra ese valor intruso, las defensas contra esta agresión a la armonía ancestral (...) Es necesario entender (el fenómeno). La lucha contra los daños (nuisances), por supuesto, no nació en 1970. Existió en todo tiempo (...) La innovación, el redescubrimiento, que se hace en 1970, un año que deberá seguramente trascender en la historia de nuestra civilización, es la modificación de un estado del espíritu que se afirmó de un solo golpe. Hasta entonces la protección del medio ambiente no existió más que como un accesorio de algún otro valor, de la propiedad o de la salud. A partir de esta fecha, el ambiente deviene por sí mismo un valor digno de protección: por su defensa, en adelante, se litigará y se batallará...”³³⁰

³²⁹ Mateo J. Magariños de Mello. Editado y Ordenado por Ricardo Gorosito Zuluaga., op., cit., p145.

³³⁰ Martine Rémond-Gouilloud. Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement. PUF. Paris, 1989, ps. 89,90.

En el plano internacional, esta autora, sostiene que el aterrizaje ocurre con la convocatoria por la AGNU, de la Conferencia de Estocolmo, en Junio de 1972 que concluye con la adopción de la Declaración sobre Medio Ambiente Humano, al que se le anexa un plan de acción, que servirá como modelo a los legisladores nacionales y una institución, creada para ponerlo en práctica, el PNUMA³³¹ (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), al que, siguiendo a Kiss, califica de “órgano de impulsión, de planificación y coordinación”. Afirma que: “(p)aralelamente, cinco instituciones especializadas de Naciones Unidas inscriben la defensa del medio ambiente entre sus preocupaciones primarias: la FAO (Organización para la Alimentación y la Agricultura) que encara la modificación de las prácticas agrarias y los modos de gestión de los recursos vivos destinados a la alimentación; la UNESCO (Programa de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) dónde el Programa MAB (Man and Biosphere) atiende a mejor comprender las interacciones entre el hombre y su biosfera; la OMS (Organización Mundial de la Salud) que se ocupa de la salud; la OMM (Organización Meteorológica Mundial) encargada de establecer las redes de observación climáticas y meteorológicas y la OMI (Organización Marítima Internacional) encargada de la protección del medio marino.”³³². Corresponde agregar a esta nómina, por su íntima relación con la cuestión ambiental, los trabajos y la gestión de las Cumbres de las Ciudades y el Programa HABITAT, cuya primera Conferencia tuvo lugar en Vancouver, Canadá en Junio de 1976 y la Segunda en Estambul, en 1996, orientadas al Desarrollo Sostenible de las ciudades en un mundo crecientemente urbanizado.

A partir de su emergencia en los 70 la política ambiental o de protección del ambiente y su expresión jurídica, el Derecho Ambiental, han cumplido un derrotero de permanente consolidación, tanto en lo que a contenidos, fines o principios como a instrumentos o medios, incluida la institucionalidad, se refiere. Para describir ese camino y su significación, con relación a estas variables de contenidos/fines/principios e instrumentos/medios de acción/instituciones, una periodización interesante viene impuesta por las grandes Conferencias y las ideas dominantes respecto de cada una y su entorno temporal.

2. La Etapa De Estocolmo

Como se expuesto, seguramente las ideas políticas que dominaron la primera y simbólica Cumbre Mundial de Estocolmo, comenzaron a gestarse antes, tal vez, mucho antes. Como antecedentes directos se suele colacionar la realización, en París, en septiembre del simbólico año 1968, de la Conferencia Intergubernamental de Expertos sobre una Base Científica para el Uso Racional y Conservación de la Biosfera, promovida por UNESCO, que había estado precedida, en 1955, por un encuentro científico internacional sobre “El Papel del Hombre en el cambio de la faz de la Tierra”. En esta Conferencia, se explicita un fundamento básico para habilitar los procesos de eclosión posterior de la política

³³¹ Con sede en Nairobi, Kenya.

³³² Rémond-Gouilloud, op., cit., p. 99,100.

ambiental, a nivel mundial. En palabras de Lynton K. Caldwell, en este evento se comprendió y debatió sobre "...el problema que representa conciliar el accionar del hombre y la naturaleza mediante el desarrollo equilibrado en términos ecológicos".³³³

Conciliar el accionar del hombre y la naturaleza mediante el desarrollo equilibrado en términos ecológicos: he ahí, sencillamente expuesto y resumido, el gran problema político del presente y el futuro de la Humanidad que se identifica, racionaliza y verbaliza en los discursos sociales y tecnocráticos, pasada la segunda mitad del Siglo XX y que, inicialmente con un énfasis claramente reactivo ante el deterioro y la contaminación, domina la etapa de Estocolmo, etapa de generación de la Política Ambiental y del Derecho Ambiental, en que se configura la matriz fundacional de la protección ambiental como tema prioritario, que corta transversalmente las agendas políticas a todos los niveles (internacionales, regionales o comunitarios, nacionales y locales).

La doctrina está de acuerdo en que, a partir de 1972, comienza tanto el denominado "enverdecimiento" de las leyes ambientales, a nivel de la materia o contenidos, como el inicio de la institucionalización de la gestión ambiental a nivel de los instrumentos e instituciones.

La modificación sustancial en las políticas públicas y en los sistemas jurídicos, que tiene lugar por este tiempo, se concreta precisamente, en la instalación de la concepción sistémica del medio ambiente.³³⁴

Según Brañes: "La Conferencia de Estocolmo tuvo el extraordinario mérito de poner los temas ambientales en la agenda mundial y de esta manera, en la agenda de los países del Planeta, incluidos los de nuestra región, con la consecuencia de que, a partir de 1972, se inició por doquier un proceso de institucionalización de la gestión ambiental, o de cambios donde existía este tipo de gestión, que trajo consigo importantes modificaciones en las políticas públicas y en los propios sistemas políticos".³³⁵

Vale tener bien presente una vertiente especial de la problemática ambiental, en lo político social, que tiene manifestación temprana en la etapa de Estocolmo y que animó las contradicciones expuestas en la propia Conferencia y se ha constituido en una especie de líneas invariante que anuda el reciente pasado, con el actual presente y marca sin duda

³³³ Citado por María Cristina Zeballos de Sisto en "A modo de Introducción" a la obra *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*. Coordinación y Dirección Raúl A. Estrada Oyuela y María C. Zeballos de Sisto. A-Z Editora. Buenos Aires, 1993, p. X. El trabajo de Caldwell que es citado, lleva el sugestivo título de "Integración de la política ambiental y el desarrollo económico prioridad para el accionar político nacional e internacional".

³³⁴ Con razón, Brañes ha fijado el punto de origen contemporáneo del derecho ambiental, coincidente con esta etapa de generación de ideas que entorna, primero a, y se deriva después de la Conferencia de Estocolmo, afirmando que en tal contexto se instala la concepción del medio ambiente "como un todo organizado a la manera de un sistema" (Cfr. Raúl Brañes. *El Desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación*". Ed. PNUMA/ORPALC, 2001, pág. 11).

³³⁵ Cfr. Brañes, id.

el provenir y que es la dicotomía: preocupación ambiental vs. necesidades del desarrollo. Esta polaridad ha sido presentada, por algunos doctores, como tensión ecósfera / tecnósfera y Estrada Oyuela ha dicho con claridad en este mismo sentido que: “(D)esde que la percepción ambiental se suscitó en los foros multilaterales en la segunda parte de los sesenta, se lo enfrentó con las necesidades del desarrollo. El informe del Club de Roma “Los límites del crecimiento”, contribuyó a esa antinomia y, a pesar de todos los esfuerzos por evitarlo, ese fue en gran medida el sentido de los debates de Estocolmo en 1972”.³³⁶

Bajo el imperio de la Conferencia de Estocolmo, diversos documentos fundacionales, que dan cuenta de las ideas políticas que conforman la fuente material del Derecho Ambiental en expansión, ven la luz pública. Adquieren la condición de instrumentos de derecho blando o se concretan en tratados y en normas jurídicas nacionales. Cuando enfocamos la agenda política, esos documentos de soft law, devienen especialmente significativos. Corresponde mencionar la propia Declaración de Estocolmo, en primer término.

Vale identificar como piedra fundamental del edificio de la política y el derecho ambientales, el valor que ese documento otorga a los principios políticos en este campo, cuando en su misma apertura expresa que esos principios, que entiende como “comunes” a los pueblos del mundo, ofrecen “inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano”.

Estas son las primeras palabras que, a nombre de la Humanidad se pronuncian, constituyendo el signo que nos conduce a lo significado, que es el ambiente y la protección ambiental. Fundan, en tanto que palabras, todo el discurso ambiental, el pensamiento mismo sobre esos fenómenos, los ambientales vistos en clave ecosistémica, que, si bien no se descubrieron en esa oportunidad, se formalizaron como referencia colectiva.

Y lo interesante es que en esas primeras palabras, está en resumen, la novedad ambiental y el sendero abierto al trabajo intelectual y a la praxis de las décadas posteriores, pues de dicho texto emerge que: los sujetos privilegiados, los titulares son más bien los pueblos del mundo que los “los países” o Estados, a los que la Declaración ubica como instrumentos o medios³³⁷; el objeto de la acción política tutelar es el (imperfectamente) denominado medio humano y, esa acción es esencialmente teleológica u ordenada a una finalidad dúplice: preservar y mejorar al medio.

³³⁶ Cfr. Raúl A. Estrada Oyuela. “Conferencia de las NNUU sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Apuntes para su evaluación”, en “Evolución reciente...” op., cit. p.20.

³³⁷ El numeral 4 del Preámbulo es bien expresivo de la instrumentalidad de las formas políticas que deben encarar afanes bien específicos al servicios de los valores centrales que son los fines a los que esas estructuras deben servir: “...Los países en desarrollo deben dirigir sus esfuerzos hacia el desarrollo, teniendo presente entre sus prioridades, la necesidad de salvaguardar y mejorar el medio. Con el mismo fin, los países industrializados, deben esforzarse por reducir la distancia que los separa de los países en desarrollo”.

Luego, la Declaración proclama que el concepto de medio ambiente o ambiente, abarca la integralidad de la experiencia humana, partiendo de que “el hombre es a la vez obra y artífice de del medio que lo rodea”. De manera que el hecho político ambiental postula, desde el origen, una afirmación antropológica, desde la cual se justifica la asunción de un concepto de ambiente como valor complejo natural y cultural, cuando se proclama que: “Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma”. Como se observa, la perspectiva fundacional de Estocolmo, ha legado a la agenda política internacional ambiental, no solamente una ontología, o sea, un objeto real y existente de la acción cognoscitiva y normativa: el ambiente en su complejidad real que sintetiza naturaleza y cultura, sino, además, una axiología, o sea, una valoración que identifica el bien ambiental con el goce de los derechos fundamentales del hombre, de donde el discurso jurídico está en la esencia de la protección del ambiente. La preferencia que se asigna al goce del ambiente, reclama que su protección asuma la forma de lo jurídico.

Desde el inicio, la política ambiental es destinada a plenificarse en el derecho ambiental y, a la inversa, el derecho ambiental es destinado a juridizar la política.

De lo anterior se desprende que no otra podía ser la redacción del Principio 1 de la Declaración: “El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras...”.

Bajo el impulso de estas ideas, la agenda política internacional del ambiente³³⁸, durante los veinte años de la que aquí denominamos “etapa de Estocolmo”, fue enriqueciéndose con aportes de diversas fuentes, entre las que corresponde destacar, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, cuyos trabajos comienzan a finales de la década del 40, con mucha antelación a la eclosión de la cuestión ambiental, pero que preparó al Derecho Internacional tradicional para vehiculizar los imperativos de la ecología socio-política, sobre todo en clave de contaminación transfronteriza y que ha otorgado creciente importancia al tema ambiental. Así corresponde citar, siguiendo a Estrada Oyuela³³⁹, los trabajos de esa Comisión sobre la responsabilidad de los Estados, la responsabilidad internacional por consecuencia de

³³⁸ Por razones de extensión y método de este trabajo, nos restringimos al análisis de los ámbitos internacionales propiamente intergubernamentales y más claramente representativos del interés político de los actores por antonomasia de la escena internacional, que son los estados nacionales “soberanos”. Estrictamente debería incluirse en el tratamiento otros foros o ámbitos, como la actividad jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, los debates doctrinarios y, aún, las luchas en el seno de las ONGs o en las internacionales partidarias. Para un excelente análisis de la evolución de los principios de protección ambiental a nivel doctrinario y jurisprudencial puede verse: María del Luján Flores. La obligación del Estado de reparar los daños transfronterizos. Carlos Álvarez Editor. Montevideo, Uruguay. Julio de 2005.

³³⁹ Op., cit., p.6.

actos lícitos, los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad y el derecho de los usos de cursos de agua diferentes de la navegación.

Otros hitos deben destacarse en esta etapa. En 1976 tiene lugar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, que da origen al Programa Hábitat; en 1981 se establece el Programa de Montevideo para el desarrollo del Derecho Ambiental, que señaló áreas de particular importancia política para la regulación internacional, que expresa muy elocuentemente los puntos centrales de la agenda de la negociación internacional (contaminación marina desde fuente terrestre; protección de la capa de ozono; el transporte y disposición de residuos peligrosos; cooperación en emergencias ambientales; manejo de zonas costeras; conservación de suelos; contaminación transfronteriza y cambio climático; comercio internacional de productos químicos peligrosos; protección de ríos y aguas interiores contra la contaminación; prevención y reparación del daño causado por la contaminación y evaluación del impacto ambiental); la UICN insistía por este tiempo en la protección de la biodiversidad, que culminará en el Convenio de 1992; en 1982 se aprueba por la Resolución 7/37 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Carta Mundial de la Naturaleza³⁴⁰; en 1983 se crea por las Naciones Unidas, la Comisión Mundial, denominada vulgarmente como Comisión Bruntland, en homenaje a su presidenta la Sra. Gro Harlem Bruntland que, en 1987 produce el Informe conocido como “Nuestro Futuro Común” que procurando superar, de manera constructiva y proactiva la tensión protección ambiental – promoción del desarrollo, centra sus postulaciones en el concepto de desarrollo sostenible³⁴¹,

³⁴⁰ Instrumento de derecho blando, sin duda. Pero, innegablemente contiene principios políticos de real trascendencia. En primer término, tiene la significación especial de disminuir, en cierta forma, el énfasis cerradamente antropocéntrico que impera en la casi totalidad de las normas ambientales, operando una apertura notable a las visiones más biocéntricas o ecocéntricas. En segundo término, y en consonancia con lo anterior, afirma que la “especie humana es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los ecosistemas naturales que son fuente de vida y de materias nutritivas. En tercer término, independiza o autonomiza la protección ambiental de la utilidad para el hombre. En cuarto lugar, constituyendo una especie de marco doctrinario dogmático sintético de las políticas ambientales, fuente material del derecho ambiental, proclama los siguientes principios de conservación “con arreglo a los cuales debe guiarse y juzgarse todo acto del hombre que afecte a la naturaleza: 1.- Se respetará la naturaleza y no se perturbarán sus procesos esenciales. 2. No se amenazará la viabilidad genética en la tierra, la población de todas las especies, silvestres y domesticadas se mantendrá a un nivel por lo menos suficiente para garantizar su supervivencia; asimismo, se salvaguardarán los hábitats necesarios para este fin. 3.- Estos principios de conservación se aplicarán a todas las partes de la superficie terrestre, tanto en la tierra como en el mar, se concederá protección especial a aquellas de carácter singular, a los ejemplares representativos de todos los diferentes ecosistemas y a los hábitats de las especies escasas o en peligro. 4.- Los ecosistemas y los organismos, así como los recursos terrestres, marinos y atmosféricos que son utilizados por el hombre, se administrarán de manera tal de lograr y mantener su productividad óptima y continua sin por ello poner en peligro la integridad de los otros ecosistemas y especies con los que coexisten. 5.- Se protegerá a la naturaleza de la destrucción que causan las guerras u otros actos de hostilidad”.

³⁴¹ Entendido como el desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras de satisfacer sus propias necesidades. El Informe Bruntland agrega que “(e)n esencia, el desarrollo sostenible es un proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la dirección de las inversiones, la orientación del desarrollo tecnológico y el cambio institucional, son todos armónicos y refuerzan tanto las actuales como las futuras potencialidades para enfrentar las necesidades y

concepto éste, y el de sostenibilidad más genéricamente, que inicia entonces su irresistible ascensión hasta transformarse en el concepto “pívor” de la política ambiental y el derecho ambiental en el salto del Siglo XX al Siglo XXI; por fin, igualmente en 1987 y, en cierto modo, como corolario de las cuestiones científicas en los temas globales que preocuparon desde los comienzos a los países desarrollados³⁴², (que tuvieron reflejo político en el Convenio de Viena (1985) y el Protocolo de Montreal (1987), ambos relativos a la protección de la capa de ozono, el PNUMA y la Organización Meteorológica Mundial) establecieron el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC).

Estas últimas referencias o hitos que hemos colacionado como ejemplos y sin pretensiones de una enumeración exhaustiva, testimonian otros dos importantes aspectos característicos de la institucionalidad ambiental y de la gestión del régimen jurídico de las políticas ambientales a nivel internacional que fueron perfilándose desde la etapa de Estocolmo y luego consolidados. El primer aspecto a destacar, tiene que ver con el proceso de generación de las políticas ambientales internacionales y con el derecho ambiental internacional, en particular, como instrumento de aplicación y efectividad de tales políticas. Al respecto, ha afirmado Estrada Oyuela: “El derecho ambiental internacional reciente se ha generado en un proceso que en general, sigue el siguiente camino: la regulación de una materia determinada suele iniciarse con una resolución de un organismo internacional, fundada en algún informe técnico, muchas veces adoptada por un organismo especializado de las Naciones Unidas, pero en un número importante de oportunidades aprobada por la propia Asamblea General de las Naciones Unidas. Es como una fotografía de la preocupación que la comunidad internacional tiene en un momento dado, con respeto a un tema específico. Frecuentemente el siguiente paso es una declaración, en general de carácter principista, a veces programático, que se adopta en un órgano de nivel superior como la Conferencia general de un organismo especializado, o la Asamblea de las Naciones Unidas, o en una Conferencia especialmente convocada para tratar el tema, y que en ocasiones puede tener nivel ministerial (...) El tercer paso es el de la codificación, que puede encomendarse a una Conferencia diplomática, o a un comité de negociación, y que en muchos casos da como primer resultado un acuerdo del tipo que llamamos marco, que establece las normas generales, crea ciertos mecanismos, y habilita instancias posteriores para que por medio de otros compromisos y decisiones se vaya llenando el marco creado. La protección de la capa de ozono, el tráfico internacional de residuos peligrosos, la prevención del cambio climático, y la preservación de la

aspiraciones humanas”, World Comisión on Environment and Development, Report of the Bruntland Comisión, 1987, p. 46 (traducción libre del autor). Aquí hemos transcritto la conceptualización que sobre desarrollo sostenible dio su fuente más prestigiosa como lo es el citado Informe Bruntland. Ello, sin embargo, no debe llevar al error de creer que esa definición haya estado exenta de críticas ni que haya una situación que se parezca siquiera a la unanimidad conceptual. Todo lo contrario, hay proliferación de definiciones. Para este debate, cfr. John S. Dryzek. “The Politics of Earth”. Oxford University Press. New York, 1997, págs. 123 y ss. Naturalmente que las discrepancias en torno al concepto de sostenibilidad, dan la pauta de las luchas políticas que animan el día a día de las cuestiones ambientales como arena del poder mundial, nacional y local.

³⁴² Cfr. Estrada Oyuela, op cit., p.21.

diversidad biológica, son ejemplos de materias cuyas regulaciones anduvieron este camino”³⁴³.

El segundo aspecto a resaltar tiene que ver con el que Magariños denominó “enfoque Convención – Protocolo” dentro de la metodología de gestión de los consensos políticos globales en materia de ambiente. Dijo este autor al respecto: “Como se refirió antes, el enfoque o mejor dicho la técnica así llamada, consiste en otorgar una Convención marco que se va implementando mediante la aprobación de protocolos al efecto. El auge de este mecanismo se debió al aparente éxito de las negociaciones sobre la destrucción de la capa de ozono. El método permite una afirmación técnica y doctrinaria profunda, que se va traduciendo en obligaciones y derechos efectivos mediante aproximaciones sucesivas conforme a las posibilidades políticas de cada momento, en un tema altamente sensible, como es el ambiental”³⁴⁴. Cada uno de los grandes Convenios multilaterales ambientales, consagra una estructura de gestión bien característica y reiterativa: una Conferencia de Partes, que el órgano rector y de representación política; una Comisión o Cuerpo Subsidiario de Asesoramiento Científico y otro Cuerpo Subsidiario de implementación, ambos con la misión de hacer el seguimiento a la evolución del conocimiento técnico y científico en la materia del Convenio respectivo, y al cumplimiento de los acuerdos y obligaciones establecidas; y, finalmente, una Secretaría del Convenio actúa como órgano permanente. La proliferación de Acuerdos sectoriales y, por consiguiente, de Secretarías, plantea una delicada cuestión política sectorial ambiental internacional cual es la coordinación entre dichas Secretarías y entre ellas y el PNUMA.

Al ser convocada la Conferencia de Río, 20 años después de Estocolmo, ya estaban dadas las condiciones para que una nueva etapa, que coincidirá, con las Directrices que se derivarán precisamente de la Eco Río.

El sentido general en el cambio entre la Etapa de Estocolmo y la de Río, ha sido bien sintetizado por Dryzek, cuando sostuvo que: “las preocupaciones iniciales tuvieron que ver con contaminación, preservación de la vida silvestre, crecimiento de la población, y disminución de los recursos naturales. Con el paso del tiempo, esas preocupaciones, fueron suplidas por problemas sobre suministro energético, derechos de los animales, extinción de especies, cambio climático global, deterioro de la capa de ozono, desechos tóxicos, protección del ecosistema, y justicia ambiental (la distribución del daño ambiental entre grupos étnicos y clases sociales)”³⁴⁵.

Como una evaluación de esta etapa primera y fundacional del proceso histórico de la Agenda Ambiental y que, de alguna manera, ha acompañado su desarrollo hasta el presente, es la que los consensos en materia política ambiental internacional siempre se

³⁴³ Cfr. Estrada, op. cit. pág. 4.

³⁴⁴ Cfr. Magariños de Mello. Op. cit. pág. 271 – 272.

³⁴⁵ Cfr. John S. Dryzek. “The Politics of Earth”. Oxford University Press. New York, 1997, pág. 3.

logran en torno a las soluciones de más bajo común denominador, pues solamente en torno a soluciones de este tipo que se puede construir el consenso político entre Estados.

3. La Etapa De Río

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, que tuvo lugar en Río de Janeiro, del 2 al 14 de junio de 1992, es precisamente el momento en el que el enfoque de la sostenibilidad como criterio central de las políticas ambientales, se consolida y se proyecta hacia el futuro. En sí misma, la Conferencia realizada 20 años después de Estocolmo, adoptó algunos instrumentos de diferente naturaleza jurídica que tienen un innegable valor político: el Programa o Agenda 21, contentivo de un listado de los programas de acción, para el logro del desarrollo sostenible en todos los campos de la gestión ambiental; la Declaración de Principios sobre Bosques; el Convenio Marco sobre Cambio Climático; la Convención Sobre Biodiversidad y la Declaración de Río. Más allá de la azarosa historia de su adopción y de las divisiones entre el Norte y el Sur, la Declaración de Río actualiza el conjunto de principios políticos que conforman el consenso internacional en la materia. A través de su Preámbulo y de sus 27 Principios se reafirma la visión antropocéntrica del desarrollo sostenible; se refuerza tanto el derecho soberano de los Estados de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, así como de velar responsablemente porque las actividades bajo su control no causen daños al Medio Ambiente; la protección de la vida silvestre y de los hábitats naturales; la cooperación internacional para crear capacidad en el logro del desarrollo sostenible, etcétera.

De las acciones derivadas de dicha Conferencia, se han consolidado en la etapa siguiente una serie de principios de aceptación general, en torno a los cuales gira el proceso político global con determinante incidencia en los procesos nacionales.

La Doctrina destaca entre estos principios:

- a) el de la responsabilidad común pero diferenciada en materia de ambiente, tan expresivamente consagrada en el principio séptimo de la Declaración de Río, cuando expresa: “en vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y recursos financieros de que disponen”.
- b) el principio de precaución³⁴⁶, según el cual ante el peligro de un daño grave o irreversible, la falta de una certeza científica absoluta, no puede servir de excusa

³⁴⁶ El grado de desarrollo de este principio muestra cierta heterogeneidad en cuanto a su carácter vinculante, como derivado de la costumbre internacional o de fuentes convencionales. Por ello algunos autores hablan de enfoque precautorio, o criterio precautorio. Aquí lo utilizamos como un principio político, ámbito en el que

para postergar la adopción de medidas que impidan la producción del perjuicio en función de los costos.

- c) Otro principio político emergente en esta etapa es el principio de contaminador – pagador, y otro, el de la internalización del costo ambiental.³⁴⁷

La Conferencia de Río tuvo igualmente un señalado efecto sobre los cambios constitucionales en materia de protección del ambiente en todo el mundo, particularmente en la Región de América Latina y el Caribe. La materia constitucional, en cuanto el derecho constitucional se estima por la dogmática jurídica y la propia Politología como el encuadramiento jurídico de la fenomenología política, es un indicador privilegiado del status que, en una formación social, ha alcanzado el tema de la respuesta a la problemática ambiental. Por ello es de particular interés su análisis para el estudio comparado de la política ambiental. En este último sentido sostuvo Raúl Brañes: “los cambios constitucionales principales, de la Década de los años 1990, giran, en primer término, en torno a la incorporación explícita de la idea del desarrollo sostenible, así como del deber del Estado y de la Sociedad en su conjunto, de proteger el Medio Ambiente, lo que a su vez lleva consigo, la autorización de restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales con la finalidad de proteger el Medio Ambiente. Simultáneamente, se incorpora a las constituciones políticas el derecho a un medio ambiente apropiado y se garantiza el ejercicio de ese derecho. Se trata de principios y mecanismos jurídicos que están presentes desde las dos décadas anteriores en las constituciones latinoamericanas, pero que en esta última década del siglo XX ganan mayores espacios y desarrollos. Una excepción es el principio de precaución, que

tiene plena validez. Ver al respecto: Estrada Oyuela, op. cit., p. 11 y Flores, op. cit., p. 206. Esta última autora, al estudiar los “Derechos y Deberes vinculados al daño transfronterizo”, realiza el análisis detenido de algunos principios de naturaleza jurídica que aparecen comprometidos en las lesiones derivadas del daño transfronterizo, pero que tienen, además de su naturaleza jurídica, una indudable naturaleza política: entre otros, el principio de buena vecindad; el principio de no utilización del territorio de manera tal que se causen daños a otros Estados; el principio de la diligencia debida; el principio de prevención; el principio del uso equitativo y razonable de los recursos naturales compartidos. Vide: Flores, op cit, p. 193 y ss.

³⁴⁷ Dice Estrada que “el principio el que contamina paga quedó consagrado en resoluciones y declaraciones (soft law) y aparece en textos jurídicamente vinculantes acordados entre países desarrollados, pero no se ha extendido aún a los convenios universales en cierta medida porque los países en desarrollo sugirieron utilizarlo como un medio para obtener compensaciones económicas por la contaminación causada por los países industrializados”(op cit, p.11). El autor agrega que: “ En muchos países desarrollados se ha establecido la práctica de imponer al contaminador los gastos de la limpieza de lo que ha ensuciado” (id), pero enseguida advierte que: “...por esta vía no debería introducirse un mecanismo que permitiera comprar el derecho a contaminar” y que “el objetivo racional es no contaminar, limpiar la contaminación producida es un paliativo estimable, pero la primera opción debe ser actuar o producir sin contaminar o contaminando lo menos posible”(Id.). Sobre la internalización del costo ambiental dice el comentarista que citamos que este principio “...para el ámbito universal se conserva en el soft law y no alcanzó su consagración en instrumentos vinculantes. Es una respuesta a la teoría económica de las externalidades que posterga para generaciones futuras costos que no considera en condiciones de cuantificar. El uso consuntivo de algunos recursos naturales, sobre todo aquellos no renovables o con un período muy prolongado de reposición, constituye para muchas actividades productivas un costo que se transfiere al futuro. La Carta de Río propone que esos costos se internalicen...” (id., p. 12).

adquiere rango constitucional en una de las constituciones latinoamericanas³⁴⁸, sin perjuicio de su incorporación en la legislación secundaria. El tema de la conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales es un tema recurrente en las cartas políticas de este último período. Las disposiciones sobre la materia se relacionan con otras que tratan sobre conservación de la biodiversidad, que incluyen regulaciones sobre patrimonio y recursos genéticos, vida silvestre, áreas naturales protegidas, biotecnología y bioseguridad, desastres naturales y otros. Los cambios de las Leyes fundamentales de la última década establecen, además, las bases constitucionales para la Legislación sobre un número cada vez más importante de asuntos ambientales, como son la evaluación de impacto ambiental, el daño ambiental, los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos, la protección del patrimonio cultural y muchos otros. Los temas de la gestión ambiental pasan a ocupar también un espacio en las constituciones durante la última década, en particular el tema de la participación social y de la participación de los pueblos indígenas y sus comunidades³⁴⁹.

Durante el período de Río, diversas otras Conferencias cumbres, han profundizado aspectos especiales del marco para el desarrollo sostenible establecido en Río. Así corresponde repasar los siguientes eventos de relevante significación política: Cumbre Mundial de la Alimentación (Roma, 1996), la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995); la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 1995); la Conferencia sobre Población y Desarrollo (Cairo, 1994); la Conferencia Global sobre el Desarrollo Sostenible de los Pequeños Estados Insulares (Barbados, 1994); la Conferencia Mundial sobre Reducción de Desastres Naturales (Yokohama, 1994) y la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993). Especial mención merece, en este contexto, la Cumbre Mundial de las Ciudades Habitat II (Estambul, 1996) que adoptó la Agenda Hábitat, dirigida a responder al imperativo de la necesidad de mejorar la calidad de los asentamientos humanos, con el propósito de encarar dos temas de igual importancia global: “vivienda adecuada para todos” y “desarrollo de asentamientos humanos sostenibles en un mundo urbanizado”.

Al llegar el año 2000, diversos eventos señalan una clara inflexión en la agenda internacional que anuncia las prioridades políticas que dominarán en la etapa siguiente de Johannesburgo. Corresponde destacar el Primer Foro Global Ministerial de Medio Ambiente, que tuvo lugar en Malmö, Suecia, 31 de mayo de 2000, patrocinado por el PNUMA y la Corona Sueca, en cuyo ámbito se revisaron, trascendentes tópicos ambientales emergentes, que contribuyen a definir la agenda global para el medio ambiente y desarrollo sostenible del siglo XXI. La Declaración de Malmö destaca el alarmante divorcio entre los compromisos y acciones de la comunidad internacional con respecto al desarrollo sostenible. El instrumento presta, asimismo, una especial atención

³⁴⁸ Es la Constitución ecuatoriana de 1998, que constitucionaliza el principio precautorio o criterio precautorio.

³⁴⁹ Cfr. Raúl Brañes “El Desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano y su aplicación”. Ed. PNUMA, 2001, pág. 51.

al consumo no sostenible entre los sectores más ricos en todos los países, particularmente en países desarrollados. Además, se declara que para poder confrontar las causas subyacentes de la degradación ambiental y la pobreza, primero deben integrar consideraciones ambientales en la corriente principal de la toma de decisiones.

4. La Etapa De Johannesburgo

Precedida por la Cumbre del Milenio y su Declaración, a diez años de Río, se celebró en Johannesburgo, Sudáfrica la denominada Cumbre del Desarrollo Sostenible. Esta Conferencia y sus resultados, marcan la actualidad de la agenda política ambiental mundial. Tiene el significado de consolidar el valor de la sostenibilidad y de confirmar, a la altura de la primera década del S. XXI, los consensos contenidos en la Agenda XXI de Río 92, pero a la luz de las prioridades de la Declaración del Milenio. En este aspecto, algunas líneas y directrices que ya se habían insinuado en las etapas previas, adquieren una centralidad clara, que en algunos aspectos pueden implicar ciertas modulaciones en el énfasis político de la sostenibilidad. Esto tiene que ver con la lucha contra la pobreza como prioridad, lo que privilegia los discursos sensibles y comprometidos con la equidad social y a la generación de oportunidades de trabajo.

La Declaración del Milenio, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas como resultado de la llamada Cumbre del Milenio que reunió a Jefes de Estado y de Gobierno realizada del 6 al 8 de septiembre de 2000 en la Sede de las Naciones Unidas, tienen un contenido eminentemente político y expresa compromisos que, deliberadamente, se expresaron en metas concretas. Los valores y principios capitales, privilegiados en esa oportunidad casi única por la trascendencia de un evento con una participación cimera, trascienden en mucho, la mera reafirmación de fe en la Organización anfitriona, de cara al nuevo milenio y del texto surge un claro énfasis en los temas de vulnerabilidad e inclusión sociales, cuando expresa que "...las responsabilidades que todos tenemos respecto de nuestras sociedades, (por lo que en tanto Jefes de Estado y de Gobierno) nos incumbe la responsabilidad colectiva de respetar y defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad en el plano mundial. En nuestra calidad de dirigentes, tenemos, pues, un deber que cumplir respecto de todos los habitantes del planeta, en especial los más vulnerables y, en particular, los niños del mundo, a los que pertenece el futuro." Luego, se afirma una perspectiva de la globalización o mundialización partiendo de esas preocupaciones sobre vulnerabilidad e inclusión sociales: "Creemos que la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos. Reconocemos que los países en desarrollo y los países con economías en transición tienen dificultades especiales para hacer frente a este problema fundamental. Por eso, consideramos que solo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos para crear un futuro común, basado en nuestra común humanidad en toda su diversidad, se podrá lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa. Esos esfuerzos deberán incluir la adopción de

políticas y medidas, a nivel mundial, que correspondan a las necesidades de los países en desarrollo y de las economías en transición y que se formulen y apliquen con la participación efectiva de esos países y esas economías”.

Particular destaque tienen los valores fundamentales esenciales para las relaciones internacionales en el Siglo XXI: la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de la naturaleza y la responsabilidad común.³⁵⁰

Finalmente, la declaración, estipula objetivos clave en el campo de la paz, la seguridad y el desarme; en el campo del desarrollo y la erradicación de la pobreza³⁵¹, derechos humanos, democracia y buen gobierno y en materia del entorno común, en lo que aquí interesa. En este último sentido, la Declaración establece una agenda bien concreta: “21. No debemos escatimar esfuerzos por liberar a toda la humanidad, y ante todo a nuestros hijos y nietos, de la amenaza de vivir en un planeta irremediamente dañado por las actividades del hombre, y cuyos recursos ya no alcancen para satisfacer sus necesidades. 22. Reafirmamos nuestro apoyo a los principios del desarrollo sostenible, incluidos los enunciados en el Programa 217, convenidos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. 23. Decidimos, por

³⁵⁰ Respecto de estos dos valores, por su relación especial con el tema de este trabajo, transcribimos expresamente lo afirmado en la Declaración: “El respeto de la naturaleza. Es necesario actuar con prudencia en la gestión y ordenación de todas las especies vivas y todos los recursos naturales, conforme a los preceptos del desarrollo sostenible. Sólo así podremos conservar y transmitir a nuestros descendientes las incommensurables riquezas que nos brinda la naturaleza. Es preciso modificar las actuales pautas insostenibles de producción y consumo en interés de nuestro bienestar futuro y en el interés de nuestro bienestar futuro y en el de nuestros descendientes. Responsabilidad común. La responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, lo mismo que en lo que hace a las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones del mundo y ejercerse multilateralmente. Por ser la organización más universal y más representativa de todo el mundo, las Naciones Unidas deben desempeñar un papel central a ese respecto.”

³⁵¹ Dice textualmente la Declaración, en total coherencia con la centralidad otorgada a la erradicación de la pobreza como objetivo: “11. No escatimaremos esfuerzos para liberar a nuestros semejantes, hombres, mujeres y niños, de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema, a la que en la actualidad están sometidos más de 1.000 millones de seres humanos. Estamos empeñados en hacer realidad para todos ellos el derecho al desarrollo y a poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad.” Por esa centralidad, no debe sorprender el nivel de concreción del objetivo político expresado en este campo: 12. Resolvemos, en consecuencia, crear en los planos nacional y mundial un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza. Decidimos, asimismo: Reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de habitantes del planeta cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día y el de las personas que padezcan hambre; igualmente, para esa misma fecha, reducir a la mitad el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable o que no puedan costearlo. Velar por que, para ese mismo año, los niños y niñas de todo el mundo puedan terminar un ciclo completo de enseñanza primaria y por que tanto las niñas como los niños tengan igual acceso a todos los niveles de la enseñanza. Haber reducido, para ese mismo año, la mortalidad materna en tres cuartas partes y la mortalidad de los niños menores de 5 años en dos terceras partes respecto de sus tasas actuales. Para entonces, haber detenido y comenzado a reducir la propagación del VIH/SIDA, el flagelo del paludismo y otras enfermedades graves que afligen a la humanidad. Prestar especial asistencia a los niños huérfanos por causa del VIH/SIDA. Para el año 2020, haber mejorado considerablemente la vida de por lo menos 100 millones de habitantes de tugurios, como se propone en la iniciativa “Ciudades sin barrios de tugurios”.

consiguiente, adoptar una nueva ética de conservación y resguardo en todas nuestras actividades relacionadas con el medio ambiente y, como primer paso en ese sentido, convenimos en lo siguiente: Hacer todo lo posible por que el Protocolo de Kyoto entre en vigor, de ser posible antes del décimo aniversario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el año 2002, e iniciar la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero. Intensificar nuestros esfuerzos colectivos en pro de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo. Insistir en que se apliquen cabalmente el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África. Poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos formulando estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local, que promuevan un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado. Intensificar la cooperación con miras a reducir el número y los efectos de los desastres naturales y de los desastres provocados por el hombre. Garantizar el libre acceso a la información sobre la secuencia del genoma humano.

La Declaración de Johannesburgo (Sudáfrica), sobre el Desarrollo Sostenible, culminó la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, realizada entre el 2 y el 14 de septiembre de 2002, como una oportunidad para reafirmar el compromiso de “los representantes de los pueblos de mundo con el desarrollo sostenible”. En función de lo cual, la Declaración, reafirmando la interdependencia de las dimensiones sociales, económicas y ambientales de la sostenibilidad expresa que se asume “...la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible.” Seguidamente hace referencia a los instrumentos que emanan de la misma y establece una impresionante apertura de la responsabilidad hacia todos los “seres vivientes” : “ 6. Desde este continente, cuna de la humanidad, proclamamos, por medio del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y la presente Declaración, nuestra responsabilidad hacia nuestros semejantes, hacia las generaciones futuras y hacia todos los seres vivientes”.

Bajo el subtítulo De Estocolmo a Río de Janeiro a Johannesburgo, la Declaración formula su propia crónica de la evolución en el tiempo de la agenda y de las políticas mundiales de protección ambiental y de desarrollo sostenible, diciendo: “8. Hace 30 años, en Estocolmo, nos pusimos de acuerdo sobre en que era apremiante la necesidad de abordar el problema del deterioro ambiental. Hace 10 años, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Río de Janeiro, convinimos en que la protección del medio ambiente, el desarrollo social y el desarrollo económico eran fundamentales para lograr el desarrollo sostenible basado en los principios de Río. Para alcanzar este objetivo, aprobamos un programa de alcance mundial titulado “Programa 21” y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, a los cuales reafirmamos hoy nuestra adhesión. La Conferencia de Río

constituyó un hito importante que permitió establecer un nuevo plan de acción para el desarrollo sostenible.⁹ En el intervalo entre la Conferencia de Río y la de Johannesburgo, las naciones del mundo se han reunido en varias grandes conferencias bajo los auspicios de las Naciones Unidas, entre ellas la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo y la Conferencia Ministerial de Doha. Estas conferencias definieron para el mundo una amplia visión del futuro de la humanidad.¹⁰ Nos congratulamos de que en la Cumbre de Johannesburgo se hayan congregado pueblos tan diversos para expresar sus opiniones en una búsqueda constructiva del camino común hacia un mundo en que se respete y se ponga en práctica el concepto del desarrollo sostenible. La Cumbre de Johannesburgo ha confirmado asimismo el importante progreso realizado hacia la consecución de un consenso mundial y de una alianza entre todos los pueblos del planeta”.

Finalmente, la Declaración, profundamente influida por la ya expuesta perspectiva de la Cumbre del Milenio, hace un listado de “los grandes problemas que debemos resolver”, en que vuelve a resaltar la prioridad de la lucha contra la pobreza en la actual agenda política del desarrollo sostenible. Corresponde destacar algunos de los párrafos más directamente expresivos de la postulación política de Johannesburgo: ” 11. Reconocemos que la erradicación de la pobreza, la modificación de pautas insostenibles de producción y consumo y la protección y ordenación de la base de recursos naturales para el desarrollo social y económico son objetivos primordiales y requisitos fundamentales de un desarrollo sostenible.¹² La profunda fisura que divide a la sociedad humana entre ricos y pobres, así como el abismo cada vez mayor que separa al mundo desarrollado del mundo en desarrollo, representan una grave amenaza a la prosperidad, seguridad y estabilidad mundiales.¹³ El medio ambiente mundial sigue deteriorándose. Continúa la pérdida de biodiversidad; siguen agotándose las poblaciones de peces; la desertificación avanza cobrándose cada vez más tierras fértiles; ya se hacen evidentes los efectos adversos del cambio del clima; los desastres naturales son más frecuentes y más devastadores, y los países en desarrollo se han vuelto más vulnerables, en tanto que la contaminación del aire, el agua y los mares sigue privando a millones de seres humanos de una vida digna.¹⁴ La globalización ha agregado una nueva dimensión a estos problemas. La rápida integración de los mercados, la movilidad del capital y los apreciables aumentos en las corrientes de inversión en todo el mundo han creado nuevos problemas, pero también nuevas oportunidades para la consecución del desarrollo sostenible. Pero los beneficios y costos de la globalización no se distribuyen de forma pareja y a los países en desarrollo les resulta especialmente difícil responder a este reto.¹⁵ Corremos el riesgo de que estas disparidades mundiales se vuelvan permanentes y, si no actuamos de manera que cambiemos radicalmente sus vidas, los pobres del mundo pueden perder la fe en sus representantes y en los sistemas democráticos que nos hemos comprometido a defender, y empezar a pensar que sus representantes que sus representantes no hacen más que promesas vanas”.

5. Conclusión

Los escenarios del presente y algunas líneas que con pujanza se comprueban hoy, parecen testimoniar que, de manera más o menos soterrada o más o menos visible, las antiguas polaridades, que dificultan la producción y aplicación de las políticas públicas de sostenibilidad, entre desarrollo y protección ambiental, que desde Río 92 se pensó estaban superadas, se mantienen ahora bajo la forma de oposición entre conservación y empleo para combatir la pobreza.

El desarrollo político social en materia de protección ambiental a nivel global, y con validez tanto para el escenario mundial como para los ámbitos nacionales, demuestra que la protección del equilibrio ecológico, es un valor tipificante de las directrices más modernas de la organización socio política, más allá de las ideologías dominantes en las diversas formaciones estatales o procesos integracionistas. La protección ambiental ha evolucionado del borde al centro de los discursos y prácticas políticas.

Ello no quiere decir que no existan discursos ambientales de muy diverso signo político y que, esos diferentes discursos fundamenten, a su vez, praxis y postulaciones políticas bien diferentes e incluso contrapuestas. El Paradigma ambiental dista de ser una ideología compacta y uniforme. Por lo pronto, los principales discursos ambientales registran variaciones que van desde las posiciones reformistas hasta las radicales, esto es, desde aquellos que adhieren claramente al imperativo de actuar en respuesta a los desafíos ambientales pero que no ven igual sentido en que para ello deba construirse un nuevo tipo de sociedad y que sostiene respuestas desde y dentro de la estructura del capitalismo del libre mercado, hasta los que bregan por la total modificación de la estructura político económica.

Desde luego que a nivel internacional, en el orden de los Estados, existen más bien intereses que ideologías. No está demás, sin embargo, tener presente que la política tiene dos facetas: la lucha y el compromiso; la competencia y la construcción de consensos. La urgencia de los temas ambientales y su naturaleza absolutamente ligada a la supervivencia de la especie y las condiciones de la reproducción de la vida, predispone, sin duda, al desarrollo de los mecanismos de solidaridad. Pero el peso de los intereses (nacionales, regionales, de clase, etc.) así como de arraigadas instituciones que se unen a la praxis político estatal de la modernidad, como soberanía y frontera, inciden objetivamente como restricción a la eficacia y efectividad de las políticas ambientales. Así que el campo ambiental está llamado a ser una arena en la que estas dos fuerzas – la lucha y el consenso, el conflicto y la integración – jugarán en tensión con un final abierto al éxito o al fracaso. En esa arena, los contendientes serán varios. Sin duda estarán los Estados, pero también movimientos sociales y otros grupos, porque la agenda ambiental no ha sido nunca y nunca será, una cuestión reservada a los funcionarios o a los políticos profesionales.

Una visión de conjunto del camino recorrido, indica que muchos han sido los logros, pero restan por obtenerse metas que, desde el mismo comienzo, se han estado buscando sin éxito. A la luz de la fuerza que en los últimos años ha cobrado el tema de la gobernabilidad mundial del ambiente, se ha replanteado la gran carencia en materia institucional, al no contar el sector ambiental internacional con una entidad similar a la Organización Mundial del Comercio, Ello es un desafío que permanece y seguramente estará en la agenda internacional del porvenir.

Desde luego que el futuro de las políticas ambientales, de las agendas ambientales de la Humanidad, está esencialmente unida al grado en que los valores de paz, libertad, justicia y sostenibilidad, puedan conjugarse y realizarse en la historia y puedan realizarse democráticamente. Dryzek, a quien hemos citado tanto en este trabajo, concluye su estudio sobre los diferentes discursos o postulaciones políticas ambientales con una reflexión que viene dar cierre a este capítulo: “Una democracia ecológica borrea los límites entre los sistemas sociales y los sistemas naturales. Hay un sentido adicional en el cual la democracia ecológica es una democracia sin fronteras. Los problemas ambientales trascienden las jurisdicciones gubernamentales, por lo que estos ejercicios democráticos pueden necesitar ser constituidos en orden a ajustar el tamaño y alcance de problemas particulares. Cuando la autoridad establecida en una jurisdicción gubernamental es recalcitrante a estos ajustes, entonces tal construcción democrática deberá ser construida por el trabajo opositor de las fuerzas de la democracia ecológica. El impacto de las ONGs en política internacional (realizada en la discusión del Desarrollo Sostenible) puede ser entendida en estos términos. Cuando pasamos a la política en la acción local, la forma organizacional más apropiada puede ser la de red. Esta suerte de democracia sin fronteras, es claramente muy diferente a las instituciones establecidas por y en la sociedad industrial todavía dominante. No obstante, los discursos, incluidos los ambientales, ayudan a constituir y reconstituir el mundo lo mismo que a las instituciones formales y las fuerzas económicas. Y en el campo del discurso, como lo hemos visto, el comienzo de la democracia ecológica esta ya presente. El ambientalismo ya florece en oposición al industrialismo, pero falta todavía mucho para hacer si es que la sociedad industrial dará paso a una sociedad ecológica”³⁵².

³⁵² Dryzek, op cit., p.201.

CAPÍTULO III
PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AMBIENTAL

PRINCIPIOS DE DERECHO AMBIENTAL

Por Néstor A. Cafferatta

1. Concepto De Los Principios Jurídicos

Antonio BENJAMÍN sostiene que “las disciplinas modernas (el derecho del consumidor, el derecho de competencia y el derecho ambiental) aparecen y se afirman sobre una estructura triple. Primero, es necesario establecer ciertos objetivos (sociales, políticos, económicos, éticos, sociológicos, etc.) que se pretenden alcanzar. En segundo lugar, cabe estructurar principios jurídicos, encargados de dar sustento dogmático (constitucional y legal) a la disciplina. Tercero, se impone diseñar un conjunto de instrumentos, destinados a viabilizar, en el campo real de los conflictos humanos, esos objetivos y principios. Sin embargo, relacionándose entre sí, objetivos, principios e instrumentos ambientales no se confunden. Es preciso, pues, tener cuidado para no tomar uno por el otro. Dicho de modo simple y directo, una disciplina funcional, como es el derecho ambiental, establece instrumentos, basados en principios, para alcanzar los objetivos que la orientan. Ni más, ni menos”.

“El Derecho, como ciencia humana y social, se pauta también por los postulados de la Filosofía de las Ciencias, entre los que está la necesidad de principios constitutivos para que la ciencia pueda ser considerada autónoma y sea, suficientemente desenvuelta para existir por sí y situándose en un contexto científico dado. Luego por esas vías que, del tronco de venas y tradicionales ciencias, surgirán otras afines, agregados que enriquecen la familia; tales como los hijos, crecen y adquieren autonomía sin, con todo, perder los vínculos con la ciencia madre. Por eso, el natural empeño de legitimar el Derecho del Ambiente como rama autónoma del árbol de la ciencia jurídica, tiene a los estudiosos en desbrozar para identificar los principios o mandamientos básicos que fundamentan el desenvolvimiento de la doctrina que da consistencia a sus concepciones”³⁵³.

Se ha dicho con razón que “ninguna ley de orientación, deja de mencionar los “grandes principios” o como se ha calificado - según la doctrina del Consejo de Estado francés -, “principios fundamentales de ley”, o de manera más amplia, principio deontológico fundamental, exigencias fundamentales, principios generales del derecho, reglas con valor constitucional, principios elementales del derecho: el ambiente no escapa a esta pasión, contribuyendo sólidamente a esta actividad creadora”³⁵⁴.

Podrá observarse que no es necesario que dichos principios integren el derecho positivo, “porque el desorden aparente es signo de libertad y de vitalidad”; pero el jurista, “tiene necesidad de pilares firmes”, “entonces busca orden, extraer algunas ideas fuerza,

³⁵³ MILARÉ, Édís: “Derecho do Ambiente”, p. 94, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

³⁵⁴ MORAND DEVILLER, Jacqueline: “Los Grandes Principios del Derecho del Ambiente y del Derecho del Urbanismo”, en Estudios, p. 483, traducida por Aída KEMELMAJER de CARLUCCI.

comparando, distinguiendo, a fin de apreciar el lugar que ocupan los principios generales o fundamentales en el derecho ambiental”; “si responden a la necesidad de pilares estables para reaccionar contra la complejidad y la inseguridad jurídica, si los grandes principios se emplean cada vez más en el derecho, nos aseguran cuando estamos inquietos, nos estimulan cuando nos falta imaginación ¿Por qué –pregunto-, renunciar a utilizar estas pociones mágicas?”³⁵⁵

Homero BIBILONI³⁵⁶ nos recuerda que según el Diccionario de la Real Academia Española, los principios son la base, el origen o la razón fundamental sobre la cual se procede en cualquier materia. También la causa y el origen de algo; pudiendo resultar cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes.

Siguiendo las enseñanzas de Juan LINARES³⁵⁷, señala que la noción de principios en general puede tener diversos sentidos: a) “la tradición, del derecho natural, del ideario liberal, de operaciones constructivas inductivo- deductivas o por analogía, respecto a ciertas leyes y fallos, de la doctrina, de valoraciones, actitudes y creencias colectivas vigentes, que se concretan en opinión pública, del derecho comparado e incluso de SLOGANS y estereotipos políticos que se van proponiendo y entran en el campo de las creencias sociales”; b) “valoraciones conceptuales y tipificadas”; c) “descripción de acciones típicas con sentidos de justicia o injusticia, moralidad o inmoralidad, prudencia o imprudencia, buena o mala política jurídica, que sirven de pautas para interpretar el derecho en caso de leyes oscuras o insuficientes”; d) enunciados de ciertos cometidos o fines del Estado que se valoran como justos, y que deben perseguir, cada uno dentro de su competencia, los órganos del Estado”.

En el mismo sentido³⁵⁸, se apunta que la voz “principio” puede tener muchos usos. “Tienen una función evocativa de los valores fundantes de un ordenamiento jurídico, también alude al inicio de algo que comienza, a las nociones básicas de una ciencia (principios de ética o de matemática), a los caracteres esenciales de un ordenamiento que representan su “espíritu”. En la jurisprudencia el principio es concebido como una regla general y abstracta que se obtiene inductivamente extrayendo lo esencial de las normas particulares, o bien como una regla general preexistente. Para algunos son normas jurídicas, para otros reglas del pensamiento, para algunos son interiores al ordenamiento mientras que para otros son anteriores o superiores al ordenamiento”.

³⁵⁵ MORAND DEVILLER, Jacqueline: ob. cit., p.484.

³⁵⁶ BIBILONI, Homero: “Los Principios Ambientales y la interpretación. Su aplicación política y jurídica”, J.A, 2001-I-1081.

³⁵⁷ LINARES, Juan F. “Fundamentos del Derecho Administrativo”, p. 105, 166 y conc., Astrea, 1975.

³⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 258, Rubinzal- Culzoni, 1995.

Docentemente Rodolfo VIGO³⁵⁹ destaca que: “A pesar de la multiplicidad de concepciones y la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador para actuar”. En ese mismo sentido, “tienen carácter fundamentales o postulados universales. Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares³⁶⁰”.

Enseña Julio C. RIVERA³⁶¹: “Ahora bien, ¿qué es un principio de Derecho? Es una idea rectora, o en otras palabras, principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación existente o posible (Larenz). La segunda cuestión que se plantea es: ¿de dónde emanan esos pensamientos rectores que se califican de principios generales? Al respecto existen dos concepciones posibles, la ius naturalista y la positivista. Para la corriente que podríamos denominar ius naturalista, representada entre otros por Geny, Del Vecchio, Aftalión, García Maynes, los principios generales del derecho son los principios del Derecho natural, como aparecía reconocido en el artículo 7º del Código Civil austríaco de 1811, y en el artículo 15 del Código sardo de 1837. “En corriente de opinión semejante, se alude a principios que emanan de la idea de justicia (Guastavino) o de la naturaleza de las cosas”.

Los principios son ideas directrices, que sirven de justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; son, pues, pautas generales de valoración jurídica. Líneas fundamentales e informadoras de la organización³⁶² que inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos³⁶³. Para ESSER³⁶⁴ son criterios o justificaciones de una directiva del obrar humano ante una situación determinada. En otras palabras, “razones que justifican decidir una cuestión en un sentido o en otro y que no necesariamente se encuentran positivados”.

³⁵⁹ VIGO, Rodolfo: “Los principio generales del Derecho”, JA, 1986-III-868; también cita a SAUX, Edgardo: “Los principios generales del derecho civil”, LL, 1992-D-839.

³⁶⁰ CAÑIZA, Hugo Enrique – MERLO FAELLA, Ricardo: “Derecho Ambiental. Con especial énfasis en la legislación paraguaya”, p. 169, Marben Editora, 2005.

³⁶¹ RIVERA, Julio César: “Instituciones de Derecho Civil”, p. 141, Abeledo- Perrot, 1998.

³⁶² PRADO, Juan José - GARCIA MARTINEZ, Roberto: “Instituciones de Derecho Privado”, cap. III, p. 31, Principios Generales del Derecho, Editorial Eudeba, 1985.

³⁶³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo: “Los principios generales del derecho del trabajo”, Revista de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Año 2, N° 3, p. 35, mayo 1979.

³⁶⁴ ESSER, Josef: “Principio y norma en la elaboración jurisprudencia del Derecho Privado”, p. 57, Bosch, Barcelona, 1961.

También se dijo³⁶⁵, acentuando los caracteres de simplicidad y de alta jerarquía, que “los principios constituyen una “armazón”, una “arquitectura” del ordenamiento jurídico privado”. Aunque “los principios, como su propio nombre lo indica, se oponen a algo acabado, terminado, son ideas germinales”.

El profesor de Oxford, DWORKIN³⁶⁶ “uno de los adalides de la tesis de los principios jurídicos desde hace más de treinta años, llama principio a un estándar que ha de ser observado, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. Por ello se dice que los principios, poseen una estructura abierta y flexible³⁶⁷; no obstante lo cual también se afirma, que los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del “peso” o importancia³⁶⁸. Pero, por aquel carácter, no puede establecerse en abstracto una jerarquía entre los principios, y eso hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación³⁶⁹.

Como lo señala Héctor SABELLI, los principios no pueden aplicarse lógico - deductivamente como las reglas³⁷⁰. Así, los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma de aplicación de los principios³⁷¹. Los jueces los sopesan, los ponderan, para poder decidir cuál aplicar al caso y en qué medida.

Seguimos ahora la exposición del Juez de Santa Catarina, Alexandre MORAES DA ROSA³⁷²: “Importa con mayor precisión”, recordar la diferenciación que Robert Alexy, “hace entre reglas y principios, cuya perfecta comprensión es basilar para la

³⁶⁵ LORENZETTI, Ricardo L., “Las Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 259, Rubinzal- Culzoni, 1995. En relación a la última frase, se refiere a BETTI, Emilio: “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, p. 283, en Revista de Derecho Privado, Edersa, Madrid, 1975.

³⁶⁶ DWORKIN, Ronald: “Los derechos en serio”, traducido del inglés por Marta Guastavino, p. 72 y ss, Ed. Ariel, Barcelona, 1989 – citado por SABELLI, Héctor E., en un excelente artículo: “Excepciones a la pesificación, emergencia y principios jurídicos”, enero 29 de 2003 – JA 2003-I, fascículo n. 5.

³⁶⁷ CIANCIARDO, Juan: “La Corte Suprema y el constitucionalismo de principios”, ED 182-693.

³⁶⁸ DWORKIN, Ronald: ob. cit, en nota 6, p. 77.

³⁶⁹ ZAGREBELSKI, Gustavo: “El derecho dúctil”, traducido del Italiano por M. Gascón Abellian, p. 124, Editorial Trotta, Madrid 1995.

³⁷⁰ SABELLI, Héctor E. ob. cit. p. 25.

³⁷¹ ALEXY, Robert: “El concepto y la validez del derecho”, traducido del alemán por Jorge M. Ceña, p. 75, Editorial Gedisa, Barcelona 1997. Es que, como lo señala LORENZETTI, Ricardo L., “La Normas Fundamentales de Derecho Privado”, p. 262, Rubinzal- Culzoni, 1995, “son normas prima facie, sin una terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completadas”. BETTI, Emilio, “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, Revista de Derecho Privado, p. 287, Edersa, Madrid, 1975, dice que los principios son criterios de valoración que se caracterizan por su excedencia de contenido deontológico; por ello hay que medirlo, establecer su relación con otros principios y reglas para llegar a su contenido.

³⁷² MORAIS DA ROSA, Alexandre: “Princípios ambientais, Direitos Fundamentais, propriedade e abuso de direito: po una leitura a partir do garantismo jurídico (Ferrajoli)”, p. 46, en obra colectiva: “Direito Ambiental em evolução”, 3, bajo la coordinación de Vladimir PASSOS DE FREITAS, Jurua Editora, 2002.- Cfr. ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, p. 81- 87, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

aplicación de los Derechos Fundamentales. Para empezar, tanto las reglas como los principios representan juicios de deber ser, manifestando, con todo, las diferencias de carácter cualitativo.

En cuanto a las reglas son “normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que exige, ni más ni menos. Por lo tanto las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible; los principios, a su turno, se materializan por normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.

La doctrina actual es coincidente en que los principios son normas. Así, la concepción normativista asigna al principio el valor de una norma. Aunque no se ponen de acuerdo en punto a la cuestión de determinar qué tipo de normas constituyen. Algunos autores han adoptado una solución negativa: los principios generales del derecho comprenden todo el conjunto normativo no formulado de normas, o sea aquel impuesto por la comunidad, que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre. Por último, una corriente de opinión, sostiene que los principios condensan elementos lógicos del ordenamiento. Sin embargo, como bien lo ha señalado Carlos COSSIO, la lógica provee de conocimientos mientras que los principios se refieren a juicios estimativos que sirven para regular comportamientos³⁷³.

En este aspecto, como una forma de directriz, el Magistrado del Poder Judicial Federal de Méjico, Neófito LÓPEZ RAMOS³⁷⁴, sintetiza lo dicho, destacando que el mismo Alexy³⁷⁵, concibe a los principios como mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas

2. Función Que Cumplen Los Principios

La función que cumplen los principios, brevemente resumida es la siguiente: a) función informadora; b) función de interpretación; c) los principios como filtros; d) los

³⁷³ Seguimos el estudio de LORENZETTI, Ricardo L., op. cit., “Los principios como normas”, p. 261, con especial referencia a COSSIO, Carlos, “La plenitud del ordenamiento”, p. 245, Losada.

³⁷⁴ LÓPEZ RAMOS, Neófito: “Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica”, del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental”, Buenos Aires, 23 y 24 de septiembre 2003. ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, N° 5, p. 143, Doxa, 1988. También LORENZETTI, Ricardo L., op. cit., p. 262, sigue esta línea de pensamiento: “Es decir que los principios son normas, pero de un tipo especial. Tiene una estructura deontológica puesto que señalan un deber ser, pero son distintas que las reglas porque éstas pueden ser cumplidas o incumplidas de un modo claro. El principio en cambio, ordena que algo sea cumplido en la mejor medida posible; es la búsqueda de lo óptimo”.

³⁷⁵ ALEXY, Robert: “Teoría de los derechos fundamentales”, versión castellana de Ernesto GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.

principios como diques; e) los principios como cuña; f) los principios como despertar de la imaginación creadora; g) los principios como recreadores normas obsoletas; h) capacidad organizativa / compaginadora de los principios; i) los principios como integradores³⁷⁶.

A su vez, LORENZETTI³⁷⁷, destaca entre estas funciones: “- función integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; - función interpretativa: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; - función delimitativa: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constituyen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; - función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas”.

En ese sentido, Julio C. RIVERA³⁷⁸, expresa lo siguiente: “como fuente se sostiene generalmente que los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres, como lo señala el artículo 16 CC. Ello así pues los jueces no pueden dejar de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley (artículo 15). Sin embargo esta tesis es controvertida; un estudioso español señala que cuando el Código Civil enuncia los principios generales del Derecho no importa decir que ellos son fuente como la costumbre y la jurisprudencia, sino que indica al juez cómo suplir las lagunas de la ley”.³⁷⁹

“Pero no son fuente porque no son forma de creación o producción del Derecho, sino raíz o fundamento donde deriva la validez intrínseca o racional del contenido de las normas jurídicas particulares (García Valdecasas). Y cuando el juez tiene que resolver una cuestión que no está resuelta por norma legal y consuetudinaria, los principios generales sólo le proporcionan una fuente remota de inspiración para la decisión que ha de tomar y un fundamento último en que apoyarse. Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico. Pero, por su alto grado de abstracción los principios no pueden suministrar la solución exacta del caso, la cual en gran medida deberá ser obra de la creatividad del juez”.

Por último, este notable civilista argentino³⁸⁰, explica que “normalmente los principios generales servirán como elemento de interpretación de la ley y en ese sentido, ello trae dos consecuencias fundamentales: - las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas se resolverán en base a los principios generales; - el principio general inspirador de una disposición que ofreciere dudas dará la clave para su

³⁷⁶ PRADO- J. GARCÍA MARTÍNEZ, R., ob. cit, p. 31-41.

³⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 263.

³⁷⁸ RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho civil”, p. 143, Abeledo- Perrot, 1998.

³⁷⁹ Las referencias normativas en el presente párrafo, corresponden al Código Civil argentino.

³⁸⁰ RIVERA, Julio C., ob. cit., p. 144.

interpretación”. Más adelante, señala además, “porque en buena lógica, no debe existir contradicción entre los principios informadores del ordenamiento y las normas particulares por ellos informadas. Y si tal contradicción existiera, o sea que una ley o costumbre infringiera una regla del derecho natural o un principio del ordenamiento positivo, el conflicto debería decidirse a favor del principio general, superior por su propia validez o su fuerza intrínseca (García Valdecasas)”.

En resumen, las funciones de los principios, son concebidas de tal forma que “de faltar cambiaría el carácter de una institución o de todo el derecho”, la consecuencia práctica es o debe ser que el principio se erige en criterio preferente para la interpretación de las normas singulares de su grupo o institución, por cuanto se supone que dota de sentido unitario y coherente al conjunto normativo³⁸¹. De esa manera, se concluye, el derecho ambiental debe tener preeminencia o mayor peso por grado sobre los derechos de propiedad o de industria, por ejemplo, y ese efecto irradia el texto constitucional, e influyen su interpretación en sede judicial o administrativa sobre el contenido y alcance de esos derechos³⁸².

Sirven como criterio orientador del derecho para el operador jurídico. Constituyen el fundamento o razón fundamental del sistema jurídico ambiental. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste su verdadera significación. La primera función que cumplen los principios es la de orientar al legislador para que las leyes que se dicten se ajusten a ellos. Tienen una función interpretadora, operando como criterio orientador del juez o del intérprete.

“En general, se le adjudica este carácter de fundante de la actividad legislativa; son pensamientos directores de una regulación posible. Son fundamentales, además, porque controlan el excesivo activismo judicial confiriéndole un marco de actuación”³⁸³. “Los principios del Derecho serían entonces las ideas receptoras o pensamientos directores de la regulación en orden a la consecución de la idea de Derecho”³⁸⁴.

Los principios generales, y en especial los principios generales propios de una rama especial del derecho (principios específicos), sirven de filtro o purificador, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que, quieran aplicarse a la rama específica. Suelen servir como diques de contención, ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas del derecho. No solamente sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones, sino que

³⁸¹ LÓPEZ RAMOS, Neófito: “Procesos constitucionales y protección ambiental en Latinoamérica”, del Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental”, Buenos Aires, 23 y 24 de septiembre 2003.

³⁸² LÓPEZ RAMOS, Neófito, ob. cit. p. 9, que asimismo señala que ese efecto de irradiación es identificado por Robert ALEXI en su “Teoría de los derechos fundamentales”, versión castellana de Ernesto GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 86.

³⁸³ LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 263.

³⁸⁴ RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho civil”, p. 145, Abeledo- Perrot, 1998.

también actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación, de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de las fronteras de la especialidad.

En cuanto a la obligatoriedad de los principios, DWORKIN³⁸⁵ apunta que “Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir, que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta si viene al caso como criterio que lo determine a inclinarse en uno u otro sentido”. Finalmente se ha dicho que la juridicidad de los principios viene de su intrínseca razonabilidad³⁸⁶. Los operadores del derecho (jueces, legisladores, abogados), recurren constantemente a ellos por su capacidad para guiar racionalmente su actividad³⁸⁷.

Al aplicar un principio jurídico a un caso, el juez da vida a ese principio, da vida al derecho, en el sentido afirmado por ZAMPAIO FERRAZ JR³⁸⁸. Por otra parte los principios fortalecen el valor de seguridad jurídica de todo el ordenamiento, ya que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad³⁸⁹.

GARCÍA DE ENTERRÍA³⁹⁰, señala que: “tienen a la vez los principios generales así entendidos una capacidad heurística: para resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución; inventiva: para organizar o descubrir combinaciones nuevas; organizativa: para ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica; son ellos los que prestan a ésta su dinamicidad característica, su innovación y su evolución incesantes”.

BIANCHI – IRIBARNE³⁹¹, nos recuerdan que este notable jurista los ha llamado: “órganos respiratorios del derecho”. Y que el mismo ESSER los denomina “ventanas” del ordenamiento, expresión que gráficamente expresa su función de apertura.

Los principios de derecho, suelen además, servir para “desbrozar toda la selva legislativa que forma la legislación moderna”, según PRADO – GARCÍA MARTÍNEZ, en la cual existe una sobreabundancia de normas de difícil conocimiento y comprensión. Asimismo para compaginar, comprender, interpretar y ordenar esa “LEGISFERACIÓN furibunda”, habiéndose aludido en el caso del derecho ambiental, a un “aluvión

³⁸⁵ DWORKIN, Ronald, ob. cit, pág. 77.

³⁸⁶ SABELLI, Héctor, ob. cit, p. 26.

³⁸⁷ RABBI-BALDI- CABANILLAS, Renato: “El Derecho como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”, en obra colectiva Las razones del derecho natural, p. 33, Editorial Ábaco 2000.

³⁸⁸ ZAMPAIO FERRAZ JR, Tercio, “O justo è o belo”, ponencia presentada en las XIV Jornadas Argentinas de Filosofía, jurídica y Social, Mar del Plata, Octubre de 2000.

³⁸⁹ SABELLI, Héctor ob. cit., p. 27.

³⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, p. 194, N° 40, Revista de Administración Pública, Madrid.

³⁹¹ BIANCHI, Enrique P.- IRIBARNE, Héctor P. “El principio general de la buena fe y la doctrina “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”, ED, 8/11/83.

legislativo”³⁹² derivadas de fuentes diversas.- Por todo ello, es imprescindible contar con un fuerte cuerpo de principios generales que permitan poner en buen orden “ese magma de normas”, esa “legislación motorizada”, parafraseando al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA. Por último, los principios generales del derecho cumplen una función muy importante que es la de actuar como “integradores” cuando existen lagunas en el derecho positivo.

3. Principios En El Derecho Ambiental Internacional

Alfredo H. RIZZO ROMANO³⁹³, explica que “los convenios internacionales son la primera y primordial fuente del derecho internacional público. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia las menciona en el siguiente orden: 1) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; 2) La costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; 3) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. A continuación se refiere a los dos medios auxiliares: la jurisprudencia y la doctrina internacionales, sin restringir la facultad de la Corte de resolver un litigio “ex aequo et bono”, “si las partes así lo convinieren”. Los principios generales del derecho, fuente sumamente controvertida³⁹⁴, de carácter subsidiario y supletorio, fueron mencionados ya por la Convención XII de la Haya (1907: artículo 7) y en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (1920: Comité de Diez Juristas), y la “jurisprudencia internacional, tanto anterior como posterior a 1920, no se ha manifestado claramente sobre la naturaleza de estos principios”³⁹⁵.

Cabe agregar que Charles ROUSSEAU³⁹⁶, señala que los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” se refiere a aquellos “que ya forman parte del orden jurídico vigente” en los Estados que revisten tal carácter y forman parte de la comunidad internacional y no debe confundirse con los principios del derecho internacional, como sostiene Le Fur. Para Hans KELSEN³⁹⁷, “probablemente, se supone que estos principios generales del derecho son la fuente suplementaria del derecho internacional, a aplicarse si las otras dos – tratado y costumbre -, no pueden ser aplicadas”.

³⁹² ROCCA, Ival – DUFRECHOU, Roberto: “La responsabilidad civil por agresión en el derecho ambiental latinoamericano”, Revista Jurídica El Derecho, 106-999, Argentina.

³⁹³ RIZZO ROMANO, Alfredo H., “Manual de Derecho internacional Público”, p. 796, Plus Ultra, 1983.

³⁹⁴ RIZZO ROMANO, Alfredo H., ob. cit., p. 797.

³⁹⁵ REUTER, Paul: “Derecho Internacional Público”, p. 85 y sig., Ed. Bosch, Barcelona, 1962.

³⁹⁶ ROUSSEAU, Charles: “Derecho Internacional Público”, p. 66 y sig., Editorial Ariel, 1966.

³⁹⁷ KELSEN, Hans: “Principios de Derecho Internacional Público”, p. 262, Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1965.

Por último, se recuerda³⁹⁸ que “algunos autores como M. DIEZ DE VELASCO³⁹⁹ destacan el carácter problemático de los mismos, con apoyo en la discusiones producidas en la Conferencia de La Haya 1930, así como a las opiniones encontradas respecto al contenido y delimitación de estos principios, que plantean autores como SÖRENSEN, aunque el maestro de Madrid, reconoce que – en la actualidad- “no cabe duda de que se trata de una fuente del Derecho Internacional, máxime después de su reconocimiento por el propio Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia”.

Pero frente a la “relativa falta de normas de Derecho Internacional común” (pese a que actualmente pueden individualizarse más normas aplicables en este campo), Ernesto REY CARO⁴⁰⁰ expresa que “conviene aclarar que el cuerpo normativo de origen convencional”, formado por muchos tratados y otros instrumentos convencionales que establecían derechos y obligaciones para los Estados (y que constituyen un núcleo de reglas “particulares” fácilmente identificables), “que se fue acrecentando en forma impensable con el correr de los años, tuvo una influencia extraordinaria en la evolución del Derecho Internacional ambiental, sin perjuicio de que tales reglas de conducta contribuyeran a la formación de normas consuetudinarias. Igual reflexión cabe en relación a la gran cantidad de “principios” contenidos en los instrumentos internacionales de la más variada naturaleza emanados de las conferencias internacionales, o de resoluciones y recomendaciones de diversos órganos de organizaciones internacionales intergubernamentales y aún de las no gubernamentales, tanto referidas a aspectos generales como puntuales de la problemática. Su contribución al desarrollo del Derecho Internacional ambiental ha sido realmente trascendente”.

El conocido jurista español, Juan CARRILLO SALCEDO⁴⁰¹ por su parte, dice que los principios “expresan las aspiraciones de política jurídica de la mayoría de la comunidad internacional y ponen de manifiesto en todo caso, la necesidad de nuevas normas que reflejen el asentimiento general”.

Aunque debe reconocerse que en el ámbito del Derecho Internacional Común hasta el momento no se ha logrado un Tratado que recepte los grandes principios que

³⁹⁸ RIZZO ROMANO, Alfredo H., ob. cit., p. 68.

³⁹⁹ DIEZ DE VELASCO, Manuel: “Instituciones de Derecho Internacional Público”, Tomo I, p. 89, Tecnos, Madrid, 1982.

⁴⁰⁰ REY CARO, Ernesto J., su trabajo “Introducción al Derecho Ambiental Internacional”, p. 26, en obra colectiva “Derecho Ambiental Internacional. Nuevas Tendencias”, Lerner, 1998. En esta reseña introductiva no pueden omitirse los llamados “códigos de conducta”... Igual consideración merecen los “planes de acción” y “estrategias”, en cuanto contribución para la instrumentación de las normas y principios y orientación de las conductas estatales”. Así por ejemplo, la Estrategia Mundial para la conservación; Plan de Acción de Mar del Plata de Naciones Unidas sobre el agua; Plan de Acción para la protección del medio marino y las áreas costeras del Pacífico Sudeste de la Comisión Permanente del Pacífico sur; El Plan Azul del Mediterráneo, etc.; y, los Programas de Acción en materia ambiental de diversos organismos internacionales como la UNESCO, PNUMA, OMS, OCDE, OIT, OMM, etc. JAQUENOD DE ZSÓGON, Silvia: “El Derecho Ambiental y sus principios rectores”, p. 121, Dykinson, Madrid, 1991.-

⁴⁰¹ CARRILLO SALCEDO, Juan A., “Curso de Derecho internacional Público”, p. 133, Madrid, 1992.

deben regir la conducta de los Estados en la materia. Y que continúa siendo la normativa sectorial de origen convencional, el terreno en que se registran los mayores progresos en la materia. No obstante, ello no constituye un signo de retroceso, pues la multiplicidad de tratados y otros instrumentos de alcance general o regional aplicables a espacios determinados o a cuestiones puntuales, ha dado un gran impulso al Derecho Internacional medioambiental. A su vez, la interrelación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos, se ha consolidado gradualmente. La eficacia de las normas internacionales medioambientales depende esencialmente de la instrucción que de ellas efectúen los derechos estatales⁴⁰².

En ese orden, se enfatiza⁴⁰³ que si bien las fuentes del derecho Ambiental Internacional son las mismas que las del Derecho Internacional (tratados, costumbres, principios generales de derecho, resolución de organismos internacional), se advierte que los tratados y los principios generales son sus dos fuentes principales. Y que a su vez, los principios generales adquieren un *modus operandi* particular.

Ampliando Adriana TRIPELLI⁴⁰⁴ puntualiza que: “En efecto, recordemos que el Derecho Ambiental Internacional ha logrado en un lapso breve la consolidación progresiva de conceptos y normas que inicialmente se presentaron como principios programatorios que luego, y en forma bastante vertiginosa, se transformaron en normas positivas innovadoras por su contenido. Principios generales como el de prevención, precaución, prevención del daño transfronterizo, Evaluación de Impacto Ambiental, equidad intergeneracional, contaminador-pagador, cooperación internacional, entre otros, fueron las primeras expresiones normológicas del Derecho Ambiental Internacional”.

“Con el transcurso del tiempo se han ido consolidando una serie de principios fundamentales en materia de protección del medio ambiente que, pese a su generalidad, constituyen parámetros jurídicos a los que deben ajustarse los comportamientos de los sujetos del ordenamiento internacional”⁴⁰⁵. Estos principios tienen origen en principios de

⁴⁰² REY CARO, Ernesto J., ob. cit., p. 81- 82.

⁴⁰³ TRIPELLI, Adriana: “Los principios rectores ambientales de la corte Internacional de Justicia”, inédito en prensa, p. 5-6, Revista de Derecho Ambiental Lexis Nexis / Instituto de Derecho por un Planeta Verde.

⁴⁰⁴ TRIPELLI, Adriana: “Los principios rectores ambientales de la corte Internacional de Justicia”, p. 5-6.

⁴⁰⁵ JUSTE RUIZ, José: “Derecho internacional del Medio ambiente”, ob. cit., nota 1, p. 63; cuya opinión recogemos del excelente trabajo de Adriana TRIPELLI.- Este autor sostiene que “El carácter “soft” del Derecho Internacional del Medio Ambiente se manifiesta así en una primera dimensión, en aquellos supuestos en los que las normas de que se trata están todavía en gestación, sin haber culminado definitivamente el proceso forma de consolidación de los mismos”. Pero más adelante destaca que es práctica internacional, que las normas ambientales aparezcan “en numerosas ocasiones a través de procedimientos informales y se formulan en instrumentos jurídicos de carácter no obligatorio, configurando un derecho “programático”, donde las reglas ya consolidadas no se distinguen con claridad de los principios en formación, pero donde unos y otros actúan a modo de “vasos comunicantes”.- En ese mismo sentido, REY CARO, Ernesto J. “Introducción al Derecho internacional Ambiental”, en obra colectiva “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Lerner, 1998, p. 29, nos dice que “ab initio hubo cierto consenso en derredor a que el bagaje normativo del Derecho internacional del medio ambiente estaba

ordenamientos jurídicos internos que luego, por su acatamiento por parte de la mayoría de los Estados, se transforman en principios generales del Derecho Internacional⁴⁰⁶.

El jurista español JUSTE RUIZ⁴⁰⁷ agrega que “ha aparecido así un creciente número de reglas internacionales que obligan a los Estados no solamente sin acepción de fronteras, sino también precisamente en el interior de sus fronteras, ya que el medio ambiente de cada Estado forma parte indisociable del patrimonio ecológico mundial”.

Generados en la idea misma de Derecho (del que tiene ropaje privilegiado el derecho ambiental). O en el derecho interno de los Estados (el principio precautorio, que surge en Alemania en la década del '70). O que se los considere como principios propios del Derecho internacional (el de prevención de daño transfronterizo, por ejemplo)⁴⁰⁸, no cabe dudas que, como lo sostiene la misma Adriana TRIPELLI⁴⁰⁹, “estos principios son los que motorizan en el caso del Derecho Ambiental internacional, su creciente evolución”.

Por último, “aunque conviene guardar mucha cautela en cuanto a la naturaleza de tales principios, cuyo contenido no está por el momento muy definido”, podemos señalar algunos principios que se consideran aplicables a la cuestión, a cuyo fin seguimos las señeras enseñanzas de Ernesto J. REY CARO⁴¹⁰.

La regla general de la responsabilidad internacional por daños causados a otros Estados⁴¹¹, fundada en la máxima “sic utere tuo ut alienum no laedas”, que tuvo marcada

integrado tanto de un “hard law” como de un “soft law”.- Cfr. KISS, Alexandre Charles “Los principios generales del derecho del medio ambiente”, p. 78, en Cuadernos de Cátedra J. B. Scott, Valladolid, 1975.

⁴⁰⁶ PASTOR RIDRUEJO, J., “Fundamentación del Derecho de Gentes y la jurisprudencia Internacional”, p. 1413, en Anuario IHLARI, N^o 4, 1973.- Según CONFORTI, Benedetto: “Derecho Internacional”, p. 60, edición en español, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1998: “... dos condiciones o requisitos deben subsistir para que puedan aplicarse principios estatales a título de principios generales del derecho internacional. Es necesario que tales principios estatales existan y sean uniformemente aplicados en la mayoría de los Estados; en segundo lugar, y esta es la condición más característica, es necesario que sean considerados obligatorios y necesarios incluso desde el punto de vista del derecho internacional, es decir, que defiendan valores e impongan comportamientos que los Estados consideren que son defendidos o impuestos, o al menos necesarios también en el plano internacional”, cfr. TRIPELLI, Adriana, ob. cit. supra, quien los resume en los siguientes: 1) que esté uniformemente presente en la mayoría de los Estados y 2) que sea sentido como obligatorio por la comunidad internacional.

⁴⁰⁷ JUSTE RUIZ, José “La evolución del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en obra colectiva “Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo”, Homenaje al Prof. M. DIEZ DE VELASCO, 1993, p. 404.

⁴⁰⁸ NOVAK TALAVERA, Fabián, GARCÍA, Luis, MOYANO, Corrochano, en Derecho Internacional Público, Tomo I Introducción y Fuentes, Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial 2000, San Miguel, 2000, pág. 345. que distinguen estas tres categorías de Principios Generales.

⁴⁰⁹ TRIPELLI, Adriana: véase el enjundioso trabajo citado ut supra, p. 8.

⁴¹⁰ REY CARO, Ernesto J., “Introducción al Derecho Internacional Ambiental”, p. 30- 49, en obra colectiva “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Lerner, 1998.

⁴¹¹ KISS, Alexandre C., “Los principios generales del derecho del medio ambiente”, en Cuadernos de Cátedra J. B. Scott, Valladolid, 1975, p. 25.

influencia en el fallo del Tribunal Arbitral en el caso de la Fundición Trail Smelter⁴¹², en virtud del cual “ningún Estado tiene derecho a usar de su territorio o a permitir el uso del mismo, de suerte que las emanaciones de humos causen un perjuicio en el territorio de otro Estado o a las propiedades de las personas que allí se encuentren, siempre que se trate de consecuencias graves y el perjuicio sea demostrado por pruebas claras y convincentes”. Pronunciamientos posteriores de tribunales internacionales reiteraron este principio. Este principio ha sido recogido por la Declaración de Estocolmo (principio 21)⁴¹³, y la Declaración de Río (principio 2)⁴¹⁴. Y, también incorporado en el artículo 3 de la Convención sobre Diversidad Biológica.

De esta regla, derivan el concepto de “desarrollo sustentable” (principios 3 y 4 Declaración de Río)⁴¹⁵, y el principio de la responsabilidad común pero diferenciada de los Estados en la cooperación para la protección del medio ambiente (principio 7 de la Declaración de Río)⁴¹⁶.

⁴¹² Tribunal Arbitral: Asunto relativo a la Fundición de Trail, Decisión del 11 de marzo de 1941. Similar posición ha sido adoptada por el TIJ en sus sentencia del 9 de abril de 1949 – cuestión de fondo, en el Asunto relativo al Canal de Corfú, al señalar que “todo Estado” “tiene la obligación de “no permitir que se utilice su territorio para fines contrarios a los derechos de los otros Estados”, según la cita de DRNAS DE CLÉMENT, Zlata: “La diligencia debida como eje de articulación entre el ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales producidas por actos no prohibidos por el Derecho Internacional”, 120- 121, en obra colectiva “Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias”, Lerner, 1998.- El caso Canal de Corfú, que enfrentó el Reino de Gran Bretaña contra Albania, es mencionado también por TRIPELLI, Adriana, op. cit., p. 10, destacando que esta jurisprudencia se tradujo, posteriormente, en un principio más nuevo y preciso, el “principio del daño ambiental transfronterizo”. Este último, fue confirmado por la Corte, en 1996, en el caso “Legalidad de la amenaza o empleo de armas nucleares”, reafirmado en 1997, en el caso “Gabcikovo (Checoslovaquia) - Nagymaros” (Hungría) y es el que inspiró el reclamo realizado por Nueva Zelanda contra Francia en 1995 en el conflicto sobre ensayos nucleares.

⁴¹³ Principio 21, Declaración de Estocolmo. “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del Derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano a explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se llevan a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

⁴¹⁴ Principio 2 Declaración de Río. “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del Derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional”.

⁴¹⁵ Principio 3 Declaración de Río. “El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equilibradamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. Principio 4 Declaración de Río: “A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada”

⁴¹⁶ Principio 7 Declaración de Río. “Los Estados deberán cooperar con espíritu solidario mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.

También está ligado con la cuestión de la existencia/ inexistencia de un principio general de Derecho Internacional que obligue a los Estados a conservar y mejorar el Medio Ambiente. Así por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, ha receptado la obligación de no contaminar⁴¹⁷. Aunque es de advertir que son muchos los tratados internacionales que han consagrado la noción de daño “sensible”, “relevante”, “apreciable”, “grave”, como parámetro para distinguir donde comienzan las obligaciones estatales, y en consecuencia la responsabilidad en esta materia.

Es necesario destacar que el principio básico estudiado –la obligación de reparar los daños causados-, centraba la cuestión en el aspecto resarcitorio. Por el contrario, sin haber perdido su vigencia, dicho principio, que se sintetizaba en la fórmula “el que contamina paga”⁴¹⁸, aparece como aplicación subsidiaria, frente a la trascendencia que han adquirido otras obligaciones, como la de prevenir los daños. El principio de “prevención”⁴¹⁹ y aquellos que se derivan del mismo han cobrado tanta o más importancia que el de reparación. La puesta en práctica de este principio, conlleva el interrogante de si existe la obligación jurídica a cargo de los Estados de informar sobre las actividades que pudieran causar un daño más allá del territorio⁴²⁰.

Merece especial atención el llamado principio de “precaución”⁴²¹ que traduciría la obligación de suspender o cancelar actividades que amenazaren al medio ambiente pese a que no existieran pruebas científicas concluyentes que vincularan tales actividades con el deterioro o efecto dañino de aquél. REY CARO⁴²² aclara que: “El alcance de este principio ha merecido diferentes interpretaciones. Una liberal, que limita la obligación del Estado a conducirse con diligencia en el momento de adoptar las decisiones. La otra, más severa, que importaría la obligación, en las hipótesis señaladas, de cancelar la actividad.

⁴¹⁷ Artículo 192. “Los Estados tienen la obligación de proteger y preservar el medio marino”.

⁴¹⁸ Este principio fue definido por la OCDE en 1974. PONTE IGLESIAS, “La contaminación fluvial: cuestiones de responsabilidad internacional”, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1989, p. 215, señala que el principio presenta una doble vertiente. De un lado, es un principio de eficacia porque permite la puesta en marcha de políticas nacionales y por el otro lado constituye un principio de armonización internacional de esas políticas. - Normalmente, “tiende a considerársele como un deber que se le impone al contaminador en virtud del cual le incumbirá el pago del coste de las medidas de prevención de la contaminación”

⁴¹⁹ Principio 24 Declaración de Estocolmo. Recomendada a los Estados, sin distinción de su poderío económico, la cooperación para “controlar, evitar, reducir y eliminar los efectos perjudiciales que las actividades que se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados”. Además, véase el Plan de Acción aprobado en Río, que otorga prioridad a las medidas preventivas.

⁴²⁰ Principio 19 Declaración Río, que avanza aún más exigiendo una “notificación”. Véase asimismo el principio 18 de la Declaración de Río, que instituye la obligación de los Estados de notificar inmediatamente los desastres naturales y otras situaciones de emergencia que pudieran provocar efectos nocivos “súbitos”, en el medio ambiente de otros Estados.

⁴²¹ Principio 15 Declaración de Río. “Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deben aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

⁴²² REY CARO, Ernesto J., ob. cit., p. 42.

En verdad, existen muchas ambigüedades e imprecisiones a la hora de establecer el alcance de dicho principio”.

Hoy se señalan otros principios que serían aplicables en el Derecho internacional del Medio Ambiente, como el de “equidad intergeneracional”⁴²³ o el del “uso sustentable”.

4. Principios De Río '92

Por la enorme relevancia que tienen, recordamos los denominados Principios contenidos en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁴²⁴.

⁴²³ El mismo se encuentra consagrado en el Principio 1 de Estocolmo del '72 y Principio 3 de la Convención de Río del '92.

⁴²⁴ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Habiéndose reunido en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, reafirmando la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, aprobada en Estocolmo el 16 de junio de 1972, y tratando de basarse en ella, con el objetivo de establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores claves de las sociedades y las personas, procurando alcanzar acuerdos internacionales en los que se respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial, reconociendo la naturaleza integral e interdependiente de la Tierra, nuestro hogar, Proclama que: PRINCIPIO 1 Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza. PRINCIPIO 2

De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional. PRINCIPIO 3 El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. PRINCIPIO 4 A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada. PRINCIPIO 5 Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo. PRINCIPIO 6 Se deberá dar especial prioridad a la situación y las necesidades especiales de los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados y los más vulnerables desde el punto de vista ambiental. En las medidas internacionales que se adopten con respecto al medio ambiente y al desarrollo también se deberían tener en cuenta los intereses y las necesidades de todos los países. PRINCIPIO 7 Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen. PRINCIPIO 8 Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas. PRINCIPIO 9 Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras. PRINCIPIO 10 El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que

corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. PRINCIPIO 11 Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deberían reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican. Las normas aplicadas por algunos países pueden resultar inadecuadas y representar un costo social y económico injustificado para otros países, en particular los países en desarrollo. PRINCIPIO 12 Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional. PRINCIPIO 13 Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción. PRINCIPIO 14 Los Estados deberían cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación y la transferencia a otros Estados de cualesquiera actividades y sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana. PRINCIPIO 15 Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

PRINCIPIO 16 Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales. PRINCIPIO 17 Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que este sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente. PRINCIPIO 18 Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos Estados. La comunidad internacional deberá hacer todo lo posible por ayudar a los Estados que resulten afectados. PRINCIPIO 19 Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe. PRINCIPIO 20 Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible. PRINCIPIO 21 Debería movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos. PRINCIPIO 22 Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. 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 23 Deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación. PRINCIPIO 24 La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En

Raúl A. ESTRADA OYUELA⁴²⁵ señala -en un resumen de su pensamiento- que el segundo principio de la Declaración de Río, se completa con otros tres: el 17, el 18, y el 19; en la misma línea se encuentra el principio 13. Asimismo, el derecho al desarrollo que aparece en el tercer principio que expresa se lo debe ejercer “de una manera equitativa a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. El principio 4 que dice “es una tautología”, porque declara que para alcanzar el desarrollo sustentable, la protección del medio debe ser un elemento integrante del proceso de desarrollo; “como las tautologías son siempre verdaderas y no deberían generar debate, quedó consagrado”. El principio 7 contiene las ideas de la “salud del planeta” varias veces enunciada por el entonces presidente del Brasil y de la “responsabilidad común pero diferenciada” con su corolario de carga específica para los países desarrollados.

En relación al principio 16 de la Declaración de Río 1992, que promueve la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, incluyendo la regla de quien contamina paga, el Profesor de Relaciones Internacionales, puntualiza que “la idea de que el contaminador paga tiene mucha fuerza primaria porque combina sentimientos elementales de venganza con conceptos más evolucionados de reparación de perjuicios o indemnización de daños. Desde hace casi dos décadas está incorporado a la legislación de la Comunidad Europea con el sentido de que el “contaminador” tiene opción de incurrir en los gastos de evitar efluentes contaminantes o pagarle a la autoridad municipal para que limpie lo que ha ensuciado. Su limitación es que no puede convertirse en un mecanismo por el cual se adquiera el “derecho” a contaminar.

5. Declaración De Johannesburgo 2002

Además, deberá tenerse en cuenta: el Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Anexo: Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sustentable, fruto de la Conferencia de las Naciones Unidas, celebrada del 2 al 4 de septiembre de 2002.

De este último documento destacamos que se asume, en principio, la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer el desarrollo económico, desarrollo

consecuencia, los Estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario. PRINCIPIO 25 La paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables. PRINCIPIO 26 Los Estados deberán resolver pacíficamente todas sus controversias sobre el medio ambiente por medios que corresponda con arreglo a la Carta de las Naciones Unidas. PRINCIPIO 27 Los Estados y las personas deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible.

⁴²⁵ ESTRADA OYUELA, Raúl A. “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Apuntes para su evolución”, publicado en la Revista del MREyC, año 1, N° 2, República Argentina. Idem., p. 19 y ss., en “Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional”, A- Z Editra, 1993.

social y la protección del ambiente, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible (Desde nuestro origen hasta el futuro). A ese fin, se reconoce la importancia de promover la solidaridad, el diálogo y la cooperación mutuas. Y se reafirma la promesa de asignar especial importancia a la lucha contra problemas mundiales que representan graves amenazas al desarrollo sostenible de nuestra población y darle prioridad (Nuestro compromiso con el desarrollo sostenible).

En lo relativo a la modificación de las modalidades insostenibles de consumo y producción (Cap. III) se considera indispensable aplicar los procedimientos de evaluación de los efectos en el medio ambiente (19-e). Promover la educación para proporcionar información sobre las fuentes de energía y tecnologías disponibles (19-m); evitar la producción de desechos o reducirla al mínimo y aumentar al máximo la reutilización, el reciclado (22); establecer sistemas de gestión de desechos que asignen la más alta prioridad a prevenir o reducir al mínimo la generación de desechos (22-a).

Reafirmar el compromiso, asumido en el Programa 21 de utilizar de manera racional los productos químicos durante su período de actividad y los desechos peligrosos con el fin de contribuir al desarrollo sostenible y proteger la salud y el medio ambiente y, en particular de lograr que para 2020 los productos químicos se utilicen y produzcan siguiendo procedimientos científicos transparentes de evaluación de riesgos y procedimientos científicos de gestión de los riesgos, teniendo en cuenta el principio de precaución enunciado en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Promover iniciativas encaminadas a prevenir el tráfico internacional de productos químicos peligrosos y desechos peligrosos y prevenir los daños que pudieran provocar el movimiento transfronterizo y la eliminación de desechos peligrosos (23-d). Del capítulo V: El Desarrollo sostenible en un mundo en vías de globalización, surge que se promoverá activamente la responsabilidad y la rendición de cuentas en las empresas, sobre la base de los principios de Río.

De los Medios de ejecución (X-80): La aplicación del Programa 21 y el logro de los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente. Debe hacerse hincapié en la importantísima función de las estrategias de desarrollo y las políticas nacionales, teniendo plenamente en cuenta los principios de Río, incluido en particular, el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. Promover y mejorar la adopción de decisiones con base científica y reafirmar el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (X-108-f). Más adelante en punto a la cuestión del Marco Institucional para el desarrollo sostenible, se reitera que las medidas encaminadas a fortalecer ese marco, deben basarse en las disposiciones del programa 21 de 1997 y en los principios de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

Por último se destaca la Declaración del Simposio Mundial de Jueces sobre el Desarrollo Sostenible y la función del Derecho⁴²⁶.

⁴²⁶ Del 18 al 20 de agosto de 2002 miembros de Magistraturas de todo el Mundo se reunieron en el Simposio Mundial de Jueces sobre el Desarrollo Sostenible y la función del Derecho, celebrado en JOHANNESBURGO, SUDÁFRICA, bajo la acogida del magistrado, Sr. Arthur CHASKALSON, y el patrocinio del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente PNUMA. LOS JUECES ADOPTARON LA DECLARACIÓN SIGUIENTE: Afirmamos nuestro compromiso a la promesa formulada por los dirigentes del mundo en la Declaración del Milenio, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2000 "no debemos escatimar esfuerzo alguno para liberar a todos los hombres y mujeres, y sobre todo a nuestros hijos y nietos, del peligro de vivir en un planeta al que las actividades humanas han causado daños irreparables y cuyos recursos no son ya suficientes para satisfacer sus necesidades". Expresamos nuestra firme convicción de que el marco del derecho internacional y nacional que ha evolucionado desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972, sienta una base firme para abordar las amenazas ambientales principales actuales, incluidos los conflictos armados y los ataques a la población civil inocente, y que debería estar apoyado por un esfuerzo más decidido, concertado y sostenido de ejecutar y aplicar coercitivamente esos regímenes jurídicos a fin de lograr sus objetivos. Hacemos hincapié en nuestro compromiso con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los convenios de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos, y reconocemos su estrecha relación con el desarrollo sostenible y el respeto del imperio de la ley. Recordamos los principios adoptados en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y reafirmamos nuestra adhesión a esos principios que sentaban las bases de los principios básicos del desarrollo sostenible. Afirmamos que un poder y un proceso judiciales independientes son decisivos para la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental, y que los miembros del poder judicial, así como quienes contribuyen al proceso judicial a nivel nacional, regional y mundial, son asociados imprescindibles para promover el cumplimiento, la ejecución y la aplicación coercitiva del derecho ambiental internacional y nacional. Hacemos hincapié en la importancia de la resolución pacífica de los conflictos a fin de evitar situaciones en que las armas de guerra degraden el medio ambiente y causen daños irreparables directamente a través de agentes tóxicos, radiación, minas y destrucción física e, indirectamente, den origen a vastos desplazamientos de la población. Reconocemos que la rápida evolución de los acuerdos ambientales multilaterales, las constituciones y los estatutos nacionales relativos a la protección del medio ambiente requiere cada vez en mayor medida que los tribunales interpreten y apliquen los nuevos instrumentos jurídicos de forma coherente con los principios del desarrollo sostenible. Hacemos hincapié en que el frágil estado del medio ambiente mundial requiere que el poder judicial, en calidad de custodio del imperio de la ley, ejecute y aplique coercitivamente con decisión y sin temor las leyes internacionales y nacionales pertinentes que en la esfera del medio ambiente y el desarrollo sostenible, contribuyan a la mitigación de la pobreza y el sostenimiento de una civilización duradera, y aseguren que la generación presente goce de calidad de vida y la mejore para todas las personas, asegurando al mismo tiempo que no se comprometen los derechos y los intereses inherentes de las generaciones futuras. Convenimos en que el poder judicial tiene una función decisiva en la integración de los valores humanos reseñados en la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas: libertad, igualdad, solidaridad, tolerancia, respeto por la naturaleza y responsabilidad compartida en la civilización mundial contemporánea mediante la traducción de esos valores compartidos en medidas, mediante el aumento del respeto por el imperio de la ley, tanto a nivel internacional como nacional. Expresamos nuestra convicción de que el poder judicial, plenamente consciente de la ampliación cada vez más rápida de los límites del derecho ambiental y consciente de su función y responsabilidad en la promoción de la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva de las leyes, las reglamentaciones y los acuerdos internacionales relacionados con el desarrollo sostenible, desempeña una función decisiva en la potenciación del interés del público en un medio ambiente saludable y seguro. Reconocemos la importancia de asegurar que el derecho ambiental y el derecho en la esfera del desarrollo sostenible ocupen un lugar prominente en los planes de estudio académicos, la docencia y la capacitación jurídicos a todos los niveles, en particular entre magistrados y otras personas que participan en los procesos judiciales. Expresamos nuestra convicción de que la deficiencia de conocimientos, actitudes pertinentes e información sobre el derecho ambiental es uno de los principales contribuyentes a la falta de eficacia respecto de la ejecución, el desarrollo y la aplicación

coercitiva del derecho ambiental. Apoyamos firmemente la opinión de que reviste carácter de urgencia fortalecer la capacidad de los magistrados, fiscales, legisladores y todas las personas que desempeñan un papel prominente a nivel nacional en el proceso de la ejecución, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental, incluidos los acuerdos ambientales multilaterales, especialmente por conducto de procesos judiciales. Reconocemos que las personas más afectadas por la degradación ambiental son los pobres y que, por tanto, es perentorio fortalecer la capacidad de los pobres y sus representantes para defender derechos ambientales, a fin de asegurar que la degradación ambiental no perjudica a los sectores más débiles de la sociedad y que se los posibilite para gozar del derecho a vivir en un medio social y físico que respeta y promueve su dignidad. También opinamos que la desigualdad entre naciones poderosas y débiles en términos de su capacidad relativa y oportunidad de proteger el desarrollo sostenible del medio ambiente mundial compartido impone en las primeras una mayor responsabilidad de proteger el medio ambiente mundial. Nos alienta el hecho de que la aplicación y el desarrollo ulteriores del derecho ambiental internacional en favor del desarrollo sostenible, la aplicación, las normas y las políticas convenidas a nivel internacional y el fortalecimiento de la capacidad de quienes participan en el fomento de la ejecución y la aplicación coercitiva del derecho ambiental sean las piedras angulares del programa de trabajo del PNUMA en la esfera del derecho ambiental, en su forma reflejada en la Declaración de Nairobi adoptada por el Consejo de Administración en su 19º período de sesiones celebrado en 1997, y del Programa para el Desarrollo y el examen periódico del derecho ambiental para el primer decenio del siglo XXI, adoptado por el Consejo de Administración del PNUMA en febrero de 2001 (Programa de Montevideo III).

CONVENIMOS EN LOS PRINCIPIOS QUE FIGURAN A CONTINUACIÓN QUE DEBERÍAN ORIENTAR AL PODER JUDICIAL EN LA PROMOCIÓN DE LOS OBJETIVOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE MEDIANTE LA APLICACIÓN DEL IMPERIO DE LA LEY Y DEL PROCESO DEMOCRÁTICO: Un compromiso pleno de contribuir a la realización de los objetivos del desarrollo sostenible por conducto del mandato judicial de ejecutar, desarrollar y aplicar coercitivamente el derecho y de respetar el imperio de la ley y el proceso democrático; La realización de los objetivos de la Declaración del Milenio de la Asamblea General de las Naciones Unidas que está supeditada a la ejecución de los regímenes jurídicos nacionales e internacionales establecidos para lograr los objetivos del desarrollo sostenible; La elaboración de un programa de trabajo sostenido en la esfera del derecho ambiental concentrado en la educación, la capacitación y la difusión de información, incluidos coloquios jurídicos a nivel regional y subregional; y, La colaboración entre miembros de judicaturas y otras personas que participan en el proceso judicial dentro de todas las regiones y entre ellas como elemento esencial para lograr una mejora significativa en la ejecución, la aplicación, el desarrollo y la aplicación coercitiva del derecho ambiental.

PARA LA REALIZACIÓN DE ESOS PRINCIPIOS PROPONEMOS QUE EL PROGRAMA DE TRABAJO INCLUYA LO SIGUIENTE: La mejora de la capacidad de quienes participan en el proceso de promover, ejecutar, desarrollar y aplicar coercitivamente la ley, tales como magistrados, fiscales, legisladores y otras personas, para que realicen sus funciones sobre una base bien fundamentada con la especialización, la información y los materiales necesarios; La mejora del nivel de la participación del público en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente, el acceso a la justicia para la solución de controversias de carácter ambiental y la defensa y la aplicación coercitiva de los derechos ambientales, y el acceso del público a la información pertinente; El fortalecimiento de la colaboración a nivel subregional, regional y mundial, para beneficio mutuo de todos los pueblos del mundo y el intercambio de información entre judicaturas nacionales, con miras a aprovechar sus conocimientos, experiencia y especialización; El fortalecimiento de la educación en derecho ambiental en las escuelas y las universidades, incluida la investigación y el análisis, como elementos esenciales para lograr el desarrollo sostenible; El logro de la mejora sostenida del cumplimiento y la aplicación coercitiva y el desarrollo del derecho ambiental; El fortalecimiento de la capacidad de organizaciones e iniciativas, incluidos los medios de comunicación, dedicadas a posibilitar la participación plena del público sobre una base de información cabal, concentradas en cuestiones relativas a la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible; El establecimiento de un comité especial de jueces integrado por magistrados que representen regiones geográficas, sistemas jurídicos y cortes y tribunales internacionales, y presidido por el Magistrado Jefe de Sudáfrica, para mantener bajo examen y divulgar cuestiones emergentes de jurisprudencia ambiental y suministrar información al respecto; La prestación de apoyo por parte del PNUMA y sus organismos asociados al Comité Especial de Jueces para realizar su labor, incluidas las organizaciones de la sociedad

El Tratado de la Comunidad Europea (Ámsterdam, 1997) sienta los siguientes principios: a) de cautela; b) de acción preventiva; c) de corrección de los atentados al Medio Ambiente especialmente en la fuente; d) de quien contamina paga; e) de conservación y protección del Medio Ambiente; f) de cooperación internacional para la protección del Medio Ambiente; g) de prevención del daño ambiental fronterizo; h) de responsabilidad y reparación de daños ambientales; i) de evaluación del impacto ambiental; j) de participación ciudadana; k) de internalización de las acciones ambientales.

En el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR, se declara que los Estados Partes analizarán la posibilidad de instrumentar la aplicación de aquellos principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que no hayan sido objeto de Tratados Internacionales. En sus acciones para alcanzar el objeto de este Acuerdo e implementar sus disposiciones, los Estados Partes deberán orientarse, *inter alia*, por lo siguiente: a) promoción de la protección del medio ambiente y aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sectoriales, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio; b) incorporación del componente ambiental en las políticas sectoriales, e inclusión de las consideraciones ambientales en la toma de decisiones que se adopten en el ámbito del MERCOSUR, para el fortalecimiento de la integración; c) promoción del desarrollo sustentable por medio del apoyo recíproco entre los sectores ambientales y económicos, evitando la adopción de medidas que restrinjan o distorsionen, de manera arbitraria o injustificada, la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito del MERCOSUR; d) tratamiento prioritario e integral de las causas y las fuentes de los problemas ambientales; e) promoción de una efectiva participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales; y f) fomento a la internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión.

civil; La asignación de prioridad a la financiación de la aplicación de los principios mencionados anteriormente y al programa de trabajo por parte de los gobiernos y los países desarrollados y la comunidad de donantes, incluidas las instituciones financieras internacionales y las fundaciones; La continuación del liderazgo ejercido por el Director Ejecutivo del PNUMA en el marco del Programa de Montevideo III, respecto del desarrollo y la aplicación del programa destinado a mejorar la ejecución, el derecho y la aplicación coercitiva del derecho ambiental, con arreglo a las leyes de responsabilidad y compensación por daños ambientales en el marco de acuerdos ambientales multilaterales y el derecho nacional, las actividades militares y el medio ambiente y los aspectos jurídicos del nexo entre la pobreza y la degradación ambiental y; La entrega de la presente declaración por el Magistrado Jefe de Sudáfrica al Secretario de las Naciones Unidas como una contribución del Simposio Mundial de Jueces a la próxima Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y para su difusión más amplia a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Adoptada en Johannesburgo, Sudáfrica, el día 20 de agosto de 2002.

6. Principios Rectores Del Derecho Ambiental

En la doctrina del derecho comparado, se habla de “Principios Rectores del Derecho Ambiental”⁴²⁷. A su vez, siguiendo los mismos lineamientos, se han enunciado “principios rectores” de la materia⁴²⁸ o “principios generales del derecho ambiental”⁴²⁹, o “principios jurídicos del nuevo derecho de la sustentabilidad”⁴³⁰ para exponer una nómina de ellos, no siempre coincidente. O de manera similar, como lo prefiere denominar la ley: “Principios rectores de las políticas medioambientales”⁴³¹. Aunque se advierte, según lo aprecia, OJEDA MESTRE⁴³², que “los “principios” que lo informan, con base a los cuales ha de articularse, nos indican que está en una fase inicial, como lo han expresado los también recientes tratadistas”.

Desde la especialidad, MALM GREEN - SPENSLEY⁴³³ afirman que el derecho ambiental como rama del Derecho reposa sobre una serie de principios jurídicos que encuentran su fundamento en la autoconservación del medio ambiente y que están dotados de autonomía propia. Estos principios jurídicos representan las directivas y orientaciones generales en las que se funda el derecho ambiental, con la característica de que no son el resultado de construcciones teóricas sino que nacen a partir de necesidades prácticas, que a su vez, han ido modificándose con el tiempo, transformándose en pautas rectoras de protección del medio ambiente.

Silvia JAQUENOD DE SZÖGÖN⁴³⁴ destaca que “dada la juventud de la regulación jurídica del ambiente y, en consecuencia la convivencia de normas directamente protectoras del entorno con otras anteriores a dicha problemática – pero útiles provisionalmente en esa defensa – estos Principios Rectores resultarán a veces, más vinculados al mundo ideal del deber ser jurídico, que al real de lo que en la actualidad es el ordenamiento ambiental; sin embargo, esta convivencia de lo ideal y lo real en la formulación de los Principios Rectores no obsta a su solidez”. Asimismo, entiende por Principios Rectores “los postulados fundamentales y universales que la razón especula,

⁴²⁷ JAQUENOD DE ZSÖGON, Silvia: “El Derecho Ambiental y sus Principios rectores”, p. 366, Editorial Dykinson SRL, 1991.

⁴²⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge: “El daño ambiental en el derecho privado”, en obra colectiva “Daño ambiental”, p. 20, tomo I, Editorial Rubinzal- Culzoni, 1999.

⁴²⁹ PIGRETTI, Eduardo A. “Un nuevo ámbito de responsabilidad. Criterios, principios e instituciones del derecho ambiental”, en obra colectiva “La responsabilidad por daño ambiental”, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales.

⁴³⁰ LÓPEZ, Hernán: “La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y en el Derecho Comparado”, p. 407 en obra colectiva “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”, Editorial Jurídica La Ley, 2000.

⁴³¹ ZEBALLOS de SISTO, María C. “El Orden Ambiental. Las Evaluaciones de Impacto Ambiental en la Ciudad de Buenos Aires. Ley N° 123”, p. 35, Ugerman Editor, 1999.

⁴³² OJEDA MESTRE, Ramón, ob. cit., p. 9.

⁴³³ Guillermo MALM GREEN y James W. SPENSLEY: “Aproximación a una teoría de los principios del derecho ambiental”, LL, 16 de septiembre de 1994.

⁴³⁴ JAQUENOD DE SZÖGÖN Silvia: “El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores”, p. 366, Editorial Dykinson, 1991.

generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justicia y la equidad social. Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho”.

En la doctrina argentina, BUSTAMANTE ALSINA⁴³⁵ señala como caracteres propios del derecho ambiental: a) Carácter interdisciplinario; b) Carácter sistemático; c) Carácter supranacional; d) Espacialidad singular; e) Especificidad finalista; f) Énfasis preventivo; g) Rigurosa regulación técnica; h) Vocación redistributiva; i) Primacía de los intereses colectivos⁴³⁶.

También, desde la escuela del derecho administrativo de La Plata (Argentina), Carlos A. BOTASSI⁴³⁷, señala que el derecho ambiental posee caracteres y principios propios, o, al decir de Guillermo CANO, “factores de especificidad”, entre los cuales destaca: a) consideración sistemática y universal del entorno, b) acento preventivo, c) primacía del aspecto ius publicista d) el principio contaminador-pagador

Según PIGRETTI⁴³⁸ El derecho ambiental constituye a su vez, un nuevo ámbito de responsabilidad, con criterios, principios e instituciones singulares. Así, la nómina de principios propios sobre los cuales se estructura, -de ninguna manera exhaustiva-, contiene las siguientes menciones: a) ETICISMO y solidaridad; b) enfoque sistémico; c) participación pública; d) interdisciplina; e) principio del contaminador - pagador; f) protección, mejora, defensa y restauración de la biosfera; g) uso racional del medio; h) coordinación de actuaciones; i) ordenamiento ambiental; j) calidad de vida; k) cooperación internacional⁴³⁹.

Jorge MOSSET ITURRASPE⁴⁴⁰ señala entre sus principios rectores: 1) de realidad; 2) de solidaridad; 3) de Regulación jurídica integral; 4) de responsabilidad compartida; 5) de conjunción de aspectos colectivos e individuales; 6) de introducción de la variante ambiental; 7) de nivel de acción más adecuado al espacio a proteger; 8) de

⁴³⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa”, p. 48, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

⁴³⁶ Véase asimismo, MARTÍN MATEO, Ramón: “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 92 Vol. I, Trivium, España, 1991.

⁴³⁷ BOTASSI, Carlos Alfredo: “Derecho Administrativo Ambiental”, Platense, 1997.

⁴³⁸ PIGRETTI, Eduardo: en obra colectiva “La Responsabilidad por daño ambiental”, Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales: “Un nuevo ámbito de responsabilidad: Criterios, principios e instituciones de derecho ambiental”, p. 26 y s.s., 1986.

⁴³⁹ Coincide con esta postura doctrinaria, MESSINA de ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela Nora: “La Responsabilidad civil en era tecnológica, tendencia y prospectiva”, p. 113, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.

⁴⁴⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge: “El Daño Ambiental en el Derecho Privado”, en obra colectiva “Daño ambiental”, Tomo N° 1, p. 20, capítulo de Introducción, Rubinzal Culzoni Editorial, Santa Fe, 1999.

tratamiento de causas productoras y de síntoma con puntualidad o prematura; 9) de unidad de gestión; 10) de transpersonalización de las normas jurídicas⁴⁴¹.

Mario F. VALLS⁴⁴² dice que el Derecho ambiental se caracteriza por ser un correctivo de los errores y de deficiencia de todo el sistema jurídico común. Al así enmendarlo se injertan principios ambientales en ese sistema. Destacando que constituye una especialización jurídica que, íntimamente relacionada a las demás ramas del derecho, las modifica, por su carácter además evolutivo y dialéctico, conciliador y transaccional.

Desde la óptica del derecho constitucional, Pedro J. FRÍAS⁴⁴³, señalaba una serie de principios: El derecho humano a un ambiente sano; la subsidiariedad para atribuir competencias al nivel más apropiado, con preferencia inferior; prevención para atender prioritariamente las causas; el principio precautorio para evitar infortunios por imprevisión; el de equidad intergeneracional; la interdisciplinariedad para la toma de decisiones; libre acceso a la información ambiental; participación ciudadana en la gestión ambiental; la solidaridad con los sectores de más riesgo; el principio de progresividad; valorización económica del ambiente y sus recursos naturales; responsabilidad civil; conservación de la diversidad biológica, preservación de la estabilidad climática; restricción nuclear; especialidad de aplicación de fondo ambiental; los principios en los efectos transfronterizos.

En cuanto a las acciones, serían las siguientes: un programa de monitoreo ambiental; un informe anual sobre el estado del medio ambiente; un procedimiento administrativo de evaluación del impacto ambiental; auditorías ambientales; un sistema de determinación de objetivos de calidad ambiental; licencias de funcionamiento y permisos ambientales; de incentivos económicos; de fiscalización; de participación pública en la toma de decisiones; e información pública.

Homero BIBILONI⁴⁴⁴, enuncia los siguientes principios: a) Pensar global, actuar local; b) Solidaridad; c) Integración de las políticas sectoriales; d) Protección elevada; e) Precaución; f) Prevención; g) Conservación; h) Corrección de las fuentes; i) Restauración efectiva; j) Corresponsabilidad y responsabilidad diferenciada; k) Subsidiariedad; l) Optimización de la protección ambiental; ll) Diversidad estratégica normativa; m) Exigencia de la mejor tecnología disponible; n) Participación pública; ñ) Primacía de la persuasión sobre la coacción; o) Realidad; p) Vecindad; q) Igualdad; r) Colectivo Público

⁴⁴¹ Véase asimismo, JACQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia, ob. cit., p. 366 y ss.

⁴⁴² VALLS, Mario: "Derecho ambiental", 3era. Edición, distribución Abeledo- Perrot, p. 85, Buenos Aires, 1994.

⁴⁴³ FRÍAS, Pedro J., en un excelente artículo que publicara en La Ley Actualidad, el 23 de agosto de 1994 "La cláusula ambiental en la Constitución. Principios de la Política Ambiental susceptibles de constitucionalización".

⁴⁴⁴ BIBILONI, Homero M. "Los Principios Ambientales y la interpretación. Su aplicación política y jurídica", La Ley 2001-I, 1082.

Universal; s) Subsunción de lo público y lo privado; t) Transpersonalización de las normas.

En este contexto, el ordenamiento jurídico argentino cuenta hoy con la LEY GENERAL DEL AMBIENTE 25.675, de presupuestos mínimos de protección ambiental, sancionada el 06/11/2002, promulgada parcialmente por decreto 2413, el 27/11/2002, que contiene una serie de principios, entre los que se destacan, a los fines de este estudio, los siguientes: principio de prevención, principio precautorio, principio de responsabilidad.

Esta ley los contempla, en su Artículo 4: La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:

- 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 puedan producir.
- Principio precautorio: la ausencia de información o certeza científica no será motivo para la inacción frente a un peligro de daño grave o irreversible en el ambiente, en la salud o en la seguridad pública.
- Principio de responsabilidad: el generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.

Hemos destacado que resulta importante que la ley contenga PRINCIPIOS DE POLÍTICA AMBIENTAL. La sola mención de los mismos en un régimen legal, constituye un avance en la materia.

A los fines de este trabajo, nos detendremos en el análisis del principio de prevención. Aunque vamos a avanzar sobre el Derecho Internacional. Y el Derecho comparado. Para luego, examinar, por su enorme parentesco con este último, el principio precautorio, como asimismo el principio de responsabilidad.

Como colofón, formularemos breves reflexiones acerca de la trascendencia de los mismos.

7. Principio De Prevención Del Daño Ambiental⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ BUSTAMANTE ALSINA: “Prevención del daño ambiental (Auditoria del Medio Ambiente- Evaluación de Impacto Ambiental)”, JA, 199-IV, 822; del mismo autor “El daño ambiental y las vías de acceso a la jurisdicción”, JA, 1996-IV, 896; STIGLITZ, Gabriel: “Tutela de los intereses difusos y Prevención de daños (consolidación de la jurisprudencia civil)”, JA, 1995-IV, 215; PEYRANO, Guillermo: “Medios procesales para la tutela ambiental”, JA, 2001-I, 1173; VALLS, Mario: “Instrumentos para la política ambiental”, JA,

Antes de profundizar el estudio de este principio, queremos recordar lo dicho por el jurista brasileño Sebastiao Valdir GOMES⁴⁴⁶ en una obra sobre la materia, en el sentido que uno de los principios fundamentales que orientan la llamada tutela del medio ambiente consiste justamente en el principio de prevención o de precaución.

Conforme al mismo autor, se procura evitar la producción de daños ambientales, actuando como estimulante negativo de todo aquello que potencialmente pueda causarlo, por tratarse de una responsabilidad particularmente gravosa en relación al régimen general de responsabilidad civil. En efecto, es público y notorio que los daños ambientales son irreversibles o de difícil reparación, tales como la extinción de una especie, los efectos radioactivos, la destrucción de la flora (y por consiguiente, de sus ecosistemas y diversidades biológicas milenarias), la desertización de áreas productivas, entre otros. Además, a veces cuando fuere posible la reparación de daños análogos, por

1996-IV, 955; ANDORNO, Luis O.: "La responsabilidad por daño al medio ambiente", JA, 1996-IV, 877, del mismo autor: "Vías legales para la defensa del medio ambiente y para la reparación del daño ecológico", JA, 2001-I, 1068; TRIGO REPRESAS, Félix A.: "La defensa del medio en la Provincia de Buenos Aires", JA, 1998-IV, 1048; del mismo autor: "Responsabilidad civil por daño ambiental", JA, 1999-IV, 1180; ib. Ídem. "Evitación, cesación y reparación del daño ambiental", JA, 2002-III, 1062; del mismo autor, "Responsabilidad civil por daño al ambiente", Anticipo de Anales, año XLIII, segunda época, N° 36, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1998; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.: "La efectiva prevención del daño ambiental", JA, 1999-I, 277; VALLS, Mariana-BRILL, Rosana: "Prevención y compensación frente al daño ambiental. El seguro ambiental", JA, 1998-IV, 1073; BESALÚ PARKINSON, Aurora: "Prevención del daño ambiental (soluciones en Derecho Privado)", JA, 1997-I, 781; MOSSET ITURRASPE, Jorge: "El daño ambiental y los alcances del mandato judicial", LLBA, año III, N° 1, 1996-43. Para una visión de los mecanismos de carácter preventivo ambiental de base administrativa, véase VERNETTI, Ana M.: "Instrumentos de prevención del daño ambiental", DJ, 2003-II, 1141; WALSH, Juan R.- VIDAL DE LAMAS, Ana M.: "Gestión de pasivos ambientales: mecanismos y herramientas institucionales para su prevención y manejo", LL, 2003- B, ejemplares del 12/03/2003 y 13/03/2003, año LXVII, N° 50; MALM GREEN, Guillermo: "Algunos comentarios sobre los estudios del impacto ambiental", LL, boletín del 07/02/1995, p. 5; VALLS, Claudia: "Impacto Ambiental. Evaluación actual", Editorial Ciudad Argentina, 2002; de la misma autora, "La Evaluación del Impacto Ambiental", en Cátedra de Ambiente y Recursos Naturales, de Beatriz S. KROM, Estudio Editorial, 2000; también, "Incorporación de nuevas instituciones del derecho ambiental al sistema jurídico argentino", p. 155, en obra colectiva "Responsabilidad ambiental", Editora Belgrano, 1999; IRIBARREN, Federico: Evaluación de Impacto Ambiental: su enfoque jurídico, Ediciones Universo, 1997; BOTASSI, Carlos A.: "Derecho Administrativo Ambiental", LEP, 1997; GRASETTI, Eduardo R.: "Estudios Ambientales", Editorial Heliasta, 1998; para ampliar véase, VALLS, Mariana: "Derecho Ambiental", Ciudad Argentina, 1999; obra colectiva de CORIA, Silvia- DEVIA, Leila- LAMAS, Ana- NONNA, Silvia- VILLANUEVA, Claudia: "El rumbo ambiental en la Argentina", Ediciones Ciudad Argentina, 1998; WALSH, Juan R.- DI PAOLA, Maria Eugenia- GONZALEZ ACOSTA, Gustavo- LÓPEZ, Hernan- ROVERE, Marta B.- RYAN, Daniel E.- SABSAY, Daniel A.: "Ambiente, Derecho y Sustentabilidad", La Ley, 2000. En otro orden, cabe destacar que a nivel del derecho internacional, la prevención se asimila al concepto de diligencia debida. Así lo explica DRNAS DE CLÉMENT, Zlata en su trabajo en obra colectiva "Derecho Internacional Ambiental. Nuevas tendencias", Lerner, 1998, bajo el título de "La Diligencia Debida como eje de articulación del ilícito internacional y la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales producidas por actos no prohibidos por el derecho internacional", p. 115 y ss., para distinguir ciertas reglas o estándares de conducta del Estado, de prevención ad intra, ex post, de débitos de prevención ad extra, ex ante, y por último, la prevención ad extra, ex post.

⁴⁴⁶ GOMEZ, Sebastiao Valdir, "Direito Ambiental Brasileiro", p. 45, Sintese Editora, Porto Alegre, 1999.

regla general, los costos necesarios para ello son mayores que los beneficios que pudieren obtenerse de las actividades causantes de los mismos. De allí por tanto, la naturaleza prospectiva de este principio del Derecho Ambiental: la construcción de mecanismos preventivos que busquen impedir la producción futura de estos daños.

Se ha dicho que la idea de prevención del daño, constituye pauta esencial del sistema civil de tutela ambiental, como rol prioritario a la reparación⁴⁴⁷. La ley 25.675 Argentina (General del Ambiente) contiene principios de interpretación y aplicación de la normativa y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental que, en general, son identificados o reconocidos por la doctrina del derecho ambiental.

Así, el principio preventivo se enuncia de la siguiente manera: “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 puedan producir”. Destacamos de la regla legal, la directiva de tratar los problemas ambientales, desde su origen, causas, fuentes. El carácter prioritario del mismo. La visión totalizadora, global, integral, que impone. Y, en definitiva, el fin que persigue: prevenir efectos negativos que sobre el ambiente se “puedan producir”.

El énfasis preventivo constituye uno de los caracteres por rasgos peculiares del derecho ambiental⁴⁴⁸. Aunque “se apoya a la postre en un dispositivo sancionador”, sin embargo “sus objetivos son fundamentalmente preventivos”, porque la coacción a “posteriori” resulta ineficaz, puesto que muchos de esos daños ambientales, de

⁴⁴⁷ STIGLITZ, Gabriel A. “El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional”, p. 320, en obra colectiva “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, homenaje al profesor doctor Atilio A. ALTERINI, Abeledo-Perrot, 1997.

⁴⁴⁸ PARELLADA, Carlos A. “Los principios de responsabilidad civil por daño ambiental en Argentina”, p. 243, en Responsabilidad por Daños al Medio Ambiente, Universidad de Externado de Colombia, 2000; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge “Derecho ambiental: Fundamentación y normativa”, p. 48, Abeledo Perrot 1995; MARTÍN MATEO, Ramón “Tratado de Derecho Ambiental” p. 92, 1991; BOTASSI, Carlos “Derecho Administrativo Ambiental”, p. 92 Editorial Platense, 1997; BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Daño Ambiental: aspectos relevantes de la responsabilidad”, p. 59, en “Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI”, homenaje al profesor doctor Roberto M. LÓPEZ CABANA, Abeledo-Perrot, 2001; en la misma obra colectiva, ver BENJAMÍN, Antonio H. “¿Derechos de la Naturaleza”, p. 46, capítulo IX; MORELLO, Augusto M. “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, p. 59, “Un matiz fuertemente definitorio: lo preventivo”, cap. IV, Editora Platense, 1999; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, LL, 1994-C, 1052; JORDANO FRAGA, Jesús: “La responsabilidad de la administración con ocasión de los daños al medio ambiente”, Revista de Derecho Urbanístico, N° 19, p. 19, julio- agosto 1990; LEOPOLDO E SILVA JUNIOR, Alcides: “El Estudio del impacto Ambiental como instrumento de prevención del daño al medio ambiente”, p. 33, en “Direito Ambiental em evolução”, 3, bajo la coordinación de PASSOS DE FREITAS, Vladimir, Editorial Juruá, 2002; KISS, Alexandre: “Los principios generales del derecho del medio ambiente”, p. 73, Valladolid, 1975; MIRRA, Álvaro Luis V: “Acción Civil Pública y Reparación del Daño al Medio Ambiente”, p. 127, Editorial Juárez de Oliveira, 2002. En ese sentido, LORENZETTI, Ricardo L., “La protección jurídica del ambiente”, LL, 1997 -E, 1463, afirma que en el derecho ambiental, se le asigna a las empresas, una función de agente de prevención, toda vez que en materia de contaminación, se le imponen deberes preventivos, como los de seguridad en el proceso de producción y evitación de daños ambientales a terceros.

producirse, son irreversibles. De manera que “la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables”. Por ello, se recomienda la adopción de estrategias previsoras, respecto al medio ambiente, en etapas precoces del proceso potencialmente dañoso⁴⁴⁹.

Lo primero y lo más idóneo es la prevención del daño al medio ambiente, para evitar su consumación⁴⁵⁰; máxime teniendo en cuenta que se trata de un bien “no monetizable”, es decir, no traducible en indemnizaciones y difícil de volver al estado anterior del daño⁴⁵¹. Es “la regla de oro de la lucha por la defensa del medio ambiente”⁴⁵². La tutela civil preventiva, que encuentra fundamento en el mismo texto constitucional argentino⁴⁵³, tiene sustento axiológico, cultural y, a la vez, económico en tanto coadyuva a la eficiencia⁴⁵⁴. Esta finalidad con soporte en el derecho de la responsabilidad civil por daños, se refuerza, desde nuestra especialidad, con la regla constitucional argentina del artículo 41, que consagra junto al derecho ambiental el deber de preservarlo⁴⁵⁵.

⁴⁴⁹ MARTÍN MATEO, Ramón: “Tratado de Derecho Ambiental”, vol. I, Trivium Editorial, 1991, p. 93; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: “Derecho ambiental. Fundamentación y normativa”, p. 50, Abeledo-Perrot, 1995; JAQUENOD DE ZSÓGON, Silvia: “El Derecho Ambiental y sus principios rectores”, p. 352, Dykinson 1991; MOSET ITURRASPE, Jorge, “El daño ambiental en el derecho privado” p. 21, en obra colectiva, “Daño Ambiental”, Tº 1, Rubinzal Culzoni 1999; BOTASSI, Carlos Alfredo, “Derecho Administrativo Ambiental”, p. 93, Editora Platense, 1997.

⁴⁵⁰ TRIGO REPRESAS, Félix A. “Responsabilidad por daño ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1999-IV, 1180. CARRANZA, Jorge “Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1989-IV, 703.

⁴⁵¹ LORENZETTI, Ricardo L., “Reglas de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1998-A, 1025, n. II. 3.

⁴⁵² BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Daño Ambiental: Aspectos relevantes de la responsabilidad”, p. 59, en obra colectiva “Obligaciones y contratos en los albores del Siglo XXI”, homenaje al profesor doctor Roberto LOPEZ CABANA, Abeledo- Perrot, 2001. Asimismo, JORDANO FRAGA, Jesús, “El derecho ambiental del siglo XXI”, Revista de Derecho Ambiental, Aranzadi, N° 1, 2002, p. 95- 113, cita a Salvia, quién apunta un giro fundamental en el Derecho Ambiental de la mano del principio de prevención afirmado en la Declaración de Río. También, KISS & D. SHELTON, International Environmental Law, 6, 1991, Schneider, J, World Public Order of the Environment, 144- 150, 1979, afirman que “en la práctica comparada, la prevención está considerada la regla de oro en materia ambiental”, según refiere, VALLS, Mariana: “Derecho Ambiental”, p. 213, Editorial Ciudad Argentina, 1999.

⁴⁵³ LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., “La regla naeminem laedere en el derecho constitucional”, p. 89, en obra colectiva “La Responsabilidad”, homenaje al profesor doctor Isidoro H. GOLDENBERG, Abeledo-Perrot, 1995. LORENZETTI, Ricardo L., “La tutela civil inhibitoria”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1995-C, 1219; ALTERINI, Atilio A.- ÁMEAL, Oscar- LÓPEZ CABANA, Roberto: “Derecho de Obligaciones”, p. 319, Editorial Abeledo- Perrot, 1998; BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Daño Ambiental: aspectos relevantes de la responsabilidad”, p. 60, en Obligaciones y Contratos en los Albores del Siglo XXI, Abeledo- Perrot, 2001.

⁴⁵⁴ BESALÚ PARKINSON, Aurora: “Daño Ambiental: aspectos relevantes de la responsabilidad”, p. 60, citado, con referencia a los Fundamentos del Capítulo sobre Responsabilidad Civil del Proyecto de Código Civil de 1998, N° 261.

⁴⁵⁵ MORELLO, Augusto M.- CAFFERATTA, Néstor A., “Las industrias, la tutela del ambiente y la Corte Suprema”, Jurisprudencia Argentina, 2001-III, 309.

Ello ha constituido una constante preocupación de todos los que se han ocupado de la temática, existiendo hoy entre nosotros una clara conciencia sobre la necesidad de la tutela preventiva⁴⁵⁶. En ese sentido, la necesidad de implementar soluciones de urgencia en general, ha sido objeto de importantes estudios desde el atalaya del derecho procesal⁴⁵⁷. Además, hace tiempo que la doctrina civilista argentina descubrió la función preventiva del derecho de daños⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ VERGARA, Leandro: “La prevención en el derecho de la responsabilidad civil”, RRCyS, año V, N° VI, noviembre- diciembre 2003, p. 14, postula la aplicación práctica de los análisis de costos y prevención. Y la adopción de criterios de culpabilidad en concreto, como mecanismo de sanción a quien se beneficia injustamente por no gastar en prevención, cheaper cost avoider. AGOGLIA- BORAGINA- MEZA, “El sistema jurídico vigente para la protección del daño originado por degradación ambiental”, *Jurisprudencia Argentina*, 1993-IV, 809, n. III- a); BUERES, Alberto J. “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, p. 270, nota 18, Editorial Ábaco, 1981; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, “Responsabilidad por daño ambiental”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1994-C, 1061.

⁴⁵⁷ PEYRANO, Jorge W. “La acción preventiva”, Lexis Nexis Abeledo- Perrot, 2004, quien sostiene que “El ejercicio de una función jurisdiccional preventiva – a la que persiguen estimular las acciones preventivas que nos ocupan es, para nosotros uno de los “mandamientos” que debe cumplir el buen juez del siglo XXI”; del mismo autor: “Lo urgente y lo cautelar”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-I, 899; “Informe sobre las medidas autosatisfactivas”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1996-A, 999; “La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular”, *Revista Jurídica El Derecho*, Temas procesales, suplemento del 31/08/95; “Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva”, *Revista Jurídica El Derecho*, 169-1345; “Vademécum de las medidas autosatisfactivas”, *Jurisprudencia Argentina*, 1996-II-709; MARINONI, Luiz: “Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito”, *Revista Jurídica El Derecho*, 186-1127. Véase DE LAZZARI, Eduardo N.: “La tutela material”, *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV-651; GALDÓS, Jorge: “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 05/12/97. DE LAZZARI, E.: “La medida innovativa y su necesario deslinde con la prohibición de innovar”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 60, año XXIV, p. 203. PEYRANO, Jorge W., “La medida autosatisfactiva: forma diferenciada de tutela que constituye una expresión privilegiada del proceso urgente. Génesis y evolución”, *Revista CALP*, año XXXVII, N° 59, Ib. Ídem, *Jurisprudencia Argentina*, 1998-III, 652; del mismo autor: “Lo urgente y lo cautelar”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-I, 899; “La batalla de la medida cautelar innovativa”, *Revista Jurídica El Derecho*, 1998- Tomo 178, p. 964; “El mandato preventivo”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-IV, 980; “Reformulación de la Teoría de las medidas cautelares. Tutela de urgencia por medidas autosatisfactivas”, *Jurisprudencia Argentina*, 1997-II, 926; “Medida cautelar innovativa. Balance. Estructura. Ajustes. Nuevos horizontes”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-IV, 980; “Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva”, *Jurisprudencia Argentina*, 1999-III, 829; “La tutela de urgencia y la tutela anticipatoria en particular”, *Revista Jurídica El Derecho*, 163- 786; DE LOS SANTOS, Mabel: “La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados procesos urgentes”, *Jurisprudencia Argentina*, 1996-I, 633. CAMPS, Carlos: “La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada”, *Jurisprudencia Argentina*, 1999-III, 1091; MORELLO, Augusto: “La tutela anticipada en la Corte suprema”, *Revista Jurídica El Derecho*, 5 de febrero 1998; KIELMOVICH, Jorge: “La cautela material”, *Jurisprudencia Argentina*, 28 de junio 2000; ROJAS, Jorge: “Los límites de la tutela anticipada”, *Jurisprudencia Argentina*, 14 de junio 2000; CARBONE, Carlos: “Teoría General de los procesos urgentes”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1999-A, 872.

Según ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: “La tutela inhibitoria contra daños”, RRCyS, año N° 1, N° 1, enero- febrero de 1999, p. 7, expresa que “En suma, las principales vías procesales para la tutela inhibitoria son las siguientes: a) las medidas cautelares; b) las medidas autosatisfactivas; c) las acciones de amparo y de corpus data; d) los procesos inhibitorios comunes, por lo general sumarios o abreviados. La prevención implica actuar antes y la prevención urgente equivale a actuar ya, lo cual se logra mediante las medidas cautelares y las medidas autosatisfactivas”.

⁴⁵⁸ HIGHTON, Elena I.: “Reparación y prevención del daño al medio ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?”, *Derecho de daños*, Segunda Parte, Ediciones La Rocca, p. 833, sostiene que “el sistema

Así, se ha dicho que⁴⁵⁹ “en nuestros días, el recurso a mecanismos judiciales directamente preventivos - inhibitorios, queda crecientemente justificado. Las técnicas indemnizatorias, de pura reintegración patrimonial, no son por sí solas suficientes para

jurídico debe indudablemente mantener una función preventiva y disuasiva del daño ecológico, y el análisis económico del derecho no puede llevar a la justificación del daño injusto”; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “La responsabilidad civil por el daño ambiental”, Separata de Anales del Cincuentenario, Córdoba, 1991, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, destaca que “el amplio campo de la prevención de los daños no es ajeno al derecho civil: son exponentes de esta tendencia los artículos 2618 (al mencionar el cese de las molestias para evitar los daños futuros), 1071 bis (que obliga a cesar en la actividad de intromisión en la vida ajena), 2499 (que acepta medidas cautelares), 83 y concordantes de la ley 11.723 de propiedad intelectual (que permite impedir la exposición de obras o su circulación), etc.”. Más adelante afirma que “en el ámbito de la preservación del medio ambiente la solidaridad social exige idear nuevos medios para prevenir el daño”. También, MOISSET DE ESPANÉS, Luis: “Cesación del daño”, *Jurisprudencia Argentina*, N° 6168, p. 2, boletín del 17/11/99, enfatiza que precisamente “el problema de los daños ambientales es el que nos indica que resulta indispensable este enfoque que pone el acento en la cesación del daño como primera medida frente a los hechos dañosos”; se destaca además, las posturas de MESSINA de Estrella Gutiérrez, Graciela Nora, “La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica. Tendencia y prospectiva”, p. 208, Abeledo Perrot; LORENZETTI, Ricardo L.: “La tutela civil inhibitoria”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1995-C, 1217; NICOLAU, Noemí L.: “La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1996-A, 1245; ANDORNO, Luis O.: “El denominado proceso urgente (no cautelar) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano”, *Jurisprudencia Argentina*, 1995-II, 887; ZAVALA de GONZALEZ, Matilde: “La tutela inhibitoria contra daños”, en RRCyS, “*Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*”, año I, N° 1, Enero- Febrero 1999, Editorial La Ley, señala los presupuestos comunes para el ejercicio de las pretensiones inhibitorias: a) una actividad antijurídica, que se determina a partir de la injusticia en la causación del daño amenazado y no sólo por la injusticia del daño que amenaza; b) la amenaza de un daño, en virtud de la cual la actividad antijurídica debe crear la previsibilidad de que se cause o de que se siga causando un perjuicio. “Es decir, no es menester “certeza” del daño que amenaza, sino que sería probabilidad o previsibilidad objetiva”; c) la lesión a un interés del actor, basta la realidad del interés, sin importar que se goce a título individual o bien difusamente entre los miembros de una comunidad; d) la posibilidad material de detener la actividad: por eso debe tratarse de actos aún no realizados o bien susceptibles de continuar o de reiterar dañando. “La tutela sustancial inhibitoria tiene como objeto directo la prevención del daño mediante una orden de impedir que se cause (en caso de amenaza de lesión o bien), para que cese su producción (si la actividad ya se ha iniciado y es previsible la continuación o reiteración)”. “Inhibir equivale entonces a prohibir, suspender, estorbar, hacer cesar o paralizar el factor detonante de una lesión actual o futura”. “El resultado práctico de la tutela inhibitoria es la prevención de perjuicios impidiendo que una conducta ilícita dañe a otro, ya sea que se trate de evitar un daño temido o que se emplee para evitar la agravación de un daño ya sufrido”; GHERSI, Carlos: “Teoría general de la reparación de daños”, 2º edición, p. 332, Astrea, 1999; MORELLO Augusto - STIGLITZ, Gabriel: “Responsabilidad Civil y Prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1987-D-364; STIGLITZ, Gabriel A.: “El daño al medio ambiente en la Constitución Nacional”, p.320, en obra colectiva “Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio”, homenaje al profesor doctor Atilio A. ALTERINI, Abeledo- Perrot, 1997 *falta lugar*. Véase del mismo autor: “Responsabilidad civil por contaminación del medio ambiente”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1983-A-782; GOLDENBERG, Isidoro H.: “Impacto tecnológico y masificación del derecho privado”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1982-E, 872; ALTERINI, Atilio- LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “los daños del medio ambiente en el marco de la realidad económica”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1992-C, 1025; CARRANZA, Jorge A.: “La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por daño ecológico en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 10 al 13 de noviembre de 1983)”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1984.A, 1962; SAUX, Edgardo: “La acción de daño temido como mecanismo preventivo de perjuicio todavía no causado”, *Jurisprudencia Argentina*, 1994-III-718.

⁴⁵⁹ MORELLO Augusto - STIGLITZ, Gabriel: “Responsabilidad Civil y Prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1987-D-364.

suplir la ausencia de controles directos sobre la actividad dañosa, destinados a detener en forma inmediata sus efectos nocivos. De allí que la prevención es función que no escapa al campo de la acción de la justicia civil, que puede actuar moldeando una efectiva suplencia respecto de los poderes de control de la Administración que se revelan insuficientes”.

“Pero la procedencia del remedio preventivo deviene incuestionable, cuando se trata de contrarrestar los efectos lesivos que ya ha comenzado a originar una determinada actividad, con el fin de paralizar el daño, deteniendo su desarrollo. Tiene por objeto el daño todavía no provocado, pero que podría posteriormente ser causado si la actividad siguiera; actuando entonces después que el daño ha empezado a ocasionarse, para combatirlo obstaculizando su producción, atacándolo en su causa, en su raíz”⁴⁶⁰.

No hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación⁴⁶¹.

También se ha dicho que “un ancho cauce para la solidaridad y la cobertura de riesgos en un sociedad dinámica y triturante, busca ansiosa prevenir más que reparar, bregando por un acceso a la justicia eficaz, no tanto para responder al pensamiento clásico de la sentencia de condena que enjugara un resarcimiento hacia atrás sino evitar un daño hacia adelante”⁴⁶².

LORENZETTI señala que “la responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva. La evolución se ha basado en la mudanza de una serie de paradigmas: “de responsabilidad como deuda a la responsabilidad como crédito a la indemnización”; “del daño a la propiedad” al “daño a la persona”, “del daño individual al daño colectivo”⁴⁶³.

⁴⁶⁰ MORELLO, Augusto M – STIGLITZ, Gabriel A.: “Responsabilidad Civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1987-D, 364. Véase asimismo STIGLITZ, Gabriel A. – ECHEVESTI, Carlos A.: “Las acciones por daños y perjuicios”, capítulo XXI, acápite 211, “La prevención de daño”, Hammurabi, reimpresión. STIGLITZ, Gabriel: “Daños y perjuicios. Acciones indemnizatorias y preventivas”, p. 65 y ss, La Rocca, 1987.

⁴⁶¹ VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A.: “Responsabilidad por daños (elementos)”, p. 235, Depalma, 1993, quién cita a su vez a CABALLERO, Ernesto, en su ponencia general internacional sobre “Prevención y Seguros”, Vº Congreso Mundial del Derecho de Seguros, defines la prevención como el conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación, tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas y los bienes”. GARCÍA VAZQUEZ, Aquilino: “La legislación ambiental y su aplicación”, en su ponencia en “1º encuentro de Jueces por el Desarrollo Sustentable”, Villa La Angostura, Neuquén, 25 y 26 de septiembre 2003, destaca que “Al derecho ambiental le interesa sobre todo la prevención del daño ambiental y, en su caso de que éste se genere, le interesa que éste cese a la brevedad posible y que se restablezcan las condiciones anteriores a su ocurrencia.

⁴⁶² CARRANZA, Jorge: “Aproximación interdisciplinaria a la responsabilidad por daño ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1989- IV, 701.

⁴⁶³ LORENZETTI, Ricardo L.: “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, nota especial para Revista Jurídica Argentina La Ley. www.laleyonline.com.ar

Atilio A. ALTERINI, Oscar ÁMEAL, Roberto M. LÓPEZ CABANA⁴⁶⁴ enseñan que “no obstante que el deber de no dañar a otro tiene carácter principal, también involucra el principio de prevención, según el cual “los daños deben ser evitados, tanto deriven de actos lícitos como de infracciones contractuales (SANTOS BRIZ). De allí que, en el moderno Derecho de Daños, sobresalga la política legislativa encaminada al desarrollo de sistemas para prevenir los daños y se autoricen mecanismos jurisdiccionales de anticipación de ellos, esto es de tutela preventiva, dirigidos a impedir “la realización posible del daño” (DE CUPIS). Se procura, de tal modo, una solución ex ante (evitar el daño) en vez de confinar el remedio a una solución ex post (la indemnización). Se trata del “restablecimiento del adversario a la situación que era suya antes que el golpe de fuerza haya sido perpetrado (CHARTIER) puesto que, si la Justicia debiera permanecer impasible ante la inminencia de un daño, o de su agravación, “ello importaría tanto como crear el derecho de perjudicar” (AGUIAR).

Concordantemente⁴⁶⁵, se dijo que “ninguno de los principios de nuestro derecho positivo se opone a la prevención de los daños (AGUIAR). Que la prevención es función del Derecho de Daños, a través de la justicia civil, que extiende sus poderes de control para ejercer una efectiva suplencia, cuando la actuación de la Administración (del Derecho Público) se revela insuficiente para evitar perjuicios en la sociedad. Los órganos jurisdiccionales tienen entonces la aptitud de poner en marcha, en los juicios de daños y perjuicios, mecanismos preventivos (órdenes de hacer o no hacer al agente de la actividad dañosa), aptos para satisfacer en forma directa e inmediata los intereses humanos lesionados o amenazados, cuya tutela “ya no puede transitar preventivamente nada más que en el derecho administrativo” (MORELLO”).

“La prevención directa o inmediata se presenta frente a hipótesis de daños efectivamente producidos y susceptibles de prolongarse (cesación del daño); también, en presencia de estados de mero peligro que excedan los estándares apropiados de acuerdo al sector de actividad y a los riesgos de actividad y a los riesgos sociales que el mismo conlleva (evitación del daño). La justicia civil no puede permanecer impasible, con los ojos vendados, ante ese constante dañar y resarcir (AGUIAR) que no tendría otro modo terminar sino con la supresión de la causa del daño: “mantener una situación semejante en desmedro del orden jurídico constantemente alterado por la subsistencia del hecho capaz de dañar, importaría tanto como crear el derecho de perjudicar, si al lado se impone la obligación de resarcir” (AGUIAR).

⁴⁶⁴ Véase la obra clásica en la materia, ALTERINI, Atilio A.- ÁMEAL, Oscar J.- LÓPEZ CABANA, Roberto M.: “Derecho de Obligaciones”, 716 bis, p. 306, Abeledo-Perrot, 1996.

⁴⁶⁵ GHERSI, Carlos- STIGLITZ, Gabriel A.- PARELLADA, Carlos: “Responsabilidad Civil” / 9, p. 508, reimpresión, Hammurabi.

En esa línea de pensamiento, Matilde ZAVALA de GONZALEZ⁴⁶⁶, enfatiza que “Dichas ideas son congruentes con una noción amplia de daño, comprendiendo entre los resultados lesivos que generan responsabilidad no sólo al daño causado sino también a la amenaza de un daño injusto. Esta concepción tiene sustento normativo en el artículo 1067 del Código Civil (surge responsabilidad por los actos exteriores que pueden causar daño) y se explica porque en caso de peligro antijurídico contra un interés la disponibilidad del bien por el sujeto (núcleo del interés), ha sido alterada. Un hecho que pone en peligro el goce del bien constituye sin dudas una perturbación, que en rigor significa, por sí misma, un empeoramiento del interés. La diferencia puede hallarse en la diversa reacción jurídica a uno y otro caso. De manera tal, que recogemos una noción de daño amplia, que comprende no sólo al evento ya verificado sino también a una situación reversible por medio de un comportamiento ajeno”.

7.1 Doctrina Judicial Argentina⁴⁶⁷

En ámbitos jurisdiccionales, se ha dicho que:

En esta materia la primera y gran arma con que cuenta el derecho es la prevención. La misión de prevenir el acaecimiento, la repetición de daños probables se cuenta entre las atribuciones implícitas que debe ejercitar el juez con responsabilidad social de hogaño. El derecho resarcitorio de los perjuicios va cediendo espacios y fronteras al derecho preventor de daños, que encuentra ámbito procesal fértil en el llamado proceso anticipatorio⁴⁶⁸.

En el nuevo marco procesal es papel irrenunciable del juez el que hace a su participación activa con miras a la prevención del daño ambiental (prevenir más que curar, recordando las enseñanzas de Mauro CAPPELETTI)⁴⁶⁹. Acaso lo preventivo de la protección y lo efectivo de la tutela que debe dispensar la jurisdicción sean las notas que en la década actual profundice la evolución de los principios y nuevas fronteras⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, “La tutela inhibitoria contra daños”, RRYs, p. 1, año 1, N° 1, enero-febrero de 1999. DE LORENZO, Miguel F., “El daño injusto en la responsabilidad civil”, p. 17, nota 11, Abeledo- Perrot, 1996.

⁴⁶⁷ CAFFERATTA, Néstor A.: “Jurisprudencia ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1996-IV-1093; “Actualización de Jurisprudencia Ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1997-IV-1082; “Daño ambiental. Evolución de nuestra jurisprudencia”, Jurisprudencia Argentina, 1999-III-1162; “Jurisprudencia Ambiental de la Argentina”, p. 259 y ss., de la obra colectiva “Direito Ambiental em Evolução”, bajo la coordinación de Vladimir PASSOS DE FREITAS, Curitiba, R. F. BRASIL, Jurua, 2002; “Jurisprudencia ambiental del Siglo XXI”, Buenos aires, 14 de mayo 2003, Jurisprudencia Argentina, 2003-II, fascículo n. 7, p. 25; “Daño ambiental. Jurisprudencia”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 10 de julio 2003, año LXVII, N° 131.

⁴⁶⁸ MORELLO, Augusto M.: “Anticipación de la Tutela”, LEP, 1996.

⁴⁶⁹ Consultar, “Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la Normativa Ambiental”, 24 de septiembre de 2003, véase Declaración de Buenos Aires, Oficina Regional para América Latina y el Caribe PNUMA, FARN, Instituto de Derecho para un Planeta Verde.

⁴⁷⁰ MORELLO, Augusto M.: “La Justicia frente a la realidad”, capítulo 5: El Juez, p. 85 y ss., Rubinzal-Culzoni, 2002.

El carácter marcadamente preventivo operante para impedir desde el comienzo el avance de la polución, saca a las medidas cautelares de su quicio tradicional⁴⁷¹ para “hacerlas jugar” en una función regida no sólo por el derecho privado sino por el derecho público.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se pronunció en estos términos: “Asignamos a la prevención en este terreno una importancia superior a la que tiene otorgada en otros ámbitos, ya que la agresión al medio ambiente se manifiesta en hechos que provocan, por su mera consumación, un deterioro cierto. La tutela del ambiente justifica soluciones expeditas; interpretar ampliamente las atribuciones judiciales en esta materia no debe entenderse como una indebida limitación de libertades individuales, pues no hay libertad para dañar el ambiente ajeno (Mario VALLS); la importancia de la defensa del medio ambiente justifica cierto grado de transgresión de normativas que no se han adaptado a la realidad (Guillermo PEYRANO)⁴⁷²”.

⁴⁷¹ MORELLO, Augusto M.: “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, capítulo IV, “Un matiz fuertemente definitorio: Lo preventivo”, p. 59 y s.s. LEP, 1999. MORELLO, Augusto M -Stiglitz, Gabriel A: “Los intereses difusos y el compromiso social de la justicia. Responsabilidad Civil y prevención de daños”, capítulo LXIX, p. 1051 y s.s., en Obra de MORELLO, Augusto M.: Estudios de Derecho Procesal. Nuevas demandas. Nuevas propuestas, LEP, 1998.

⁴⁷² SCJBA, “Almada, Hugo v. Copetro S.A. y otros”, Acuerdo 2078 del 19-5-98, Revista Jurídica Argentina La Ley, 1999-C-1129. Finalmente, siguiendo la doctrina de la SCJBA: “Las leyes ecológicas se descubren y acatan: ello coloca al Derecho en una “situación de dependencia” de la Ecología. Así vemos que no sólo en el campo de Derecho Procesal Civil se abren redefiniciones del pleito y del papel del juez a las nuevas realidades circundantes. Creemos en ese proceder de “carácter propio de órgano jurisdiccional y “sabor cautelar” por su rol preventivo, en consonancia con la responsabilidad social que le incumbe corporizándose en mandatos positivos a las partes y a los funcionarios públicos era el más idóneo para evitar que aconteciera otro daño irreparable. El Juez actuó perfectamente: reparó la lesión pretérita y dispuso las previsiones útiles de acuerdo a las circunstancias, destinadas a evitar que se siguieran produciendo en el futuro. No hay quiebra del “principio de congruencia”, toda vez que responde a poderes inherentes al Juez que respaldan su actuación en la armoniosa aplicación de todo el ordenamiento y que con responsabilidad social, le impele a ejercer activamente. Despliega un régimen de obligaciones procesales y prestaciones activas a cargo de una o varias de las partes, de terceros, de funcionarios públicos. Que revisten fuertes tintes de carácter preventivo cautelar, de urgencia e inciden en el objeto (cosa o bien de la vida) o contenido del litigio y no valen sólo inter partes, sino que con amplitud subjetiva necesaria, cubren la finalidad de prevenir daños indeterminados o potencialmente colectivo, frente y la amenaza cierta de una causa productora de daños. Detectado el peligro ambiental, la medida del interés particular es superada prontamente no bien se avizora la magnitud en que el factor riesgoso afecta al bien común, no pudiendo de ninguna manera la protección judicial detenerse en aquel estadio, sino por el contrario acometer hasta donde sea preciso para embridar la amenaza desbocada. Una de las más relevantes características que exhibe el actual de derechos de daños es su finalidad preventiva o evitación de los entuertos que puedan generarse. Se cita como fundamento legal de ese accionar jurisdiccional, entre otras normas la Constitución Nacional (artículo 41) Tratado de Asunción fundacional del MERCOSUR (que en su Preámbulo impone la preservación del Medio Ambiente), la Declaración de Río de Janeiro sobre Desarrollo Sostenible del CNUMAD, Carta de la Tierra, que en su Principio 15 contempla la prevención, en virtud de la cual los Estados deberán aplicar amplio criterio de precaución: la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costes para impedir la degradación del medio ambiente. Esta función de prevención y evitación de los daños se ha señalado como una de las modernas orientaciones que se vienen imponiendo en el estudio del derecho que se ocupa de ellos. El Derecho a la prevención de daños encuentra fundamento normativo en los principios de la Constitución Nacional, y justificativo concreto en los Artículos 911 y 2499 del C.C. y 623

A su turno, la Cámara Federal de La Plata dijo que: “Es imperativo transformar las concepciones judiciales, brindar tutela a los fenómenos de la vida colectiva, dignos de la más enérgica y anticipada protección y en este marco el derecho a vivir en un ambiente agradable, viene entendiéndose como una ampliación de la esfera de la personalidad: un atributo fundamental de los individuos. Frente a ello el derecho ambiental requiere de la participación activa de la judicatura, lo que en definitiva se traduce en un obrar preventivo acorde con la naturaleza de los derechos afectados y a la medida de sus requerimientos”⁴⁷³.

La Cámara de Apelaciones de Mendoza⁴⁷⁴ también tuvo oportunidad de expresarse en estos términos: “En lo que hace a la prevención del daño ambiental, que tiene jerarquía constitucional parece que se interpreta que es suficiente para tal objetivo, una prevención razonable, conforme al procedimiento observado (...). Hay un nuevo rostro en materia de Derecho de Daños. Los gravísimos ataques a que está expuesto el medio ambiente, ponen

C.P.C.C.C. ALTERINI- LÓPEZ CABANA concluyen que “en teoría general, la prevención del daño plantea un problema de tutela preventiva tendiente a impedir la realización posible de los daños, ya que cualquiera sea la fuente, deben ser evitados”. Cuando se trata de protección de intereses difusos, la tutela inhibitoria adquiere una especial significación. En la legislación nacional –argentina- esta tutela anticipatoria se materializa a través del artículo 2499 C.C.: denuncia de daño temido. Se trata de normas de carácter preventivo. También se ha recurrido, con ostensible función disuasiva a la imposición de montos indemnizatorios elevados, dentro de límites de razonabilidad. La tarea del juzgador fue llevada a cabo con ajuste a pautas intrínsecamente flexibles, propias de la materia, no pudiéndose advertir en tal cometido un apartamiento del principio de congruencia sino en todo caso, haciendo jugar principios tan caros a la estimativa jurídica actual como son los de prevención y evitación del daño, en particular, a un bien principal como es la calidad de vida del ser humano. El sentenciante, teniendo en cuenta la necesidad de satisfacer el interés comprometido en su vertiente bifronte individual y difuso o colectivo acordando correctamente para la representación de ambos, legitimación al reclamante de autos, dispuso la cesación del perjuicio, adoptando un temperamento preventivo, a través del control del accionar futuro de la demandada, en orden al aseguramiento de la efectividad de la sentencia y a la evitación de todo daño prospectivo. La solución a la que arribó el juzgador no sólo resguarda valores esenciales que hacen a la dignidad del hombre y del entorno, sino que consulta en la necesidad de dar primacía a una concepción eticista y solidarista de la vida en sociedad. Nuestro ordenamiento jurídico en general ofrece diversas vías de carácter preventivo, aplicables en materia ambiental: 1) el amparo (art. 43 CN); 2) la acción de daño temido (art. 2499 Código Civil); 3) la acción negatoria (art. 2800 Código Civil); 4) el régimen de molestias o inmisiones provenientes de inmuebles vecinos que exceden el límite de la normal tolerancia (art. 2618 Código Civil); 5) las medidas cautelares clásicas como asimismo cautelares materiales, medidas autosatisfactivas o anticipatorias. Estas últimas dentro del régimen amplio de tutela civil o sustantiva inhibitoria. A su vez, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Ley 11723, de Medio Ambiente, incluyó un capítulo relativo a la defensa jurisdiccional de los recursos naturales, regulando instrumentos de defensa ambiental, de gran utilidad preventiva.- Idem. “Ancore S.A y otros v. Municipalidad de Daireaux”, SCJBA, 19/02/2002, bajo anotación de ESAIN, José: “El Derecho Agrario Ambiental y la cuestión de los feed lots”, publicado en Buenos Aires/ 6 de noviembre 2002, Jurisprudencia Argentina, 2002- IV, fascículo n. 6.

⁴⁷³ Cámara Federal de La Plata, Sala II, autos: “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE- EDESUR s/ cese de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, fallo del 8 de julio 2003, Revista Jurídica El Derecho, Serie Especial Ambiental, 22.04.2004, bajo anotación de COSSARI, Nelson G.A. “Electropulción y daño ambiental”, p. 15.

⁴⁷⁴ Cámara de Apelaciones de Mendoza, 12 de septiembre 2003, “Asociación OIKOS Red Ambiental c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza s/ amparo”, publicado en elDial.com, Suplemento Ambiental, bajo comentario de VALLS, Mario.

en serio riesgo, el futuro de las próximas generaciones y hay deber de evitarlo. Lo dice el artículo 41, Reforma 1994 [Constitución Argentina], y también la ley 6045 [Argentina] propende al beneficio de tales generaciones futuras. Más claro, en este campo, ya el reparar no tiene alcance. Indemnizar no es suficiente. Es necesario tomar primero medidas preventivas, para evitar, valga la redundancia, la consumación no reparable de los daños. El deterioro del medio ambiente no tiene remedio. Y el fallo da un caso, que podría repetirse a falta de una acción preventiva, no posterior”.

También, el Juzgado Federal de Mar del Plata⁴⁷⁵ afirmó que: “El derecho ambiental es un derecho de la personalidad. Un derecho personalísimo. Ahora bien, en cuanto los derechos de la personalidad son objeto de concreta tutela jurídica, las limitaciones o restricciones al pleno desarrollo de la persona derivan de la contaminación ambiental, son de por sí causa de responsabilidad civil del agente, en cuanto confluyan los presupuestos legales de Derecho de daños”.

“La coexistencia de un orden constitucional y ambiental y un orden constitucional económico, además de obligar a una armonización de valores y objetivos que se sitúa perfectamente en la línea del desarrollo sostenible, no impide que el primero de dichos órdenes tenga una estructura interna discernible, de la que resulta la habilitación de potestades públicas de intervención desde determinados principios, entre los que se destacan los de previsión y racionalidad, con relación a cuantos objetos sean relevantes para la calidad de vida ambiental⁴⁷⁶.”

“Es que la necesaria realización de estudios impacto ambiental respecto de los nuevos emprendimientos, de raíz constitucional, atiende a hacer efectiva primordialmente la regla de prevención ambiental. De poco sirve luego de que los ecosistemas son agredidos, pretender recomposiciones a veces imposibles, o generar marcos indemnizatorios que resultan poco relevantes respecto de la tutela que se pretende otorgar al medio ambiente”.

Recordemos lo que dijo la Sala III de la Cámara Federal de La Plata, en otra causa difícil, grave, delicada, compleja, en la que se discutía el reinicio del vuelco de residuos para su disposición final por el sistema de relleno sanitario en la planta de Don Bosco – Bernal⁴⁷⁷: “En materia ambiental, lo más razonable y beneficioso es prevenir, antes que recomponer o reparar el posible daño a la salud o al medio ambiente”.

⁴⁷⁵ “Fundación reserva Puerto de Mar del Plata c/ Consorcio Portuario Regional de Mar del Plata s/ amparo”, Juzgado Federal de N° 2 de Mar del Plata, 26 de diciembre de 2002.

⁴⁷⁶ DIAZ ARAUJO, Mercedes: “La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora”, *Jurisprudencia Argentina*, 2002-III. 932, con cita a PAREJO ALONSO, Luciano: “Manual de Derecho administrativo”.

⁴⁷⁷ In re “MUNICIPALIDAD DE QUILMES c/ CEAMSE s/ amparo”, resolución del 22 de mayo de 2003, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala III.

O la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina⁴⁷⁸, revalorizando el amparo como remedio judicial eficaz expedito, “cuando como en el caso de autos sustenta en la existencia y eventual agravamiento de los daños al medio ambiente, provocados por la actividad autorizada por la administración mediante actos consistentes en la eliminación del bosque a raíz de su deforestación con consecuencias irreparables, tales como la pérdida de especies – alteración de la biodiversidad –; cambios climáticos y desertización – debido a la erosión del suelo; y la afectación de varias hectáreas colindantes con el emplazamiento de la comunidad indígena – donde también viven algunos de sus miembros –, en las que además de hallarse un pozo de agua que la abastece, se encuentra la escuela y una represa, construidas y destinadas al uso de sus integrantes”.

Al mismo tiempo que, tildara de “exceso de rigor formal sostener que las cuestiones requerían mayor debate y prueba, pues, a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o 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 artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional [Argentina]”.

8. Principio Precautorio

En este tiempo de la humanidad, de una emergente “Era de la información”, “Tercera Ola”, de la “Revolución científico tecnológica”, “de la Biotecnología”, “Era electrónica o Aldea Global”⁴⁷⁹, caben entonces las siguientes reflexiones: “Aunque la ciencia permitiría ampliar los recursos naturales, que son prácticamente ilimitados. Y la Tierra no está en peligro. Es el Hombre el que está amenazado. El riesgo proviene de nuestras dificultades de autogobierno”⁴⁸⁰.

A este paso, el hombre, que ha sido la última de las especies vivientes en manifestar su presencia en la Tierra, puede ser el primero en desaparecer⁴⁸¹.

Francisco Javier SANZ LARRUGA señala que “Paralelamente al extraordinario progreso científico y tecnológico que ha permitido un alto nivel de vida en las sociedades desarrolladas hoy, más que nunca, se advierten los innumerables riesgos originados por el

⁴⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, WICHI HOKTEK T’OI Comunidad indígena c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, 11/07/02.

⁴⁷⁹ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.: “La responsabilidad civil en la era tecnológica”, p. 67, Abeledo- Perrot, 1989, con cita de TOFFLER, Alvin, “La tercera ola”, p. 25, Hispamérica, 1986.

⁴⁸⁰ MARTÍN MATEO, Ramón: “El Hombre: una especie en peligro”, p. 12, Campomanes Libros, 1993.

⁴⁸¹ GOLDENBERG, Isidoro H- CAFFERATTA, Néstor A.: “Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal”, p. 82, Abeledo- Perrot, 2001.

propio desarrollo tecnológico y sobre los que, pese a dicho progreso, sigue existiendo una considerable incertidumbre científica sobre sus efectos sobre el medio ambiente y la salud humana⁴⁸². Cuestiones tan variadas como los efectos del “cambio climático”, de la reducción de la capa de ozono, de los “organismos genéticamente modificados”, los “campos electromagnéticos”, etc., ponen de relieve dicha incertidumbre. Durante los últimos años han proliferado en la doctrina –jurídica y no jurídica- los estudios sobre la mutua relación entre el desarrollo científico, los riesgos tecnológicos y el Derecho⁴⁸³ y, como respuesta jurídica a estos problemas –a los riesgos ambientales en particular-, ha emergido con inusitada fuerza el recurso al llamado “enfoque o principio de precaución” en numerosos textos normativos internacionales y nacionales de todo el mundo⁴⁸⁴.

La jurista brasileña CASAGRANDE NOGUEIRA destaca que: “El principio precautorio ocupa actualmente una posición destacada en las discusiones sobre la protección del medio ambiente, siendo también cada vez más frecuentemente invocado en el tratamiento de cuestiones relativas a la salud humana, especialmente en el campo de la seguridad alimentaria”⁴⁸⁵.

8. 1. En La Legislación Argentina

La Ley General del Ambiente 25.675, sancionada el 06/11/2002, promulgada parcialmente por decreto 2413, el 27/11/2002, contiene una serie de principios de política ambiental, que en su parte pertinente, se transcribe seguidamente: Artículo 4: “Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible 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”.

⁴⁸² BETANCOR RODRÍGUEZ: “Instituciones de Derecho Ambiental”, La Ley, Madrid, 2001, p. 63, señala al estudiar la dependencia científico-técnica del Derecho Ambiental, “la ciencia y la técnica es tanto fuente de los impactos como la vía para su eliminación o reducción”.

⁴⁸³ SANZ LARRUGA, Francisco Javier: “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, publicado en el N° 1, año 2002- 1, de la Revista Aranzadi de Derecho ambiental, ps. 117- 131, que refiere a la excelente monografía de ESTEVE PARDO, J.: Técnica, riesgo y Derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho Ambiental, Ariel, Barcelona, 1999.

⁴⁸⁴ Siguiendo la cita de SANZ LARRUGA, Francisco J., ob. cit. supra, “sobre el principio de precaución, desde una perspectiva interdisciplinaria, cabe destacar los trabajos de: CAMERON, J. y RIORDAN, T. (eds.): Interpreting the precautionary principle, Earthscan Publications Ltd. London, 1994; GODARD, O. (Dir.): Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines, Editions de la Maison des sciences de l’homme-INRA, Paris, 1997; CAMERON, J., RIORDAN, T. y ANDREW, J. (Eds.): Reinterpreting the precautionary principle, Cameron May, London, 2001; ZACCAÏ, E. y MISSA, J-N.: Le principe de précaution : significations et conséquences, Éd. de l’Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000; LEPAGE, C. y GUERY, F.: La politique de précaution, Paris : PUF, 2001; EWALD, F., Christian GOLLIER, CH., y DE SADELEER, N.: Le principe de précaution, Coll. Que sais-je, PUF, Paris, 2001; BOURG, D. y SCHLEGEL, J-L.: Parer aux risques de demain : le principe de précaution, Seuil, Paris, 2001.

⁴⁸⁵ CASAGRANDE NOGUEIRA, Ana Carolina: “El contenido jurídico del principio de precaución en el derecho ambiental brasileño”, p. 285, en obra colectiva 10 años de Eco 92. El Derecho y el Desarrollo sustentable, Congreso Internacional de Derecho Ambiental – 6, 2002

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de conformidad 151/5, de 7 de mayo de 1992, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas, reunida en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992, lo contiene como principio 15: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”⁴⁸⁶.

A la par, la República Argentina aprobó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, por Ley 24.295 de 7/12/93, publicada en el Boletín Oficial el 11/01/94, y ratificada el 11/03/94, en cuyo texto se instituye el mismo principio precautorio, a través del artículo 3.3, donde se dice: “Las partes deberían tomar medidas de precaución para reducir al mínimo las causas del cambio climático y mitigar los efectos adversos. Cuando haya amenaza de daño grave e irreversible, no debería utilizarse la falta de total certidumbre científica como razón para postergar tales medidas, tomando en cuenta que las políticas y medidas para hacer frente al cambio climático deberían ser eficaces en función de los costos a fin de asegurar beneficios mundiales al menor costo posible”⁴⁸⁷.

Para finalizar con los Convenios adoptados y abiertos a la firma en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, la República Argentina aprobó el Convenio sobre la Diversidad Biológica por Ley 24.375 de septiembre de 1994, publicada en el Boletín Oficial el 6 de enero de 1994⁴⁸⁸. En el Preámbulo de dicho documento las partes contratantes observan que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la diversidad biológica. También que cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza.

Por último, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 de este Convenio de Diversidad Biológica, la Conferencia de partes designó un Grupo Especial para elaborar un Protocolo de Bioseguridad. Luego de varios años de debate, se redactó el “Protocolo sobre Bioseguridad de Cartagena”, aprobado el 29 de enero de 2000 en Montreal. Este Protocolo introduce en forma expresa el principio de precaución en la temática de bioseguridad (artículo 1, y anexo III, metodología)⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ MARTÍN MATEO, Ramón: “Tratado de Derecho Ambiental”, volumen II, p. 770, 1991.

⁴⁸⁷ DRNAS de CLÉMENT, Zlata – REY CARO, Ernesto J.- STICCA, María A.: “Codificación y comentario de normas internacionales ambientales, vigentes en la República Argentina y en el Mercosur”, p. 235, La Ley, 2001.

⁴⁸⁸ BARBOSA, Julio: “La Convención de protección de la diversidad Biológica de las Naciones Unidas”, p. 45, en “Evolución reciente del derecho ambiental internacional”, A-Z Editora, 1993.

⁴⁸⁹ LIVELLARA, Silvina Maria: “Análisis del Protocolo de Bioseguridad a propósito de su entrada en vigencia el pasado 11 de septiembre de 2003”, en El Dial, 22 de octubre 2003.

8.2. En La Legislación Brasileña

La República Federativa de Brasil, asimismo, ratificó la “Convención Marco de las Naciones sobre el Cambio Climático”, por Decreto Legislativo N° 1, de 03/02/94, promulgado por Decreto N° 2.652, de 01.07.1998. Y la “Convención sobre Diversidad Biológica”, por decreto legislativo N° 2, de 03/02/94, promulgado por Decreto N° 2.519, de 16.03.1998. Ambos, productos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, las cuales enuncian expresamente, como vimos más arriba, el principio precautorio. En este sentido, se recuerda que se enuncia, como principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro, adoptada por la Conferencia de la ONU de 1992⁴⁹⁰.

En otro plano, se destaca que la Ley N° 9.605, artículo 54 que dispone sobre el crimen de polución, ap. 3, determina que “incurre en las mismas penas ... quién deje de adoptar cuando así lo exige la autoridad competente, medidas de precaución en caso de riesgo de daño ambiental grave e irreversible”.

También este principio ha sido invocado por algunos municipios para la aprobación de leyes que reglamentan la instalación de antenas de telefonía celular estableciendo entre otras medidas, distancias mínimas entre las Estaciones de Radio Base ERB, entendidas como una cuestión de salud pública, ya que su exceso en una misma área acarrearía a niveles de radiaciones electromagnéticas encima de los aceptados por la OMS⁴⁹¹.

8.3. En La Legislación Paraguaya

En la legislación paraguaya, el principio de precaución aparece mencionado en la Resolución N° 04/05 del Consejo Nacional del Ambiente por la cual se aprueba la Política Ambiental Nacional del Paraguay. Mas, habiendo aprobado el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal de sustancias que agotan la Capa de Ozono de 1987, por Ley 61; la Declaración de las Naciones Unidas Río 92; el Convenio de Diversidad Biológica de 1992, por Ley 253; el Convenio de Cambio Climático de 1992, por ley 251; el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología y, formando parte del MERCOSUR, que reconoce los Principios de Río 92, en el Acuerdo Marco del Medio Ambiente, resulta indiscutible que el principio precautorio tiene un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico de esta Nación.

⁴⁹⁰ CASAGRANDE NOGUEIRA, ob. cit., p. 288.

⁴⁹¹ ASAGRANDE NOGUEIRA, ob. cit., p. 288.

8.4. Génesis Y Desarrollo Del Principio Precautorio

La primera expresión del principio de precaución⁴⁹² surgió en Alemania en los años 70 con el “Vorsorgeprinzip”⁴⁹³ en el campo del derecho alemán del medio ambiente. En la misma década de los 70, el principio de precaución se extendió luego al Derecho internacional delineándose el mismo en la Conferencia de Estocolmo del Medio Ambiente de 1972.

En 1982, con la Convención sobre el Derecho del Mar se previó en su artículo 206 la protección y preservación del medio marino, debiendo el Estado evaluar los efectos potenciales de actividades que podrán implicar una polución importante o modificaciones considerables. Más adelante, en la Segunda Conferencia Internacional relativa al Mar del Norte en 1987, se adoptó una declaración reconociendo la necesidad de plasmar el principio precaución.

Posteriormente, el principio se fue afirmando en diversas conferencias internacionales: la Convención sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de lagos internacionales Helsinki, 1992; la Convención para la protección del medio marino del Atlántico Nor - Este, París, 1992; el Acuerdo relativo a la conservación y gestión de stock de peces, Nueva York, de 1995; el Acuerdo para la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias de Marrakech, de 1994; el Protocolo de Oslo, de 1994 en materia de polución atmosférica.

Aunque la primera Convención que lo plasmó en forma concreta y estableció a la vez un mecanismo para llevarlo a cabo, fue la Convención de Bamako de 1991 relativa a la prohibición de importar desechos peligrosos y el control de movimientos transfronterizos de los mismos en África.

De lo expuesto vemos entonces que este principio surgió en el Derecho del Medio Ambiente -comprensiva de diversas cuestiones: la polución atmosférica⁴⁹⁴, conservación

⁴⁹² TRIPELLI, Adriana: “El principio de precaución en la bioseguridad”, p. 283 y ss, III Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario.

⁴⁹³ WALSH, Juan Rodrigo: “El ambiente y el Paradigma de la sustentabilidad”, p. 47, explica que el principio precautorio deriva del Vorsorgeprinzip, significando anticipación o previsión y la toma de recaudos previsión a la acción. En tal sentido abarca la noción de “mejores prácticas” en el manejo ambiental, aun ante la ausencia de riesgos. El principio también se utiliza en la actualidad para la fijación de estándares de emisión, por los cuales, por ejemplo, se insta a los industriales a adoptar la “mejor tecnología disponible”, con el fin de reducir los contaminantes en su fuente de generación. En obra colectiva: “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”, La Ley, 2000. Ver O’RIORDAN, timothy y JORDAN, Andrew, “The Precautionary Principe in Contemporary Environmental Values”, The White Horse Press, Cambridge Reino Unido, Vol. 4, N° 3, p. 193. LOPEZ, Hernán: “La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y el Derecho Comparado: el fin del Derecho Ambiental y el nacimiento del Derecho de la Sustentabilidad”, p. 480, capítulo 9, en obra colectiva supra.

⁴⁹⁴ Protocolo de Montreal sobre sustancias que agotan la capa de ozono de 1987 (cfr. el parágrafo 6° del Preámbulo, modificado en 1990) y el Convenio marco del Cambio Climático de 1992 (cfr. su Preámbulo y el art. 3,3), en los que se recomienda la adopción de “medidas precautorias”. FIGUEROA YÁNEZ. Gonzalo:

de la naturaleza⁴⁹⁵, residuos⁴⁹⁶, aguas continentales⁴⁹⁷ - , se extendió posteriormente al Derecho del Mar⁴⁹⁸ y de la pesca marítima⁴⁹⁹ y, en los 90, a la problemática de biodiversidad⁵⁰⁰.

Para ampliar véase el excelente trabajo de SANZ LARRUGA, Francisco Javier: “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, N° 1 – año 2002, de la Revista de Aranzadi de Derecho ambiental, ps. 117-131, a quien seguimos en nuestras notas de referencia, relativas al Derecho Internacional Ambiental Convencional.

“El principio de precaución frente a los viejos conceptos de la responsabilidad civil”, Asociación de Bioética i Pret, 15.12.2002, informa que: “se ha sostenido la Convención de Viena de 1985, sobre Protección de la Capa de Ozono, como la primera implementación del principio de precaución en el Derecho internacional”.- Vid. BOURG- Dominique – SCHLEGEL, Jean Louis, “Parer aux risques de demain – Le principe de précaution”, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 139- 141.

⁴⁹⁵ SANZ LARRUGA, ob. cit. supra, enseña que: “Aunque cabe deducir la incorporación del “enfoque precautorio” en la “Carta Mundial de la Naturaleza” de 1982 (cfr. su parágrafo 11 de la Declaración), la referencia al principio de precaución es explícita en otros textos posteriores. Así, por ejemplo, en el ámbito del “Convenio CITES” de 1973, la Resolución “Fort Lauderdale” de 1994 reconoce la virtualidad del principio de precaución, en los casos de incertidumbre, a la hora de determinar la lista de especies amenazadas.

⁴⁹⁶ “Convención de Bamako” de 1991 sobre la prohibición de importación de residuos peligrosos y el control de sus movimientos transfronterizos en África, en cuyo texto dispositivo aparece expresamente formulado el principio de precaución (art. 4,3).

⁴⁹⁷ “Convención de Helsinki” de 1992 sobre protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y lagos internacionales, la “Convención de Sofía” de 1994 sobre la protección y utilización del Danubio, y la “Convención de Róterdam” de 1998 sobre la protección del Rhin. En todos ellos el principio de precaución se propone como un mero principio inspirador.

⁴⁹⁸ Tercera Conferencia Internacional sobre protección del Mar del Norte de la Haya en 1990 (cfr. su Preámbulo), que fuera precedida por la Declaración Ministerial de la Segunda Conferencia Internacional sobre Protección del Mar del Norte de 1987, donde se precisó que era necesario un planteamiento de precaución para proteger el citado Mar de los efectos potencialmente peligrosos de las sustancias más peligrosas (cfr. apartados VII y XVI.1). Además, “Convenio OSPAR” de 1992 sobre Protección del Medio Marino del Nordeste Atlántico (cfr. su artículo 2,2) -donde se vincula al concepto de prevención. También aparece en el Convenio sobre protección del medio marino en la zona del Mar Báltico (cfr. art. 3,2) y en el Convenio de Barcelona sobre protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación marina, tras la reforma de 1995. En 1989, el Consejo del Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente adoptó la Decisión 15/27 en la que se recomendaba a todos los Gobiernos la adopción del principio de precaución en la lucha contra la contaminación marina.

⁴⁹⁹ SANZ LARRUGA, ob. cit. supra, indica el Acuerdo de 4 de agosto de 1995, aplicativo de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, relativo a la conservación y gestión de los stocks de pesca, en cuyo art. 6 consagra entre sus principios generales el “enfoque de precaución”. Cfr. el estudio promovido por la FAO: *L'approche de précaution appliquée aux pêches de capture et aux introduction d'espèces élaboré*, par la Consultation technique organisée par le Gouvernement suédois au Laboratoire des pêches de Lysekil, Roma, 1997.

⁵⁰⁰ El “Convenio sobre Diversidad Biológica” de 1992, si bien no contempla, expresamente el principio de precaución, de su Preámbulo puede extraerse su enfoque inspirador; sin embargo, el “Protocolo de Bioseguridad” de 2000, relativo al transporte, manipulación y utilización de organismos vivos modificados genéticamente, confirmó la función clave del principio de precaución en su art. 10,6.

8.5. En El Derecho Comparado

Sobre la idea de responsabilidad se fundan los cuatro principios en que el Tratado de Unión Europea fundamenta la acción de la Comunidad: la acción preventiva, la corrección como prioritaria ante las degradaciones o daños, el principio contaminación - pagador y el principio de precaución.

El artículo 174 del Tratado de la Unión Europea, en su apartado 2 reza: “La política de la comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de precaución y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma y en el principio de que quien contamina paga”.

Recurrimos una vez más, a SANZ LARRUGA, en esta dirección “se destaca de forma significativa, el Derecho francés, que lo introdujo por primera vez en la Ley nº 95-101, sobre el refuerzo de la protección del medio ambiente (la Ley “Barnier”)⁵⁰¹; también el “Código Rural” lo recoge en el art. 200-1; y más recientemente, se ha incorporado al “Código del Medio Ambiente”, en su art. 110-1. También, la República Federal de Alemania, con una larga tradición jurídica en este principio, lo ha consagrado en varias normas ambientales⁵⁰². En la órbita del derecho anglosajón destaca el ordenamiento de Australia que ha incorporado recientemente a su legislación sobre biotecnología y biodiversidad el principio de precaución⁵⁰³. También, ha sido recibido en el ordenamiento de Canadá⁵⁰⁴ y Nueva Zelanda⁵⁰⁵. Por el contrario, Estados Unidos, pese a que numerosos autores han defendido la aplicación práctica del principio, no lo recoge explícitamente en su legislación”⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ Dispone que: “dependiendo de la incertidumbre, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no se debe retrasar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas dirigidas a prevenir un riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente con un costo económicamente aceptable”.

⁵⁰² Así por ejemplo, la Ley de 15 de julio de 1985, sobre la energía nuclear, la Ley de 14 de mayo de 1990, relativa a la protección contra las emisiones nocivas sobre el medio ambiente.

⁵⁰³ Apartados 4 (aa) de la “Gene Technology Act” de 2000 y 391 de la “Environment Protection and Biodiversity Conservation Act” de 1999.

⁵⁰⁴ A través de la “Canadian Environmental Protection Act” de 1999.

⁵⁰⁵ Recogido en la “Hazardous Substances and new Organisms Act” de 1996 y la “Fisheries Act” de 1996.

⁵⁰⁶ FULLEM, G.D.: “The precautionary principle: environmental protection in the face of scientific uncertainty”, en *Willamette Law Review*, 31 (1995), pp. 495 y ss.; y CROSS, F.B.: “Paradoxical perils of the precautionary principle”, en *Washington & Lee Law Review*, 53 (1996), p. 851 y ss.

8.6. Doctrina Europea

La notable jurista francesa Geneviève VINEY⁵⁰⁷, destaca que “la teoría del riesgo creado ya aporta por el momento la protección necesaria para las víctimas de daños en el campo civil, aun cuando ello no obste a que en el futuro pueda acentuarse la necesidad de brindar una protección aún mayor, admitiendo la responsabilidad aún en supuestos de riesgos potenciales”. El principio precautorio, sostiene esta autora, “es la actitud que debe observar toda persona que toma una decisión concerniente a una actividad de la que se puede razonablemente esperar un daño grave para la salud o la seguridad de las generaciones actuales o futuras, o para el medio ambiente. Se impone especialmente a los poderes públicos, que deben hacer prevalecer los imperativos de salud y seguridad por encima de la libertad de intercambios entre particulares y entre Estados”.

Este principio ordena tomar todas las medidas que permitan, en base a un costo económico y social aceptable, detectar y evaluar el riesgo, reducirlo a un nivel aceptable y si es posible, eliminarlo. Al mismo tiempo, obliga a informar a las personas implicadas acerca del riesgo y de tener en cuenta sus sugerencias acerca de las medidas a adoptar. Este dispositivo de precaución debe ser proporcionado a la gravedad del riesgo y debe ser en todo momento reversible.

Dominique BOURG – Jean – Louis SCHLEGEL⁵⁰⁸, prefieren resaltar sus elementos: la magnitud de los daños potenciales que producirá la actividad que se emprenderá, y la incertidumbre de un riesgo nuevo, sin experiencia científica previa

Resumiendo, el jurista español, Francisco Javier SANZ LARRUGA⁵⁰⁹, nos advierte que: “Pese al generalizado reconocimiento del principio de precaución en muchos instrumentos normativos internacionales, existe –como señala DE SADELEER⁵¹⁰- una notable incertidumbre acerca de su estatuto jurídico y verdadero alcance normativo. Aunque en la mayor parte de los supuestos el principio de precaución presenta un valor meramente interpretativo o inspirador, según el mismo autor, “deberá (...) examinarse, caso por caso, si los términos empleados para describir el principio son

⁵⁰⁷ VINEY, Geneviève, “Le principe de précaution. Le point de vue d’un juriste”, p. 70, Les Petites Affiches, 30/11/2000. Además puede verse esta misma definición en KOURILSKY, Philippe – VINEY, Geneviève : « Le principe de précaution – Rapport au Premier Ministre, 15.10.1999, Edition Odile Jacob, París, 2000, p. 81.

⁵⁰⁸ BOURG, Dominique – SCHLEGEL, Jean – Louis: Parer aux risques de demain – Le principe de précaution, Editon du Seuil, paris, 200, p. 145- 146.

⁵⁰⁹ Véase el enjundioso trabajo del Profesor Titular de Derecho Administrativo titular del Módulo Jean Monnnet de Derecho Ambiental Universidad de La Coruña, SANZ LARRUGA, Francisco J., “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, Nº 1, 2002-1, p. 117- 131.

⁵¹⁰ DE SADELEER: “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en Revista de Derecho Ambiental, nº 25 (2000), pp. 9-38. ídem. Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l’environnement, Bruylant, Bruxelles, 1999.

suficientemente prescriptivos para decidir si es susceptible de aplicarse directamente con respecto a los Estados sin la interposición de eventuales normas de ejecución⁵¹¹. En cualquier caso, las jurisdicciones internacionales se han mostrado hasta el momento muy cautelosas en cuanto al valor consuetudinario del principio de precaución, negando su aplicación directa y autónoma⁵¹².

8.7. Doctrina Argentina

En materia de derecho de daños, Atilio ALTERINI, hace tiempo atrás, señalaba que “Es evidente que la teoría de la responsabilidad civil en su significado de Derecho de Daños (como por ejemplo lo emplea Santos Briz) o de Accident Law (como por ejemplo lo utiliza Calabresi) y asimismo en el que involucra las virtualidades del incumplimiento contractual, están en franca transformación. Interesa pues encontrar directivas orientadoras del sentido de esos cambios. En poco más de un siglo irrumpió la sociedad industrial que trajo como secuela el maquinismo, el urbanismo y desembocó en la sociedad postindustrial (Belt) o con otras denominaciones –superindustrial (Toffler) o neointindustrial (Valaskakis). En ese entorno las posibilidades de sufrir daños se incrementaron enormemente”⁵¹³.

Augusto M. MORELLO, dice que el derecho ambiental, “el otro yo Orteguiano”, supone indisolublemente el derecho a la vida, a la salud, implica una gran aproximación de lo privado a lo público, o dicho de otra manera, “la vida privada se tiñe de pública”. De lo expuesto surgen claramente los grandes desafíos que plantea la compleja -pero al mismo tiempo angustiante y vital- problemática ambiental: 1) en cuanto atañe a la plenitud de la vida, la lucha frontal contra el riesgo o peligro a la incolumidad ambiental; 2) saber encontrar un nuevo punto de equilibrio que recomponga la unidad sustancial-procesal, todo ello bajo la letra y el espíritu de la Constitución Nacional Argentina, que a partir de la reforma, consagra con privilegiado ropaje tuitivo, estos derechos de tercera y cuarta generación. Ello requiere de una nueva cultura jurídica. De un golpe de timón con la transfiguración de principios y estándares. Priorizando “respuestas vivas a los problemas de hoy”⁵¹⁴.

⁵¹¹ “Reflexiones sobre el estatuto jurídico...”, ob. cit. p. 19.

⁵¹² Por una parte, el “Tribunal Internacional de Justicia”, en los asuntos de los ensayos nucleares franceses de 1992 (caso “Nueva Zelanda c. Francia” de 22 de septiembre de 1995) y del proyecto “Gabcikovo-Nagyramos” en el Danubio (caso “Hungria c. Eslovaquia” de 25 de septiembre de 1997), ha evitado pronunciarse sobre la aplicación del principio. De otra parte, las jurisdicciones de la “organización Mundial del Comercio”, en varios litigios -los asuntos de 1998: “Comunidades Europeas-Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos”, “Australia-Medidas que afectan a la importación de salmón” y “Japón-Medidas que afectan a productos agrícolas”-, aun reconociendo la emergencia del “enfoque o principio de precaución”, no admiten todavía su valor consuetudinario de Derecho Internacional. Cfr., al respecto, el trabajo ya citado DE SALEDEER: “Reflexiones sobre el estatuto jurídico...”, ps. 19-21.

⁵¹³ ALTERINI, Atilio A.: “Contornos actuales de la responsabilidad civil”, p. 15, Cap. XI: “La sociedad industrial y post industrial. Incremento de las causas de daños potenciales”, Editorial Abeledo- Perrot, 1987.

⁵¹⁴ MORELLO, Augusto M. “El desafío en nuestros tiempos desde la perspectiva de la protección del medio ambiente”, en Revista Jurisprudencia Provincial, p. 521, Rubinzal- Culzoni, 1995.

Hemos señalado, en forma conjunta con Isidoro GOLDENBERG⁵¹⁵ en una nota anterior, que a los reparos que pueden esgrimirse contra la recepción del principio que nos ocupa, cabe replicar que se trata de un nuevo fundamento de la responsabilidad civil sustentado en la función preventiva a fin de neutralizar amenazantes riesgos de daños. Así el principio de precaución, precautorio o de cautela, en tanto incrementa fuertemente el deber de diligencia, instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos.

Es que como bien lo señala, con gran lucidez, Salvador BERGEL⁵¹⁶: “En materia de responsabilidad en general, se ha operado una profunda evolución relacionada con los cambios en los riesgos. En el Siglo XIX se la vincula al concepto de falta de previsión; en la primera mitad del siglo XX, lo que prevalece es la previsión de tipo universal, vinculándose los riesgos con estadísticas y probabilidades; es a partir de la segunda mitad de dicho siglo XX, con la aparición de los “megapeligros tecnológicos” y el denominado “riesgo global”, derivados, por ejemplo de la energía atómica y más recientemente de la ingeniería genética, que la prevención ya no es suficiente, ya que nos encontramos frente a una incertidumbre, dudas fundadas sobre el daño que se puede provocar”. Es así que concluye, el principio de precaución parte de la necesidad de establecer un cambio de percepción en cuanto al riesgo e implica actuar, aún en ausencia de evidencias científicas concretas, cuando razonablemente se estima que existe la posibilidad de un daño grave e irreversible

En ese sentido, Felipe GONZALEZ ARZAC⁵¹⁷ enseña que “en un importante trabajo publicado en 1995 por la revista “Droit et Société”, el profesor de la Universidad de San Luis (Bruselas) y Director del CEDRE (Centre d’ étude du Droit de l’ environnement) Francois OST, ha descrito al Derecho Ambiental como un laberinto, en donde la falta de efectividad es el Minotauro (monstruo devorador) y el hilo de Ariadna (arma con que Teseo derrotó a aquél) es la responsabilidad”. En este mismo trabajo, distingue: a) la responsabilidad – sanción de la falta, civil o penal, que satisface una exigencia ética, b) la responsabilidad como cobertura del riesgo que, con independencia de la falta y la culpa, mira hacia la reparación de la víctima; c) la responsabilidad como prevención, que es el fundamento del principio de precaución; d) la responsabilidad - participación, que conduce a asegurar el reconocimiento de los derechos de información, concertación y de defensa de los derechos de incidencia colectiva”.

⁵¹⁵ GOLDENBERG, Isidoro H.- CAFFERATTA, Néstor A. “El principio de precaución”, Jurisprudencia Argentina, 2002-IV, fascículo n. 6.

⁵¹⁶ BERGEL, Salvador, Cátedra de Bioética de la UNESCO: “Las variedades transgénicas y el principio de precaución”, Comunicación en Seminario internacional “Biotecnología y Sociedad”, desarrollado los días 16 y 17/11/1999 en Facultad de Derecho de la UNBA.

⁵¹⁷ GONZALEZ ARZAC, Felipe, en su artículo “Consideraciones sobre la responsabilidad por daño ambiental”, p. 71, en Agenda de Discusión sobre la Reglamentación del Artículo 41 de la Constitución Nacional. Presupuestos mínimos. Normas complementarias. Períodos de transición. Debates, CEADS, publicado en Julio de 2000.

8.8. Elementos Del Principio Precautorio

Luis FACCIANO⁵¹⁸, sostiene que “tres son los elementos que caracterizan al principio de precaución: a) la incertidumbre científica: principal característica de este principio que lo diferencia del de prevención; b) evaluación del riesgo de producción de un daño: se presenta aquí una situación paradójica, ya que se debe evaluar la posibilidad de la producción de efectos nocivos tal vez desconocidos; c) el nivel de gravedad del daño: el daño debe ser grave e irreversible y sólo en este caso juega el principio de precaución. La hipótesis de precaución nos pone en presencia de un riesgo no mensurable, es decir, no evaluable”.

En coincidencia, Roberto ANDORNO⁵¹⁹ predica que “teniendo en cuenta las normas nacionales e internacionales, pueden desde ya esbozarse tres requisitos: 1. Situación de incertidumbre acerca del riesgo. 2. Evaluación científica del riesgo. 3. Perspectiva de un daño grave e irreversible. Además de las tres condiciones esenciales mencionadas, el principio de precaución aparece habitualmente integrado por otros elementos, que podríamos calificar de “accesorios”, y que contribuyen a definir su perfil”. A saber: proporcionalidad; transparencia; carga de la prueba.

“Uno de ellos es la exigencia de proporcionalidad, que hace referencia al costo económico-social de las medidas a adoptar. Según esta exigencia, tales medidas deben ser soportables para la sociedad que debe asumirlas. No cualquier magnitud de riesgo potencial justifica cualquier medida de precaución, en especial si esta última supone una carga importante para la sociedad, por ejemplo, por implicar la pérdida de un gran número de puestos de trabajo. Otra exigencia del criterio de precaución es la transparencia en la difusión de los riesgos potenciales de ciertos productos o actividades, así como en la toma de decisiones por parte de las autoridades. No es justo que en una sociedad democrática las industrias oculten información acerca de los riesgos potenciales de los productos que lanzan al mercado”.

“En lo concerniente a la carga de la prueba, el principio de precaución autoriza al legislador a disponer en algunos casos de su inversión, obligando a quien desarrolla productos o actividades potencialmente dañosas a acreditar, en la medida de lo posible, que éstos no traen aparejado riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente. En ese sentido, la Comisión de la Unión Europea, en una Comunicación del 2 de febrero del 2000⁵²⁰ sobre las condiciones de aplicación del principio de precaución, ha aclarado

⁵¹⁸ FACCIANO, Luis, ob. cit., p. 247 y ss.

⁵¹⁹ ANDORNO, Roberto, ob. cit., Revista Jurídica Argentina La Ley, 18/07/2002.

⁵²⁰ SANZ LARRUGA, Francisco J., ob. cit. dice que el documento parte de la sensibilización de la opinión pública, experimentada en los últimos años, respecto a los riesgos a los que está potencialmente expuesta la población o su medio ambiente, y ante la controversia suscitada en cuanto a la aplicación del principio de precaución por parte de los responsables políticos, tratando de buscar un equilibrio al dilema al que se enfrentan constantemente, de una parte “la libertad y los derechos de los individuos, de la industria y de las empresas” y, de otra, “la necesidad de reducir el riesgo de efectos adversos para el medio ambiente y la salud

que no propugna la inversión de la carga de la prueba como regla general, sino que la prevé como una posibilidad que deberá examinarse caso por caso”.

Es que como dijo Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI⁵²¹ “El principio de precaución se aplica en todo aquello que supone resguardar derechos humanos y privilegia la hipótesis de que suceda lo peor, un daño irreversible, aún en un plazo muy largo”.

humana, animal o vegetal”. Reconoce que, en la práctica, su ámbito de aplicación es más extenso que la propia política de protección ambiental e interviene “en los casos específicos en los que los datos científicos son insuficientes, no concluyentes o inciertos, pero en los que la evaluación científica preliminar objetiva hace sospechar de que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal pudieran ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido por la Comunidad” (p. 2 y 10). Pasa a analizar los “Componentes del principio de precaución” (apartado 5) en el que describe: 1º.- los “factores que desencadenan el recurso al principio de precaución”, que puede resumirse en la “hipótesis de riesgo potencial” cuyos presupuestos son: “la identificación de efectos potencialmente peligrosos que se derivan de un fenómeno, de un producto o de un proceso”, y “una evaluación de riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión” (p. 15). 2º.- las “medidas que se derivan del recurso al principio de precaución”, que pueden concretarse en “la decisión de actuar o de no actuar”^{520[45]}, una decisión que es “política” y que “está en función del nivel de riesgo “aceptable” para la sociedad que debe aceptar el riesgo”.- El apartado más importante de la Comunicación es el 6º, donde se contienen las “Directrices para el recurso al principio de precaución”. En el supuesto de que los responsables políticos lleguen a la conclusión de que, tras una evaluación científica “lo más objetiva y completa posible” –realizada por expertos- existe un riesgo para el medio ambiente o para la salud y que la inacción puede traer graves consecuencias, habrán de adoptar las medidas adecuadas. Para ello se recomienda un procedimiento de toma de decisiones -y para el “estudio de las diferentes opciones de gestión de riesgo que puedan preverse”-, basado en los principios de transparencia y participación. Seguidamente se recogen todos los principios generales de aplicación a la gestión de riesgos: 1º.- La “proporcionalidad”: “las medidas deberían ser proporcionales al nivel de protección elegido” (p. 19). Así, por ejemplo, es contrario a este principio pretender alcanzar un nivel de riesgo cero, que raramente existe. Pero si resulta proporcionado tener en cuenta los efectos potenciales a largo plazo. 2º.- la “no discriminación”: es decir, “que las situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente, y que las situaciones diferentes no se traten del mismo modo” (p. 19). 3º.- la “coherencia”, lo cual implica que “las medidas deben ser coherentes con las medidas similares ya adoptadas en circunstancias parecidas o utilizando planteamientos similares” (p. 19). 4º.- el “análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción a la falta de acción”, que puede incluir un análisis económico coste/beneficio “cuando sea conveniente y realizable” si bien el mismo documento recuerda la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia según la cual las exigencias ligadas a la protección de la salud deberían tener mayor peso que las consideraciones económicas. 5º.- la “sujeción a revisión” de las medidas a la luz de los nuevos datos científicos, lo cual implica que las medidas adoptadas “deberán tener un carácter provisional” (p. 20). Por último, en cuanto a la importante cuestión de la “carga de la prueba”, las medidas de precaución deben ser capaces de designar a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa. La Comunicación se muestra partidaria de la inversión de la carga de la prueba sobre el productor, fabricante o el importador como en el supuesto previsto por algunas normas comunitarias a las que se aplica el principio de “autorización previa” antes de la comercialización de ciertos productos, aunque, fuera de este caso, recomienda que tal obligación no se prevea con carácter general. Finalmente, en las Conclusiones del “Consejo Europeo de Niza” de diciembre de 2000 se incorpora en su Anexo III una “Resolución del Consejo sobre el principio de cautela”.

⁵²¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Determinación de la filiación del clonado”, Jurisprudencia Argentina, 2001 - IV, fascículo n. 12.

8.9. En La Doctrina Brasileña

Antonio BENJAMÍN⁵²², apunta que “La necesidad de una tutela de anticipación, se impone de este modo, considerando la amenaza de que acaezcan daños graves e irreversibles cuya secuelas pueden propagarse en el espacio a través del tiempo. La falta de certeza científica acerca de la etiología de determinados procesos medioambientales y de los alcances de muchas relaciones ecológicas básicas contribuye a acentuar las dudas sobre el encuadramiento legal del ambiente como preciado bien jurídico. El deber de precaución obliga a tener en cuenta la probabilidad de importantes daños en la biosfera, situación que determina la exigencia de un mayor celo y cuidado ante la fundada sospecha de que se encuentre comprometida la integridad del medioambiente”.

“La transición del paradigma de la reparación para la prevención, todavía se muestra insuficiente. Es necesario, entonces, entrar en un estadio de mayor sofisticación (y efectividad), pasar a la actuación de precaución. El principio de precaución responde a la siguiente pregunta: Dada la incerteza científica sobre la peligrosidad ambiental de una actividad, ¿Quién tiene la carga de probar su ofensividad o inofensividad? ¿El proponente del proyecto o el órgano público, en otras palabras, sospechando que la actividad traiga riesgo al ambiente ¿Debe el poder Público asumir el prior de prohibirla (o regularla, imponiéndole patrones de seguridad riguroso), o diversamente debe la intervención pública ocurrir solamente cuando el potencial ofensivo haya sido claramente demostrado por el órgano regulador o por los representantes no gubernamentales de intereses ambientales, amparados en un raciocinio de probabilidades o, en los términos del derecho civil codificado, en el régimen de previsibilidad adecuada?”.

Para BENJAMÍN el principio es de tipo estructural: “La precaución distingue el derecho ambiental de otras disciplinas tradicionales, que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente –especialmente el derecho penal (responsabilidad penal) y el derecho civil (responsabilidad civil), porque estas tienen como prerrequisitos fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental, como la precaución procura apartar”. “De otro lado se inaugura una nueva fase para el propio derecho ambiental. Así ya no cabe a los titulares de derechos ambientales probar los efectos negativos (ofensividad) de emprendimientos llevados a la apreciación del bien público, como es en el caso de instrumentos afiliados al régimen de simple prevención, por ej., el estudio de impacto ambiental, por razones varias que no podemos aquí analizar (la disponibilidad de informaciones, cubiertas por secretos industrial es apenas una de ellas), se impone a los degradadores potenciales la carga de probar la inofensividad de la actividad propuesta”.

En conclusión, “En nuestro prisma, la precaución es el motor del cambio radical que el tratamiento de actividades potencialmente degradadoras viene sufriendo en los

⁵²² BENJAMÍN, Antonio E. “Derechos de la naturaleza”, p. 31 y ss., en la obra colectiva: “Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI, 2001, Abeledo- Perrot.

últimos años. Afirmándose la tesis –inclusive en el plano constitucional- de que hay un deber genérico y abstracto de no degradar el medio ambiente, se invierte, en el campo de esas actividades el régimen jurídico de ilicitud, ya que en las nuevas bases estas se presumen hasta que se pruebe lo contrario”.

Para el magistrado brasileño Álvaro Luis Valery MIRRA⁵²³ “la implementación del principio precautorio debe ser privilegiada a la prevención de riesgos de ocurrencia de daños graves e irreversibles, mismo ante la incertidumbre científica que pueda existir en lo tocante a los efectos nocivos de las conductas o actividades cuestionadas sobre el medio ambiente. La consagración del principio precautorio lleva a la adopción de un enfoque de prudencia y vigilancia en la aplicación del derecho ambiental en conductas y actividades efectiva o potencialmente lesivas para el medio en detrimento del enfoque de tolerancia”.

El histórico ambientalista Paulo A. LEMME MACHADO⁵²⁴ sostiene que en caso de certeza de daño ambiental, debe ser prevenido como lo preconiza el principio de prevención; pero en caso de duda o incerteza, también debe ser prevenido. Esta es la gran innovación del principio de precaución. La duda científica, expresada con argumentos razonables, no dispensa la prevención. No es necesario que se tenga prueba científica absoluta de que ocurrirá el daño ambiental, bastando el riesgo de que el daño pueda ser grave e irreversible, para que no se deje de disponer medidas efectivas de protección ambiental. A su turno, Cristiani DERANI⁵²⁵ dice que el principio de precaución está ligado a los conceptos de la aparición de peligro y seguridad de las generaciones futuras, como también de sustentabilidad ambiental de las actividades humanas. Así se procura prevenir no sólo la ocurrencia de daños al medio ambiente, como asimismo y más específicamente, el propio peligro de ocurrencia de daños. Por la precaución se protege contra los riesgos.

Por último, cabe agregar el significado de la palabra Precaución, que según Édís MILARÉ⁵²⁶ es sustantivo de verbo precaverse (del latín prae= antes y cavere= tomar cuidado) y sugiere cuidados anticipados, cautela para que una actitud o acción no venga a resultar en efectos indeseables.

8. 10. Diferenciación Con El Principio De Prevención

Así como el principio de prevención tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la

⁵²³ MIRRA, Álvaro L. Valery: “Derecho ambiental brasileño: el principio de precaución y su aplicación judicial”, p. 65, Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, 17 de septiembre 2003, Jurisprudencia Argentina, 2003-III, fascículo n° 12.

⁵²⁴ LEMME MACHADO, Paulo A.: “Estudios de Derecho Ambiental”, p. 37, Malheiros, San Pablo, 1994.

⁵²⁵ DERANI, Cristiane: “Derecho Ambiental Económico”, p. 167, Max Limonad, San Pablo, 1997.

⁵²⁶ MILARÉ, Edis: “Principios fundamentales de derecho del ambiente”, en Revista de Tribunales, vol. 756, p. 60, octubre 1998.

creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre.

No debe confundirse este principio con el de prevención⁵²⁷. En efecto, la prevención es una conducta racional frente a un mal que la ciencia puede objetivar y mensurar, o sea que se mueve dentro de las certidumbres de la ciencia. La precaución - por el contrario- enfrenta a otra naturaleza de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos en sí mismos.

En la doctrina argentina, Roberto ANDORNO⁵²⁸ ha dicho con razón que “el principio de precaución funciona cuando la relación causal entre una determinada tecnología y el daño temido no ha sido aún científicamente comprobado de modo pleno. Esto es precisamente lo que marca la diferencia entre la “prevención” y la “precaución”.

También señaló que “en el caso de la prevención”, la peligrosidad de la cosa o de la actividad ya es bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en un caso concreto. Un ejemplo típico de prevención está dado por las medidas dirigidas a evitar o reducir los perjuicios causados por automotores. En cambio, en el caso de la “precaución”, la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa, porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar respuesta acabada al respecto. Dicho de otro modo, la prevención nos coloca ante el riesgo actual, mientras que en el supuesto de la precaución estamos ante un riesgo potencial”.

Profundizando esta noción, LEITE y AYALA, establecen una distinción entre riesgo y peligro esencial para entender el círculo de aplicación propio de cada principio (de precaución / de prevención). Esclarecen que no hay dudas en que en estas especies de principios, está presente el elemento riesgo, más sobre configuraciones diferenciadas. El principio de prevención se da en relación al peligro concreto, en cuanto a que se trata del principio de precaución, la prevención está dirigida al peligro abstracto⁵²⁹.

En ese sentido, KOURILSKY y VINEY, explican que el peligro es el perjuicio que amenaza o compromete la seguridad, la existencia, de una persona o de una cosa, en tanto que el riesgo es un peligro eventual más o menos previsible. La distinción de un peligro potencial (hipotético o incierto) y riesgo confirmado (conocido, cierto, probado) funda la distinción paralela entre precaución y prevención⁵³⁰.

⁵²⁷ EWALD, F. “Le retour du malin génie. Esquisse d’une philosophie de la précaution, en BERGEL, S., ob. cit.

⁵²⁸ ANDORNO, Roberto: “El Principio de Precaución: un nuevo estándar jurídico en la Era Tecnológica”, Revista Jurídica Argentina La Ley, 18/07/2002.

⁵²⁹ LEITE, José Ruben Morato y AYALA, Patryck de Araujo: “Derecho ambiental en la sociedad de riesgo”, Río de Janeiro, Forense Universitaria, p. 58.

⁵³⁰ KOURILSKY, Philippe - VINEY, Geneviève: “Le principe de précaution”, Rapport au Premier Ministre, París, La Documentation Française, 2000, p. 151.

8.11. Ejercicio Activo De La Duda

Luis FACCIANO⁵³¹ enseña que “El principio de precaución implica un cambio en la lógica jurídica. Con razón se ha dicho que este demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta. La incertidumbre no exonera de responsabilidad; al contrario, ella la refuerza al crear un deber de prudencia”.

Se ha dicho con acierto que hallar una definición precisa del principio precautorio se vuelve una tarea compleja; es que su definición, remite inmediatamente a la noción incierta per se de incertidumbre científica. O, en otras palabras, el principio precautorio plantea a su respecto un presupuesto de incertidumbre, en relación al cual convendría esta particularmente atento, aunque sea mediante la abstención⁵³². Así en un Encuentro científico se concluyó que: “Cuando una actividad amenaza con dañar a la salud humana o al medio ambiente, deben adoptarse las pertinentes medidas precautorias, aun cuando todavía no se hayan establecido plenamente y de modo científico relaciones de causa-efecto”⁵³³.

Antonio BENJAMÍN, enfatiza que el derecho ambiental se preocupa entre sus objetivos, por el reconocimiento científico y tecnológico: primero para entender los problemas ambientales; segundo, para ofrecer soluciones viables y eficientes. La duda científica es uno de los aspectos más inquietante del derecho ambiental. ¿La sustancia X es segura? ¿La especie A desaparecerá o no?. La ciencia no responde a todas las preguntas que nos interesan desde el punto de vista del medio ambiente. Si no sabemos, mejor no asumir los riesgos, pues los perjuicios tienden frecuentemente, a ser irreversibles⁵³⁴.

⁵³¹ FACCIANO, Luis A. “La Agricultura Transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000”, p. 247 y ss., en obra colectiva: “Tercer Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario”, publicado por el Instituto de Derecho Agrario del Colegio de Abogados de Rosario, en febrero de 2001, con cita de LACOUNE, P. “La précaution un nouveau standard de jugement”, p. 131, en *Esprit*, 11/97, a su vez citado por BERGEL, S., “El principio precautorio y la transgénesis de las variedades vegetales”, versión preliminar, inédito.

⁵³² CANS, Chantal: “Le principe de précaution nouvel élément du contrôle de légalité », en *Revue Française de Droit Administratif*, n° 4, sirey, París, julio- agosto, traducido y publicado en *Investigaciones*, 1, 2000, p. 195 y ss, secretaria de Investigación del Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina).

⁵³³ Declaración de Wingspread, ciudad de Racine, Estado de Wisconsin, enero de 1998, Encuentro Nacional de académicos y especialistas de derecho ambiental, convocado por Science and Environmental Health Network SEHN, de los Estados Unidos de América.

⁵³⁴ BENJAMÍN, Antonio Ermann: “Derechos de la naturaleza, p. 31 y s.s., en obra colectiva *Obligaciones y Contratos en los albores del S.XXI*, Abeledo Perrot, 2001. También véase del mismo autor “Objetivos del derecho ambiental”, p. 57 y s.s., ponencia del 5to. Congreso Internacional de Derecho Ambiental, “El futuro control de la polución y de la implementación de la regulación ambiental”, San Pablo, del 4 al 5 de junio de 2001. Imprenta Oficial del Estado.

La incertidumbre –si bien de amplísimo rango– prácticamente jamás llegará a desaparecer por completo y para siempre pues “la incertidumbre es inherente a los problemas ambientales”, como lo expresara el Banco Mundial en su informe 1992⁵³⁵. Con razón los tribunales de USA han dicho que: “Esperar certidumbre normalmente nos habilitará solamente a reaccionar y no para una regulación preventiva”⁵³⁶.

Es que como lo señala Elena HIGHTON⁵³⁷, “no hay cálculos científicos que demuestren que la exposición a una sustancia contaminante en una concentración determinada sea segura”.

Por ello cabe reflexiones de Aníbal FALBO⁵³⁸: Los grados, tipos y formas que presente la incertidumbre en cada caso ambiental serán de lo más variado: ¿Cuáles son los efectos tóxicos de un compuesto a corto, mediando y largo plazo?, ¿cuáles son los efectos acumulativos de un compuesto aun cuando se detecte en cantidades inferiores a las tóxicas?, ¿el hecho de que una concentración de contaminante aparezca como tolerable, garantiza que no produzcan efectos dañosos en el futuro?, ¿cómo responden distintos ambientes u organismos a iguales contaminantes, incluso a iguales concentraciones?, ¿cuál ha sido el foco emisor de una contaminación detectada?, ¿Ha habido un solo foco emisor?, ¿en qué medida ha contribuido cada distinto foco emisor de la contaminación?

A estas cuestiones pueden agregarse otras tan complejas y ríspidas como las siguientes: ¿cuáles son los efectos de un compuesto tóxico presente en un ambiente previa y concomitantemente contaminado por otros compuestos tóxicos?, ¿cuáles serán los efectos en las generaciones actuales y venideras de concentraciones hoy tenidas como aceptables pero que mañana se descubran como perniciosas?, ¿qué hacer ante situaciones de riesgo o peligro potencial?, ¿en qué medida se ve disminuida la expectativa de vida y el bienestar de seres humanos afectados por contaminantes?, ¿cómo evaluar los daños potenciales, pero aún no presentes, de un contaminante en los organismos y el ambiente?, ¿en qué medida y gravedad afecta la aptitud vital estar expuesto a grados de contaminación por sobre los márgenes aceptados como seguros e, incluso, bajo dichos márgenes o estándares?, ¿existen márgenes aceptables (seguros) para cualquier tipo de organismo (enfermo o sano) y en cualquier circunstancia (niños, jóvenes, ancianos)?, entre muchas más.

⁵³⁵ Banco Mundial: “Desarrollo y Medio Ambiente”, informe del año 1992, p. 40.

⁵³⁶ in re Ethyl Corp v. EPA, 541 F. 2d. 1 D.C. Circ. 1976.

⁵³⁷ HIGHTON, Elena: “Reparación y Prevención del Daño al Medio Ambiente ¿Conviene dañar? ¿Hay derecho a dañar?”, p. 807, en obra colectiva, “Derecho de Daños”, parte 2º, Editorial La Rocca, 1993.

⁵³⁸ FALBO, Aníbal J. “El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales”, Jurisprudencia Argentina, 1995-IV, 976.

Valen entonces las cavilaciones docentes del profesor Carlos María Romeo CASABONA⁵³⁹ en el sentido que “es dudoso que en la actual sociedad del riesgo puedan aceptarse sin más matices afirmaciones como la apuntada por Kiundäuser, cuando sostiene que “para la seguridad de ciertos ámbitos de la vida que están expuestos a grandes peligros deben prohibirse ciertas acciones en tanto no se haya demostrado su carácter inofensivo, pues su puesta en práctica comportaría la paralización de actividades de gran trascendencia económica que se vienen realizando en la actualidad sin excesivas oposiciones”.

“En efecto, es evidente que el Derecho, no puede garantizar de modo absoluto la incolumidad de los bienes jurídicos ante cualquier forma de riesgo o de peligro para los mismos. El cumplimiento por parte de aquellos de su función social hace inevitable la aceptación de un cierto riesgo para los mismos, lo cual es conocido en la Dogmática penal como “riesgo permitido”. Pero, como se deduce de su propia descripción, el riesgo permitido apunta a un riesgo conocido, hasta cierto punto mensurable y previsible, lo que aboca como efecto a la prevención”.

“El dilema que surge ahora en la sociedad post industrial, del desarrollo biotecnológico y del impacto ambiental, consiste en despejar el interrogante de en qué medida es válido y aceptable aquel paradigma en relación con el riesgo ciertamente sospechado, pero no previsible, del riesgo no cuantificable o mensurable en sus dimensiones esenciales, del riesgo incierto por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo”.

“Mientras que el Derecho tradicional de la prevención ha venido basándose inexcusablemente en la idea de la previsión o de la previsibilidad, esto es, en las certidumbres más o menos precisas, buscando la reducción de los riesgos y su probabilidad, la precaución se orienta hacia otra hipótesis, la de la incertidumbre: la incertidumbre de los saberes científicos. Supone el tránsito del modelo de previsión (conocimiento del riesgo y de los nexos causales) al de incertidumbre del riesgo, al de incalculabilidad del daño y del posible nexo causal entre uno y otro, respecto a lo cual existe una presunción generalmente sustentada en cálculos estadísticos y en probabilidades. Ambos modelos confluyen, no obstante, en la prevención de un daño temido, que es el objetivo común”.

8. 12. Jurisprudencia En Derecho Comparado

Del Consejo de Estado francés⁵⁴⁰:

⁵³⁹ CASABONA, Carlos María Romeo: “Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho Penal. Resumen”. Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco/ EHU Lejona. “Aportaciones del principio de precaución al Derecho Penal”, Separata del libro “modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología”, Universidad Nacional de Educación a distancia, Madrid, 2000, p. 88- 89.

⁵⁴⁰ ANDORNO, Roberto, ob. cit., Revista Jurídica Argentina La Ley, 18/07/2002. A su vez, SANZ LARRUGA, cita los casos resueltos por este órgano jurisdiccional en los siguientes asuntos: “Arrêt Rossi” de

“Greenpeace c. Francia”, el 25/09/1998, hizo lugar al reclamo de la asociación ecologista Greenpeace, para que se suspendiera la autorización del cultivo en Francia de tres especies de maíz transgénico, basándose explícitamente para ello, en el principio de precaución, con sustento normativo en el artículo 200-1 del Código Rural (texto según ley Barnier)⁵⁴¹.

“Caso de la vaca loca”, el 24/07/99 intervino a raíz del recurso contra un decreto del gobierno que prohibía la elaboración de alimento para bebés en base a ciertos tejidos o líquidos corporales de origen bovino que presentaban riesgos potenciales de transmisión del virus EEB (encefalopatía espongiiforme bovina). El tribunal sostuvo la aplicabilidad del principio de precaución que se impone en materia de salud pública.

Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE)⁵⁴²

En primer lugar cabe destacar algunas sentencias relativas a la aplicación de los preceptos sobre libre circulación de mercancías (arts. 28 y 30 TCE) en las que se trataba la cuestión de si un Estado miembro podía, con base en los mismos, prohibir por razones de protección de la salud la importación de ciertos productos alimenticios producidos o comercializados en otro Estado miembro debido a que, de acuerdo con los conocimientos científicos, contenían determinadas sustancias con riesgo para la salud⁵⁴³.

4 de enero de 1995, donde el Consejo de Estado manifestó por primera vez su interés por la noción de precaución y que supuso la consagración del principio de precaución en la jurisprudencia administrativa francesa; el “Arrêt Greenpeace- France” de 25 de septiembre de 1998, que constituye el más revelador acerca de la voluntad del Consejo de conceder al principio de precaución un valor normativo (sobre el maíz transgénico); y el Arrêt de 28 de julio de 1999, sobre instalación de líneas de alta tensión.

⁵⁴¹ La Ley N° 95- 101, de 2 de febrero, sobre el refuerzo de la protección del medio ambiente, conocida como “Ley Barnier”, dispone que: “dependiendo de la incertidumbre, teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento, no se debe retrasar la adopción de medidas efectivas y proporcionadas dirigidas a prevenir un riesgo de daños graves e irreversibles al medio ambiente con un costo económicamente aceptable. También el Código Rural lo recoge en el artículo 200-1 citado; y más recientemente, se ha incorporado al “Código del Medio Ambiente”, en su artículo 110-1.

⁵⁴² En general: PRIEUR, Michel: “La jurisprudencia ambiental del TJ de las Comunidades Europeas”, p. 166-179, en “Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental”, 28 y 29 de noviembre de 2001, Comisión Nacional del Medio Ambiente y Centro de derecho Ambiental Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, LOM Ediciones, Junio 2003.

⁵⁴³ Seguimos las enseñanzas de SANZ LARRUGA, ob. cit. supra: “Así, en la famosa Sentencia “Casis de Dijon” de 20 de febrero de 1979, el TJCE condicionaba la justificación de una medida nacional de prohibición a la importación de un producto a los conocimientos científicos y los informes de los órganos consultivos especializados para evaluar la existencia de riesgos para la salud, lo cual constituye en la actualidad –la evaluación científica de los riesgos- un presupuesto necesario para la aplicación del principio de precaución. Por otra parte, en la Sentencia “Heijn” de 19 de septiembre de 1984, el TJCE declaró la necesidad revisar por parte de los Estados de importación los niveles máximos de protección (sobre plaguicidas) si los motivos que los justificaron habían sufrido alguna por el desarrollo científico. En este mismo sentido, en la Sentencia “Ley de la pureza de la cerveza” de 12 de marzo de 1987, el TJCE afirma que “... en la medida en que subsista la incertidumbre científica en el estado actual de la investigación científica, y a falta de armonización, son los Estados miembros quienes deciden en qué medida desean garantizar la protección de la salud y de la vida de las personas, teniendo en cuenta las exigencias de la libre circulación de mercancías dentro de la Comunidad” (FJ 40°), sin que, en este caso, sea contrario al Derecho comunitario el

Al juzgar la razonabilidad de una norma comunitaria adoptada en 1993 que prohibió el empleo por parte de los barcos pesqueros, de redes de más de 2500 metros de largo⁵⁴⁴.

Asimismo, al examinar una medida adoptada en 1996 por la Comisión Europea, en virtud de la cual prohibió el ingreso de carne bovina proveniente de Gran Bretaña, a raíz de la crisis de la “vaca loca”⁵⁴⁵.

establecimiento por los Estados miembros de una legislación que someta a autorización previa en empleo de ciertas sustancias (cfr. su FJ 42), que actualmente es una medida típica de precaución (para los OGM, por ejemplo). Sin embargo, el TJCE ha insistido en que las prohibiciones de comercialización de productos, potencialmente peligrosos para la salud, debe basarse en el principio de proporcionalidad, que, como vimos, es otro principio recomendado por la Comisión en la aplicación del principio de precaución. En la Sentencia “Fedesa” de 13 de noviembre de 1990, el TJCE rechazó un recurso contra la decisión del Consejo de prohibir la utilización de determinadas sustancias de efecto hormonal y en el que se alegaba la violación del principio de seguridad jurídica y de la confianza legítima; el Tribunal confirmó la validez de dicha decisión en el legítimo ejercicio de las facultades discrecionales del Consejo, teniendo en cuenta la evolución científica y dando respuesta a la inquietud despertada en numerosas organizaciones de consumidores (cfr. FJ 9). Por consiguiente, la seguridad jurídica no debe impedir que la evaluación científica de los riesgos para la salud de un determinado producto haga derivar restricciones y prohibiciones para su comercialización; es por lo tanto un trasunto del carácter dinámico de la precaución”.

⁵⁴⁴ Cfr. SANZ LARRUGA, ob. cit.: En este pronunciamiento, Sentencia “Armand Mondiet” de 24 de noviembre de 1993, -que es, por cierto, la más invocada por la doctrina como precedente del principio de precaución- relativa a un recurso contra la prohibición de utilización de ciertas “redes de enmalle de deriva”, prevista en el Reglamento 345/92 sobre medidas técnicas de conservación de los recursos pesqueros, el TJCE dio la razón a la Comisión pese que ésta había actuado sin atenerse exclusivamente a los dictámenes científicos -que no eran concluyentes- y dentro de su legítima facultad de apreciación para adoptar las medidas indispensables para lograr los objetivos de la política común de la pesca (cfr. FJ 31 a 36).

⁵⁴⁵ SANZ LARRUGA, Francisco Javier: “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, año 2002- 1, p. 117- 131, explica que: “Finalmente, son de gran trascendencia para la interpretación del principio de precaución las primeras decisiones del TJCE y del TPI dictadas con ocasión de la llamada “crisis de las vacas locas”. En el marco de esta crisis, el Reino Unido solicitó ante el TJCE la anulación de la Decisión 96/239/CE de la Comisión relativa a determinadas medidas de emergencia contra la encefalopatía espongiforme bovina (EEB) y de algunos otros actos de la Comisión. La solicitud de la suspensión de la ejecución de la citada Decisión por las autoridades de dicho país fue denegada por el TJCE en su Auto de 12 de julio de 1996, por considerar que, a pesar de las dificultades de orden económico y social resultantes para el Reino Unido, debía reconocerse la importancia preponderante de la protección de la salud, teniendo en cuenta que el conocimiento científico de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob era todavía insuficiente. Por su parte, el Presidente del TPI denegó en el Auto de 13 de julio de 1996 la misma petición de suspensión de la Decisión 96/239/CE presentada por la National Farmers’ Union y cuatro sociedades británicas del sector bovino, y en este Auto sentó una interesante doctrina jurisprudencial que se ha denominado “criterio del riesgo probable”. Tras aceptar que en este caso “no era posible emitir una estimación precisa del riesgo” (de transmisibilidad de la EEB) tampoco podía excluirse la existencia de dicho riesgo que, en todo caso, se estimaba como “probable”. Así, en el FJ 88 justificaba la adopción de medidas por la Comisión “...habida cuenta de las circunstancias del presente caso, que se caracterizan por la gravedad y amplitud del riesgo probable, la urgencia de la situación y la complejidad de la evaluación de sus múltiples aspectos, tanto sanitarios como económicos y sociales”, reconociendo además a la Comisión “una amplia facultad de apreciación para adoptar las medidas apropiadas y necesarias”. En definitiva, esta doctrina del “riesgo probable” se aproxima mucho al principio de precaución por cuanto que parte de una situación de incertidumbre científica y presume la existencia de riesgos graves ante los que no cabe esperar a adoptar medidas precautorias”.

El 5 de mayo de 1998, el Tribunal dictó, conjuntamente, las sentencias sobre el fondo de estos asuntos, con los mismos fundamentos, reconociendo el valor normativo del principio de precaución: “Cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

De la Corte Internacional de Justicia⁵⁴⁶

En los casos en los que se ha planteado el tema, ha evitado cuidadosamente pronunciarse.

“La Corte Internacional de Justicia, órgano internacional que al momento de juzgar un caso concreto tiene facultad para decidir si una práctica de los Estados

“Todavía dentro de la problemática originada por la “crisis de la vacas locas”, el TJCE dictó en 1998 dos sentencias con idénticos argumentos jurídicos: la Sentencia “Reino Unido/Comisión” de 5 de mayo de 1998 y la Sentencia “National Farmers’ Union” de 5 de mayo de 1998. Por primera vez se hace referencia en estas sentencias a los principios de cautela y de acción preventiva del art. 174,2 TCE. En la primera se desestimaba el recurso presentado por el Reino Unido que pretendía la anulación de la repetida Decisión 96/239/CE basándose en diversos argumentos impugnatorios como la vulneración del principio de proporcionalidad, la desviación de poder, la vulneración del principio de libertad de circulación de mercancías, etc. El TJCE rechazaba todos los argumentos de las autoridades británicas y, en particular, la alegación de falta de proporcionalidad estimando que la Comisión no había rebasado los límites de lo que resultaba apropiado y necesario para el logro de los objetivos comunitarios; ante la incertidumbre de los riesgos ocasionados por la “crisis de las vacas locas”, el Tribunal señalaba que debía admitirse que “cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de los riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos” (FJ 99). Se contiene aquí una atinada descripción del supuesto de hecho del principio de precaución y además se reconoce la provisionalidad y el carácter transitorio de las medidas de referencia que habrán de revisarse, en su caso, de acuerdo al avance del desarrollo científico que pueda experimentarse”.

“También en relación al Derecho Ambiental, ha despertado particular interés la Sentencia “Greenpeace France” de 21 de marzo de 2000 que gira en torno al régimen jurídico de los polémicos “organismos genéticamente modificados” (OMG). El origen de esta sentencia trae causa de dos cuestiones prejudiciales planteadas, en diciembre de 1998, al TJCE por el Consejo de Estado Francés, que fueron suscitadas en el seno de un recurso de anulación interpuesto por la asociación ecologista “Greenpeace France” –al que se acumularon, con la misma pretensión, otros cuatro recursos interpuestos por otras asociaciones y particulares– contra una Orden del Ministerio de Agricultura y Pesca francés, en el que alegaba que ésta había sido adoptada con arreglo a un procedimiento irregular y que infringía el principio de precaución”. Para su conocimiento remitimos al trabajo de SANZ LARRUGA, ob. cit.

“La doctrina jurisprudencial de las anteriores sentencias de 5 de mayo de 1998 se vio confirmada ese mismo año por el TPI en su Sentencia “Bergaderm” del 16 de julio de 1998. En esta decisión el TPI rechazaba un recurso presentado por la empresa farmacéutica Bergaderm S.A. contra la decisión de la Comisión de prohibir la utilización de una sustancia (psoralenos) en la fabricación de cremas solares y productos bronceadores; se reconocía la diligencia de la Comisión en la fundamentación científica de la medida adoptada y se reproducía la formulación del supuesto de hecho para la aplicación del principio de precaución contenido en el FJ 99 de la Sentencia “Reino Unido/ Comisión” y el FJ 63 de la Sentencia “National Farmers’ Union”.

⁵⁴⁶ TRIPELLI, Adriana: “El principio de precaución en la bioseguridad”, p. 283 y ss, III Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario.

constituye una norma de Derecho Internacional general o consuetudinaria, tuvo oportunidad de hacerlo en dos casos, pero sin embargo prefirió abstenerse. El primero de estos casos, fue el de Nueva Zelanda con Francia en 1995 (que pretendió reabrir el caso, con motivo de los ensayos nucleares de 1974, que se proyectaban repetir a partir de 1995). Según Nueva Zelanda, Francia, antes de llevar a cabo dichos ensayos, se veía obligada por el principio de precaución a realizar un estudio de impacto sobre el medio ambiente y demostrar que dicha actividad no provocaría daño alguno. Francia por su parte, manifestó que a pesar de no ser éste el tema fundamental del debate, cumplía con las últimas exigencias de Derecho Internacional en materia de prevención de daños al medio ambiente. Pero indudablemente, esta manifestación no implicaba admisión alguna sobre la inversión de la carga de la prueba ni sobre el alcance del principio de precaución; la Corte decidió que no debía reabrirse el caso pues los hechos invocados por Nueva Zelanda variaban del caso original de 1974...”.

“El segundo caso fue el de Gabcikovo- Nagymaros (Hungría c/ Eslovaquia). Hungría invocó el principio de precaución para justificar el incumplimiento de un Tratado firmado en 1977 con Checoslovaquia, relativo a la construcción de esclusas sobre el río Danubio. En su planteo, el gobierno húngaro proponía combinar el principio de precaución con la obligación de no causar un daño al medio ambiente de otros países. Para ello, el Estado que se proponía llevar a cabo una actividad peligrosa tenía la obligación de demostrar que ésta no tendría efectos nocivos. Si así fuera, ese Estado debía modificar o abandonar el proyecto. Eslovaquia por su parte, estimó que Hungría no había probado que el principio de precaución formaba parte del Derecho Internacional y que, sólo demostró que era un principio rector. La Corte en su fallo, sólo hizo referencia al principio de prevención al decir que “la Corte no pierde de vista, en el campo de la protección al medio ambiente, la vigilancia y la prevención se imponen en virtud del carácter irreversible de los daños provocados al medio ambiente y de los límites de los mecanismos de reparación para este tipo de daños...”.

De la Organización Mundial de Comercio.

El órgano de apelación de la OMC en su decisión de 1998, se inclinó por la posición norteamericana, entendiendo que aún no había uniformidad de criterios para considerar al principio de precaución, como una regla de derecho internacional, al menos fuera del derecho ambiental (Estados Unidos y Canadá contra la Unión Europea, a raíz de la decisión de esta última de prohibir el ingreso de carne bovina tratada con hormonas sintéticas, proveniente de América del Norte, sobre la base del principio de precaución).

8.13. La Obligatoriedad Del Principio Precautorio

El principio precautorio reviste vital importancia en la resolución de las causas ambientales.

Roberto ANDORNO⁵⁴⁷, señala que “en el marco de la reflexión acerca del principio de precaución, resulta pertinente acudir a la noción clásica de prudencia y, sobre todo, a la prudencia política, porque en el fondo, de lo que se trata con este principio es de la puesta en práctica de esta virtud”.

Es que el principio precautorio está atado, en cuanto a la obligatoriedad en general de los principios, que al decir de DWORKIN, apuntan a que “Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir, es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta si viene al caso como criterio que lo determine a inclinarse en uno u otro sentido”.

Héctor SABELLI⁵⁴⁸ ha dicho que la juridicidad de los principios viene de su intrínseca razonabilidad. A su vez, un filósofo del derecho, Renato RABBÍ BALDI CABANILLAS⁵⁴⁹, destaca que los operadores del derecho (jueces, legisladores, abogados), recurren constantemente a ellos por su capacidad para guiar racionalmente su actividad. Al aplicar un principio jurídico a un caso, el juez da vida a ese principio, da vida al derecho, en el sentido afirmado por ZAMPAIO FERRAZ JR, TERCIO⁵⁵⁰.

“El principio de precaución supone situaciones en las que el gobernante debe ejercer la prudencia a fin de tomar decisiones sobre determinados productos o actividades de los que se sospecha, con un cierto fundamento que son portadores de riesgo para la sociedad pero sin que se tenga a mano una prueba definitiva y contundente de tal riesgo. En tales supuestos, la autoridad debe hacer un esfuerzo de prudencia, es decir, de una adecuada apreciación de las circunstancias del caso, para lograr el equilibrio entre dos extremos: por un lado, el temor irracional ante lo novedoso por el sólo hecho de ser novedoso, y por el otro lado, una pasividad irresponsable ante prácticas o productos que pueden resultar gravemente nocivos para la salud pública o el medio ambiente”⁵⁵¹.

En ese sentido, los detractores del principio estiman que, como máximo, la precaución podría considerarse como un objetivo de carácter general, una directriz para el

⁵⁴⁷ DWORKIN, Ronald, ob. cit., en nota 6, p. 77.

⁵⁴⁸ SABELLI, Héctor, ob. cit., p. 26.

⁵⁴⁹ RABBÍ- BALDI CABANILLAS, Renato: “El derecho natural como núcleo de racionalidad de la realidad jurídica”, en Rabbi- Baldi Cabanillas, Renato (coord.), “Las razones del derecho natural”, 2000, Ed. Ábaco, p. 33 y 34.

⁵⁵⁰ ZAMPAIO FERRAZ JR, Tercio: “O justo es o belo”, ponencia presentada en las XIV Jornadas Argentinas de Filosofía, jurídica y Social, Mar del Plata, Octubre 2000. De la doctrina del hermano país de Brasil, véase MIRRA, Álvaro Luiz: “Direito Ambiental brasileiro: O princípio do precaução e sua aplicação judicial”, en Jurisprudencia Argentina, 2003-III-1286.

⁵⁵¹ ANDORNO, Roberto: “Pautas para una correcta aplicación del principio precautorio”, número especial, “Bioética”, bajo la coordinación de Pedro F. HOOFT, Jurisprudencia Argentina, 2003- III, fascículo n. 4, p. 29.

desarrollo de una política; pero que sería excesivo consagrarlos como un principio jurídico fundamental⁵⁵².

LE TOURNEAU⁵⁵³, en un trabajo publicado en la Argentina señala que se ha dicho que “este principio conduce a considerar como culpable, no sólo a aquel que no ha adoptado las medidas de prevención del riesgo conocido o previsible, sino igualmente aquél que, en situación de incertidumbre o de duda, no haya sido adoptado un trámite de precaución, consistente por ejemplo, en retardar la salida a la venta de un producto (MARTÍN, G.)⁵⁵⁴.

El autor teme que “esta refundación” de la responsabilidad por culpa, tenga por corolario, a término, la exclusión de la responsabilidad objetiva. Este temor es injustificado: La reconstrucción del derecho de la responsabilidad debe operarse distinguiendo la necesaria garantía de las víctimas de daños corporales y la sanción, fuera de ese ámbito, de verdaderos comportamientos culposos. Admitir el principio de precaución como un fundamento nuevo conduciría a serios trastornos, ¡una responsabilidad sin víctima, sin perjuicio y sin indemnización! (MAZZEAU)⁵⁵⁵. Aunque no suscita desconfianza en sí, contiene “los gérmenes de litigios por venir fundados sobre una cuestión inédita para los decisores tanto públicos como privados”: “Cómo ha administrado Usted la incertidumbre”(BRUN, Ph.)⁵⁵⁶.

8. 14. Jurisprudencia Ambiental Argentina

Este principio ha recibido favorable acogida en la doctrina judicial argentina, en un fallo de la Cámara Federal de La Plata, Sala II, del 8 de julio 2003, “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE- EDESUR s/ Cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”⁵⁵⁷, proveniente del Juzgado Federal

⁵⁵² Véase el trabajo de DURAN MEDINA, Valentina – URBINA BENAVIDEZ, Cecilia: “Regulación de la contaminación electromagnética en Chile a la luz de los principios precautorio y de acceso a la información ambiental”, p. 273, en “Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental”, 28 y 29 de noviembre 2001, citada. Vid. sobre la materia, VON MOLKE, Konrad: “The relationship between Policy, Science, Technology, Economics and Law in the Implementation of The Precautionary Principle”, Freestone, David & Hey, Ellen. *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*. The Hague: Klumer Law 1966; y Zaccai Edwain & Missa, Jean (ed.) *Le principe de precaution. Significations et Consequenses*. Editions de l’ université de Bruxelles, 2000.

⁵⁵³ LE TOURNEAU, Philippe : « Reflexiones panorámicas sobre la responsabilidad civil » en el magnífico “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo IV, de TRIGO REPRESAS, Félix A. LÓPEZ MESA, Marcelo J., publicado por La Ley, p. 901 y ss., en especial apartado 26, 27, 28, p. 918 a 920, del eximio profesor de la Facultad de Derecho de Toulouse, Francia.

⁵⁵⁴ MARTÍN, G. “Précaution et évolution du droit », en Dalloz, 1995, sec. Chronicle, p. 299, espec. II, 1°.

⁵⁵⁵ MAZZEAU, D., “Responsabilité civile et précaution”, « La responsabilité civile à l’aube du XXI siècle », en Resp. civ. et assur, junio de 2001, n° 19 y ss.

⁵⁵⁶ BRUN, Ph., “Rapport Introductif”, dans « La responsabilité civile à l’aube du XXI siècle », en Resp. civ. et assur, junio de 2001, N° 34.

⁵⁵⁷ Cámara Federal de La Plata, Sala II, autos: “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c/ ENRE- EDESUR s/ cese de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, fallo del

Nº 2 de la localidad de La Plata, atento la duda científica para determinar si los campos electromagnéticos de frecuencia extremadamente baja, pero de exposición a largo plazo, constituyen la causa de afecciones cancerígenas, en relación a una planta transformadora de media tensión a baja tensión, denominada “Subestación SOBRAL”, ubicada en Ezpeleta, Partido de Quilmes, Provincia de Buenos Aires.

Este estado de incertidumbre técnica, queda demostrado, a juicio del Tribunal, por las recientes investigaciones llevadas a cabo por la Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer, un agencia de la OMS; como asimismo de la IARC, el Consejo de Salud de los Países Bajos y por un experto Grupo de Consejeros del Consejo Nacional de Protección Radiológica del Reino Unido. Precisamente, este último organismo concluyó que “se mantiene la posibilidad de que las exposiciones intensas y prolongadas a los campos electromagnéticos puedan aumentar el riesgo de leucemia en niños”.

En otra causa, caratulada “CASTELLANI, Carlos E. Y otros s/ acción de amparo”⁵⁵⁸, el 11 de marzo de 2003, el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, tuvo ocasión de pronunciarse sobre las siguientes cuestiones:

Nos preguntamos: ¿Constituyen las antenas de telefonía celular una amenaza para el medio ambiente?, ¿ponen en peligro o riesgo el ambiente, o la salud, o la seguridad?, ¿generan ciertamente perjuicio al medio ambiente?. También surgen otros interrogantes: La exposición a campos magnéticos, provenientes de dichas instalaciones, ¿producen lesión manifiesta a la salud, a la vida, al medio ambiente? La denominada corona electromagnética, ¿es potencialmente peligrosa o más aún, dañina para la salud o el medio ambiente?

La exposición a la radiación de radiofrecuencia, a través de antenas de telecomunicación, ¿produce contaminación visual, sonora y electromagnética?, ¿existen pruebas convincentes de los efectos nocivos de la radiación no ionizante?

Es cierto que la Organización Mundial de la Salud ha iniciado el Proyecto Internacional de Investigación de campos electromagnéticos, para dar respuesta adecuada a estos interrogantes de la ciencia. Los mosoportes de antenas, las posibles contaminaciones que causan las estaciones de base del sistema de telecomunicaciones móviles, es la cuestión que debió abordar el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en el fallo del 11 de marzo 2003, en el marco de un proceso de amparo, iniciado por

8 de julio 2003, Revista Jurídica El Derecho, Serie Especial Ambiental, 22.04.2004, bajo anotación de COSSARI, Nelson G.A.: “Electropulción y daño ambiental”, p. 15.

⁵⁵⁸ “CASTELLANI, Carlos y otros s/ amparo”, Superior Tribunal de Córdoba, 11.03.2003, bajo comentario de CAFFERATTA, Néstor A., “Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba”, La Ley Córdoba, año 20, número 10, noviembre de 2003, p. 1200.

mencionado Carlos Castellani y otros, contra la Municipalidad de la ciudad de Oncativo, donde se erigirían cuatro antenas de telefonía celular.

En una sentencia de enorme relevancia doctrinaria judicial, el tribunal por mayoría rechazó la demanda, por cuestiones formales (mayor debate y prueba); sin embargo, el voto de la minoría, en disidencia en cuanto a lo resuelto en el fondo de la controversia, dejó sentada la posición que ante la duda científica, recoge en su plenitud el principio precautorio.

8.15. Jurisprudencia Brasileña

Se cita la decisión del Tribunal Regional Federal de 1º Región, relativa al Proyecto Hidrovía Paraguay - Paraná, en virtud del principio precautorio se ordena la realización de un estudio de impacto ambiental en toda la extensión del río y no por partes, Agravo regimental nº 2001.01.00.001517-0/MT. Estado De Mato Grosso do Sul versus Ministerio Público Federal, relator Juez Tourinho Nerto, 29 de marzo 2001.

También la decisión adoptada por el Juez Federal titular de 6º Vara de Sección Judicial de Distrito Federal, Antonio Souza Prudente, en sede de acción cautelar judicial por el Instituto Brasileño de Defensa del Consumidor- IDEC contra la Unión Federal y las empresas Monsanto y Monsoy LTDA, visando impedir autorización para cualquier pedido de plantación de soja transgénica round up ready antes de que se proceda a regulación de la materia y un previo Estudio de Impacto Ambiental.

Merecen mención las decisiones proferidas por la Justicia de Derecho del Estado de San Pablo, en sede de acciones civiles públicas, movidas por el Ministerio Público, visando obtener de las empresas destilerías, el cumplimiento obligado de no hacer, consistente en abstenerse de utilizar fuego para la limpieza de suelo, preparando la plantación y colección de caña de azúcar, sobre el fundamento de que este procedimiento acarrea serios riesgos para la salud pública y el medio ambiente⁵⁵⁹.

También se puede citar en este sentido, la decisión del Juez de Derecho de Estado de San Pablo, que en acción civil pública promovida por el Ministerio Público, condenó a la empresa de telefonía celular al cumplimiento obligado de no hacer, consistente en abstenerse de practicar cualquier acto preparatorio de construcción de antena de teléfono celular no local⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ 2º Vara da Comarca de Sertãozinho, Acción civil pública, Quemada de caña de azúcar. Degradación del medio ambiente. Competencia. Proceso nº 406/93, juez de Derecho Álvaro L. V. Mirra, 17 de abril 1995, Revista de Derecho Ambiental, San Pablo, n. 1, p. 238, enero/ junio 1996.

⁵⁶⁰ Juez de Comarca de Udatuba / SP. Acción civil pública con pedido liminar. Abstención de construcción de antenas de telefonía celular. Paralización de actividades preparatorias para su implementación. Proceso nº. 1076/98 Jueza de Derecho Mónica de Cássia Thomas Perz Reis Lobo, 06. nov.1998, Revista de Derecho ambiental, San Pablo, n. 13, p. 144, enero/ marzo 1999.

A propósito en otra demanda similar, en cuanto se cuestionaba la instalación de una antena de torre receptora de telefonía celular, el Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul, entendió que no habiendo demostrado riesgo a la salud ni riesgo a la integridad de la comunidad circundante de la obra, no hay razón para mantener la veda concedida por la liminar agravada⁵⁶¹.

8. 16. Aplicabilidad Del Principio Precautorio

Hemos ensayado un breve estudio introductorio de la temática apasionante del principio precautorio⁵⁶². Hasta el día de hoy, la jurisprudencia dictada por las jurisdicciones comunitarias, a diferencia del Tribunal Internacional de Justicia y de los paneles de la OMC, permite afirmar con DE SADELEER⁵⁶³ que “el principio precautorio constituye una verdadera regla de Derecho de aplicación directa”⁵⁶⁴. Creemos más allá de las polémicas que suscite el concepto, que viene a cumplir un rol necesario en la defensa del medio ambiente, ensanchando, desde otro punto de vista, enormemente las fronteras de la responsabilidad civil.

También participa de esta postura Valentina DURÁN MEDINA – Cecilia URRINA BENAVIDES⁵⁶⁵ para quiénes el principio precautorio es un principio fundamental de la política y Derecho Internacional del Medio Ambiente que la comunidad internacional ha aprobado y aplicado como principio jurídico en innumerables acuerdos internacionales, que se está integrando progresivamente en las legislaciones nacionales y que ha sido aplicado por los tribunales nacionales en varios Estados.

En el derecho argentino, el principio precautorio es una categoría legal explícita, contenida en la ley 25.675 General del Ambiente, por lo que su campo de aplicación es claro, categórico, constituyendo un mandato de optimización. El riesgo potencial o hipotético, caracteriza el ámbito de actuación del principio precautorio. El riesgo real, efectivo, concreto, el ámbito propio de actuación del principio preventivo. Ambos se enlazan, y levantan barreras de evitación del daño ambiental, que para el primer supuesto es grave e irreversible.

⁵⁶¹ Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul. Agravo de instrumento n° 5985323674. Relator Des. Perciano de Castilhos Bertolucci, 11 de febrero 199, Tribunal de Justicia de Río Grande do Sul.

⁵⁶² Para ampliar véase MIRRA, Álvaro L. Valery: “Acción civil pública y reparación del daño al medio ambiente”, p. 247 y ss, Editora Juárez de Oliveira, 2002. MILARÉ, Edis: Derecho de Ambiente, p. 101, Revista Dos Tribunais, 2000. ESTRADA OYUELA, Raúl- AGUILAR, soledad: “El Principio o enfoque precautorio en el derecho Internacional y en la Ley General del Ambiente”, La Ley – suplemento de Derecho Ambiental FARN, año X, N° 4, 22 de septiembre de 2003. ANDORNO, Roberto: “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, Jurisprudencia Argentina, 2003-III, fascículo n. 4, julio 23 de 2003.

⁵⁶³ DE SADELEER: “Reflexiones sobre el Estatuto Jurídico del principio de precaución”, en Revista de Derecho Ambiental, p. 26, N° 25, 2000.

⁵⁶⁴ SANZ LARRUGA, Francisco J., ob. cit. supra.

⁵⁶⁵ DURAN MEDINA, Valentina – URBINA BENAVIDEZ, Cecilia: “Regulación de la contaminación electromagnética en Chile a la luz de los principios precautorio y de acceso a la información ambiental”, p. 273, en “Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental”, 28 y 29 de noviembre 2001, citada.

Por último, referente al principio de precaución, estas reflexiones:

- 1) La relación es directamente transitiva. Frente al riesgo de daño superior, mayor protección. O dicho en otras palabras, cuando se registra una situación de riesgo que puede llevar a un daño de características relevantes irreparables, debe otorgarse más protección.
- 2) También debe precisarse que su ámbito de aplicación es impedir la consumación del daño grave e irreversible, a cuyo efecto atrapa el riesgo en grado de ausencia de información o incertidumbre científica.
- 3) Opera frente a la duda técnica del riesgo de daño calamitoso.
- 4) Se trata de evitar situaciones de riesgo que por entidad, significativa, relevante, serio, de peso, de mucha importancia, que entraña mega peligro, que puede causar un perjuicio del que no existe retorno, recomposición, restablecimiento factible, restitución o reposición, restauración in natura o que pasado a otro estado no puede volver al estado anterior.
- 5) Se instala en el punto del conocimiento del riesgo hipotético, potencial, aunque con un grado de conocimiento que lejos de la certeza, se ubica en un punto de probabilidad superior a la posibilidad, aunque no necesariamente coincide con la alta probabilidad.
- 6) Presupone la identificación de efectos potencialmente peligrosos, que se derivan de un fenómeno, de un producto o de un proceso, y una evaluación de riesgos que, debido a la insuficiencia de los datos, a su carácter no concluyente o a su imprecisión, no permite determinar con una certeza suficiente el riesgo en cuestión.
- 7) En el supuesto de que los responsables políticos lleguen a la conclusión que tras una evaluación científica “lo más objetiva y completa posible” – realizada por expertos -, existe un riesgo para el medio ambiente o para la salud y que la inacción puede traer graves consecuencias, habrán de adoptar las medidas adecuadas. Para ello se recomienda un procedimiento de toma de decisiones – y para el estudio de las diferentes opciones de gestión de riesgo que puedan preverse“, basado en los principios de transparencia y participación.
- 8) En tanto no requiere certeza, conlleva un cambio en la lógica jurídica.
- 9) Invierte el régimen de juridicidad, produciendo mudanzas en la carga de la prueba, y la licitud de la actividad.
- 10) Integra el núcleo del derecho ambiental.

- 11) Se levanta como un principio estructural, de base organizativa.
- 12) Se inscribe dentro de los modernos instrumentos anticipatorios, de evitación o manejo de riesgo, amenaza, o peligro de daño grave e irreversible, genéricamente inhibitorios.
- 13) Desde el punto de vista clásico, a la luz de las normas procesales, irradia su influencia sobre las cautelares, imponiéndole formas atípicas de adopción.
- 14) En lo sustancial, constituye un nuevo fundamento de la responsabilidad civil por daño, que ensancha las fronteras de la misma.
- 15) Incrementa el deber de diligencia, aumenta el control, cuidado, y vigilancia. Refuerza el principio de prevención.
- 16) Asimismo califica el deber de prudencia.
- 17) En su aplicación deberá observarse transparencia, la proporcionalidad, la no discriminación, el análisis de las ventajas y los inconvenientes que se derivan de la acción o falta de acción; y quedará sujeto a revisión a la luz de los nuevos datos científicos, lo cual implica que las medidas adoptadas deberán tener un carácter provisional.

Para ampliar véase “El principio de precaución”, GOLDENBERG, Isidoro H – CAFFERATTA, Néstor A., *Jurisprudencia Argentina*, 2002-IV, 1442. CAFFERATTA, Néstor A.: “Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba”, *La Ley Córdoba*, Año 20, Nº 10, noviembre 2003, p. 1200. “El Principio Precautorio”, *RRCyS*, año V, Nº 6, noviembre- diciembre de 2003. *Ib. ídem.*, “Principio precautorio y Derecho Ambiental”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 2004-A-1202. “Principio precautorio en el derecho argentino y brasileño”, *Revista de Derecho Ambiental LEXIS NEXIS*, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina RDAM Nº 5, Enero/ Marzo 2006, p. 67. También puede consultarse el trabajo de BERGEL, Salvador D.: “La recepción del principio precautorio en la ley general del ambiente”, *Revista Jurídica El Derecho, Serie Especial Ambiental*, 22.04.2004, p. 1. *Ídem.*, “Introducción del principio precautorio en la responsabilidad civil”, en obra colectiva “Derecho Privado”, Homenaje al Profesor Doctor Alberto J. BUERES, Editorial Hammurabí, 2001. ANDORNO, Roberto: “Pautas para una correcta aplicación del principio de precaución”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003-II, fascículo n. 4, p. 29 y ss. *Ídem.* “El principio de precaución: un nuevo estándar jurídico para la Era Tecnológica”, *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 18.07.2002. Y la bibliografía citada más arriba en este trabajo. RODRIGUEZ, Aldo: “Principio precautorio. Aplicación jurisprudencial”, *RDAM* 6, Abril/ Junio 2006, p. 229.

Una obra colectiva de imprescindible lectura: “Princípio da Precaução” con la coordinación de Marcelo DIAS VARELA / Ana Flávia BARROS PLATIAU, de la Colección de Derecho Ambiental en Debate N° 1, ESMPU / Del Rey, Belo Horizonte, 2004. Además, consultar la obra EL PRINCIPIO PRECAUTORIO de Aldo MILANO SÁNCHEZ, Editorial Jurídica Continental, 2005.

9. Principio De Responsabilidad

Tal como aparece enunciado en la Ley Ambiental Argentina N° 25.675, apunta a reforzar la idea de INTERNALIZAR los costos ambientales sobre todo en cabeza del generador degradante del ambiente. Conforme el principio 16 en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Conferencia Naciones Unidas de 1992: “Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debería, en principio, cargar los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”.

Asimismo, sienta las bases para desarrollar un sistema de legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Vid. Principio 13 de la misma Declaración de Río: “Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar, asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnizaciones por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción”.

En otras palabras, se trata de la mentada por la doctrina nacional de Brasil, responsabilidad integral del degradador, explicable “por este principio la persona responsable, directa o indirectamente, por degradación de la calidad ambiental (persona física o jurídica) está sujeta a sanciones civil, administrativa y penales, aplicables acumulativamente”⁵⁶⁶.

Cabe señalar que en materia de responsabilidad internacional, ya el Principio 22 de la Declaración de la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, inducía a los Estados a cooperar para establecer el derecho de la responsabilidad internacional en la materia.

En ese sentido, adquiere relevancia el principio “contaminador-pagador, adoptado ya por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo OECD, en

⁵⁶⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino: “Principios constitucionales y faltas administrativas ambientales”, p. 117, Revista de Direito Ambiental, año 5, Janeiro, marzo 2000, Editora Revista Dos Tribunais.

1972⁵⁶⁷. Esto es, hacer soportar a los responsables de la contaminación o degradación, las erogaciones necesarias para prevenir o corregir el deterioro ambiental, tratándose de “costos sociales”, que antes no se incluían en los cálculos costos- beneficios. O sea, dicho de otra manera más adecuada a nuestras instituciones, quién crea el “riesgo” al ambiente es el que debe resarcir, sin perjuicio de que en forma concurrente y complementaria pueda aceptarse como otro factor de atribución objetivo la “solidaridad”⁵⁶⁸.

10.- Principio De Responsabilidad Común Pero Diferenciada

En las sucesivas Conferencias de las Naciones Unidas, se reconocen responsabilidades comunes pero diferenciadas, consagradas en la “Declaración de Río”, Principio 7: “En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes, pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en base en la búsqueda internacional del desarrollo sustentable, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio natural y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen”.

Se agrega lo dispuesto en la “Convención sobre el Cambio Climático”, artículo 3, apartado 2: “Deberían tomarse plenamente en cuenta las necesidades específicas y las circunstancias especiales de las Partes que son países en desarrollo, especialmente aquellas que son particularmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático,

⁵⁶⁷ PEARSON, Charles S., “El nexo entre comercio internacional y medio ambiente ¿Qué hay de nuevo desde 1972?”, p. 47, en obra colectiva “Comercio Internacional y Medio Ambiente. Derecho, Economía y Política”, Espacio Editorial, 1995, sostiene que “El principio de quien contamina paga ha sido mal entendido. Como fue elaborado por la OECD, es un principio de ubicación de los costos”. Para ampliar sobre los “Principios Guía Concernientes a los Aspectos Económicos Internacionales de las Políticas Ambientales”, adoptados el 26 de mayo de 1972, véase STEVEN, Candice: “La organización para la cooperación y el desarrollo económico y el resurgimiento del debate sobre comercio internacional y medio ambiente”, p. 123 y ss., de ob. cit. supra. En la misma obra, p. 166, VON MOLTKE, Konrad: “Una perspectiva europea sobre el comercio internacional y medio ambiente”, dice que El principio de que quien contamina paga, requiere que aquel que cause un daño al medio ambiente deberá pagar por su restauración como el medio más eficiente para internalizar los costos reales. MARTÍN MATEO, Ramón: “Valoración de los daños ambientales”, p. 57, en Revista de Derecho Ambiental, publicación del Centro de Derecho Ambiental Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003, dice que “Se pretende pues, por vía de autoridad corregir el patente distanciamiento de los precios de mercado de los costes reales en términos ambientales, lo que a veces se consigue al incorporar por ejemplo, al precio del agua doméstica el coste de la depuración, pero en la mayoría de los casos no sucede así, caso de la no consideración de los daños ambientales causados por los vehículos, a la hora de fijar el precio del combustible, tal como propugna la dinámica de aplicación del principio que afirma “el que contamina paga” que equivale al más preciso apotegma que, incorporando el coste total de oportunidad en cuanto costos sociales, predica: “quien usa de los recursos paga”.

⁵⁶⁸ TRIGO REPRESAS, Félix, “Responsabilidad civil por daño ambiental”, Jurisprudencia Argentina, 1999-IV, 1180, según la referencia del fallo de la Cámara Federal de La Plata, recaído en cautelar de los autos: “Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de octubre c/ Aguas Argentinas SA y otros s/ amparo”, del 8 de julio 2003, por el ascenso de las napas freáticas en la localidad de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, Argentina.

y las de aquellas Partes, especialmente las Partes que son países en desarrollo, que tendrían que soportar una carga anormal o desproporcionada en virtud de la convención”.

“Este principio es característico de la era del desarrollo sustentable y refleja el compromiso de los países desarrollados de ayudar a los países en vías de desarrollo en la implementación de los acuerdos internacionales en sus sistemas nacionales. A juicio de algunos juristas internacionales, este principio es un reconocimiento de la responsabilidad de los países desarrollados en la degradación del medio ambiente que tuvo lugar en las décadas pasadas”⁵⁶⁹.

11. Principio De Recomposición E Indemnización

La responsabilidad por daño ambiental tiene doble faz: 1) *ex ante*, en su doble versión, precautoria y preventiva; 2) *ex post*, de reparación, *in natura*, o especie, de recomposición; de compensación por sucedáneo o equivalente; e indemnizatoria, o de resarcimiento económico pecuniario o monetario. Por lo expuesto, el régimen de responsabilidad por daño ambiental, tiene principios propios, singulares, o especiales. O al menos caracteres que lo diferencian del resto del sistema tradicional de sanción y reparación del daño civil.

Para mayor claridad, podemos ver respecto de esta institución cierto grado de uniformidad en las normativas jurídicas ambientales de América Latina y el Caribe.

Así por ejemplo, la Ley 25675 General del Ambiente de Argentina, establece que “El que cause daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la Autoridad de Aplicación, sin perjuicios de otras acciones que pudiere corresponder”. Esta misma ley consagra en el Artículo 4° entre los denominados principios de política ambiental, los principios de prevención, precautorio, y de responsabilidad, entre otros.

También, la Ley General del Ambiente de Panamá, prevé que la acción civil ambiental tendrá por objeto restaurar el ambiente afectado o la indemnización por el daño causado. Además establece la obligación de reparar el daño causado, aplicar medidas de prevención y mitigación, y asumir los costos correspondientes. La Ley General del Ambiente de Honduras, dice que la reparación del daño consiste en el restablecimiento, reposición o restitución de la situación anterior al hecho, de las cosas y objetos afectados,

⁵⁶⁹ LOPEZ, Hernán: “La regulación del desarrollo sustentable en el Derecho Internacional y el derecho Comparado. El fin del Derecho Ambiental y el nacimiento del Derecho de la sustentabilidad”, capítulo 9, p. 452, en obra colectiva “Ambiente, Derecho y sustentabilidad”, La Ley, 200. Cfr. HUNTER, David, SOMMER, Julia y VAUGHAN, Scott: “Concepts and Principles of International Environmental Law. An Introduction”, Environment and Trade Series, PNUMR, p. 11, 1994.

a su ser y estado natural, en los casos en que se posible, en la compensación económica de daños y los perjuicios ocasionados al ambiente, la comunidad o a los particulares.

Además, la Ley del Medio Ambiente de El Salvador, de manera similar, dispone que el responsable del hecho estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible la restauración, indemnizará al Estado y a los particulares por los daños y perjuicios causados. La Ley de Gestión Ambiental de Ecuador, regula una condena al responsable de los daños al pago de indemnizaciones a favor de la colectividad directamente afectada y a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados. La Ley Orgánica del Ambiente de Costa Rica, dispone que la Administración Pública aplicará medidas protectoras y sanciones entre las que menciona: la imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente o la diversidad biológica.

Se concluye que la responsabilidad por daño ambiental reviste cuanto menos cinco dimensiones diferentes, que no se excluyen, y podrían acumularse según las circunstancias del caso en particular: 1) precautoria; 2) preventiva; 3) de recomposición o restauración en especie o in natura, 4) de compensación ambiental; 5) indemnizatoria. Que resumidamente, podemos dividir en dos etapas. Las dos primeras se instalan en la etapa anterior a la consumación del daño ambiental, en el ámbito del PRE DAÑO. Y las segundas, las tres últimas, posteriores a la producción del daño ambiental.

12. Principio De Solidaridad

El Principio de solidaridad surge de los siguientes enunciados: “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra” (Principio 7, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo). “Los Estados y los pueblos deben cooperar de buena fe y con espíritu solidario, en la aplicación de los Principios consagrados” (Principio 27, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo).

Está compuesto, al decir de buena parte de la doctrina, por los principios de información en sus tres variantes: de un Estado al otro, o de una Administración a otra o, información popular, vecindad o Países limítrofes, cooperación internacional, igualdad entre los Estados y principio de patrimonio universal, que considera el carácter internacional del ambiente⁵⁷⁰.

Se ha dicho que el ambiente “es patrimonio común de todos los habitantes de la Tierra, porque se deben respetar y obedecer las inmutables leyes naturales, para así

⁵⁷⁰ JAQUENOD de ZOGON, Silvia: “El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores”, p. 367, Dikynson, 1991, a quién sigue MOSSET ITURRASPE, Jorge, ob. cit, p. 20.

aspirar a la íntegra dignidad humana”⁵⁷¹. Cabe detenerse en este concepto, la noción de “patrimonio común” en cuanto vinculado a los bienes ambientales⁵⁷².

13. Principio De Cooperación

Este principio⁵⁷³, a nivel internacional, es imprescindible. No es otra cosa que una necesidad biológica y de subsistencia. Los Estados deben cooperar entre sí para erradicar la pobreza, como requisito indispensable del desarrollo sostenible (Principio 5, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), para proteger la integridad del ecosistema de la Tierra (Principio 7, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), para reforzar la creación de capacidades endógenas para lograr el desarrollo sostenible (Principio 9, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo), abordar los problemas de degradación ambiental (Principio 12, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo).

La defensa del ecosistema, en efecto, obliga hoy a la cooperación global pues, de lo contrario, cualquier esfuerzo en tal sentido sería en vano. Precisamente, es en este horizonte en el que debe explicarse la divulgación del concepto de “patrimonio común de la humanidad”, el cual, a juicio de A. CASSESE⁵⁷⁴, señala en el ámbito del derecho internacional, el tránsito de la idea de soberanía a la de cooperación⁵⁷⁵.

14. Principio De Subsidiariedad

La Ley 25675 General del Ambiente de la Argentina lo enuncia de la siguiente manera: Principio de subsidiariedad: El Estado Nacional, a través de las distintas instancia de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales. Es decir que para la ley ambiental argentina, el Estado Nacional tiene la obligación de colaborar para la preservación y protección ambiental, conforme al principio de subsidiariedad y, en caso de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares.

⁵⁷¹ JAQUENOD de ZOGON, Silvia, ob. cit., p. 371.

⁵⁷² A cuyo fin vamos a seguir la doctrina expuesta por PRIEUR, Michel: “La noción de patrimonio común”, *Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV-1014. Además, véase ANDORNO, Luis O.: “Ambiente: res communis y propiedad en el ámbito de la U.E, el MERCOSUR y el ALCA” en *Jurisprudencia Argentina*, 2002- III.

⁵⁷³ Para ampliar véase ESTRADA OYUELA, Raúl A. y ZEBALLOS DE SISTO, María C.: “Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional”, A- Z Editora, 1993. SERVI, Aldo: “Derecho ambiental: Responsabilidad ambiental internacional”, en especial principio básico de responsabilidad ambiental internacional”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2001- II. DRNAS DE CLÉMENT, Zlata- Directora y coautora-; Ernesto J. REY CARO; María Alejandra STICCA: “Codificación y Comentario de normas internacionales ambientales. Vigentes en la República Argentina y en el MERCOSUR”, La Ley, 2001.

⁵⁷⁴ CASSESE, A., “International law in a divided world”, Clarendon Law Series, p. 376 y ss, Oxford, 1986.

⁵⁷⁵ KISS, Alexander: “Los principios generales del medio ambiente”, Cuadernos de la Cátedra J.B. Scott, p. 91, Universidad de Valladolid, 1975.

Desde el punto de vista de su funcionamiento, la subsidiariedad posee dos aspectos, uno positivo y otro negativo. El aspecto positivo, significa que el Estado Nacional tiene la obligación de colaborar, en tanto que la intervención de la autoridad nacional debe ejercerse sólo cuando sea necesario. El aspecto negativo, que la autoridad nacional debe abstenerse de asumir funciones que pueden ser cumplidas eficientemente por los particulares. Es decir, que el principio de subsidiariedad se aplica teniendo en cuenta dos criterios diferentes en la defensa ambiental: a la luz de la “complementariedad”, criterio de “colaboración” y criterio de “necesidad”. Es decir que la participación del Estado es concurrente, y residual.

Este principio se basa en la idea que un nivel superior no puede asumir actividades que un nivel inferior puede cumplir eficazmente. En ese sentido, el Estado nunca debe allanar, absorber ni asumir, las competencias propias que los particulares, individual o asociativamente, pueden ejercer con eficiencia⁵⁷⁶. Por último, en relación, nos viene a la memoria una frase de Germán J. BIDART CAMPOS, cuando decía que “El Estado no debe hacer lo que pueden hacer los particulares con eficacia, porque el Estado debe ayudarlos, pero no destruirlos o absorberlos”⁵⁷⁷.

Roberto DROMI, Miguel EKMEKDJIAN y Julio RIVERA⁵⁷⁸, desde el punto de vista de la normativa comunitaria, dicen que el principio de subsidiariedad entraña una división de competencias y una cooperación de las diversas esferas de acción nacional y comunitaria. El principio de subsidiariedad es definido en el art. 3-B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y tiene tres elementos: a) un límite preciso de la acción de la Comunidad, b) una norma que estipula que la Comunidad deberá actuar en los ámbitos de su competencia exclusiva; c) una norma aplicable en cuya virtud la acción comunitaria debe limitarse sólo lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos del Tratado. A su vez, informa que el principio de subsidiariedad encuentre fundamento filosófico en el principio enunciado por Pío XI en Cuadragésimo Anno, en el que subraya la suprema autoridad del Estado, que permite a las asociaciones intermedias resolver asuntos y cuidados públicos del quehacer social concreto.

15. Principio De Participación

MILARÉ⁵⁷⁹ enseña que el principio de participación comunitaria, expresa la idea de que para la resolución de los problemas del ambiente debe ser dado especial énfasis a la cooperación entre el Estado y la sociedad, a través de la participación de los diferentes grupos sociales en la formulación y en la ejecución de la política ambiental.

⁵⁷⁶ HARO, Ricardo: “Principios rectores del orden económico constitucional”, p. 335, en “La Constitución Argentina de nuestro tiempo”, Ediciones Ciudad Argentina, 1996.

⁵⁷⁷ BIDART CAMPOS, Germán J. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo I- B, p. 200, Ediar, 2001.

⁵⁷⁸ DROMI- EKMEKDJIAN- RIVERA: “Derecho Comunitario – Régimen del MERCOSUR”, p. 165, Ciudad Argentina, 1995.

⁵⁷⁹ MILARÉ, EDIS: “Direito do Ambiente”, p. 99, Revista do Tribunais, 2000.

DE LOS RÍOS⁵⁸⁰ dice que el principio de participación ciudadana, como uno de los derechos humanos de la solidaridad, todavía esperando su consagración internacional, incluye derechos y deberes. Dentro de los primeros, el acceso a la información, la oportunidad de participar en la toma de decisiones relativas a su medio ambiente, el derecho a la educación ambiental y el derecho a ser indemnizado como víctima. Dentro de los segundos, el deber de colaborar en la protección del ambiente. Recuerda que los principios 23 y 24 de Estocolmo, en relación a la oportunidad de participar, tanto individual como colectivamente, en los procesos de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, en caso de haber sido objeto de daño, de ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización; y el deber de toda persona de procurar que se alcancen y observen los objetivos y las disposiciones de la Carta.

En la Declaración de Río de Janeiro, de la CNUMAD, Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, es donde se encuentra más explícito. Así se incluyó en el Principio 10, que dice: El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

Los Principios 20 al 22 exigen ya la participación de categorías de personas expresamente; ellos tratan de la necesidad imperiosa de contar con la participación de la mujer, de los jóvenes y de las comunidades indígenas para lograr el desarrollo sustentable⁵⁸¹.

Esta participación ciudadana⁵⁸², reflejo de la Democracia participativa⁵⁸³ debe observarse: A) en la formación de las decisiones administrativas⁵⁸⁴; B) en la disposición legal, y efectividad del procedimiento de recursos administrativos; C) en la

⁵⁸⁰ DE LOS RÍOS, Isabel, "Principios de derecho ambiental", p. 36, Caracas.

⁵⁸¹ DE LOS RÍOS, Isabel, "Principios de derecho ambiental", p. 36, Caracas.

⁵⁸² SABSAY, Daniel – DI PAOLA, María E.: "La participación pública y la Nueva Ley General del Ambiente", ADLA, La Ley, Boletín Informativo N° 14, p. 29, 2003.

⁵⁸³ GOMEZ CANOTHILHO, José J.: "Direito Constitucional e Teoría da Constituição", 2° ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1998. Ven una relación directa entre democracia e información, el filósofo alemán Jürgen HABERMAS: "Droit e Démocratie – Entre Faits et Normes", p. 144, El economista hindú Amartya SEN, "Democracia, l'Occidente non ha il monopolio – Noi e il mondo arabo", Corriere Della Sera, disponible en Internet. John RAWLS, "El Derecho de los Pueblos", 2° edición, p. 63.

⁵⁸⁴ LEME MACHADO, Paulo A.: "Direito Ambiental Brasileiro", p. 93, 14° ed., Malheiros, 2006.

implementación de procedimientos para las Audiencias públicas⁵⁸⁵, Plebiscitos⁵⁸⁶, o Consultas Populares, y constituyen la base del consenso, que da mayor legitimidad a la gestión pública ambiental. Esta misma participación comunitaria o de la colectividad en general, en un sentido amplio, comprende la participación en acciones judiciales⁵⁸⁷.

Una población informada y políticamente madura será clave para la democracia participativa y efectiva⁵⁸⁸.

Los principios de participación comunitaria, acceso a la información pública ambiental y acceso a la justicia, constituyen en bloque, una unidad inseparable. Todo apunta a lograr la mayor base de sustentación social de las decisiones que se adopten con incidencia ambiental, la mayor transparencia de la gestión pública / privada ambiental. Y poner en marcha los mecanismos de control. Y fiscalización, con el objetivo final de conseguir la eficacia del derecho ambiental. RAMÓN MARTÍN MATEO⁵⁸⁹ afirma que la institucionalización del derecho de acceso a la información ambiental supone la previa adopción del principio de transparencia en el obrar administrativo, la paulatina eliminación de los secretos públicos hasta los límites en que ello sea posible y la apertura hacia los controles indirectos de la Administración por los administrados.

Una participación social activa o pública, necesita imperiosamente del derecho de acceso a la información pública ambiental, y de contar con mecanismos de acceso a la jurisdicción, cuando la administración falle, adopte decisiones que no son justas, para la defensa del medio ambiente, el Orden Público Ambiental y el ejercicio positivo de los derechos ambientales. ¿Cómo se puede ejercer los derechos ambientales si no se sabe o conoce lo que pasa, se está haciendo u omitiendo, promoviendo o prohibiendo? ¿Cómo se puede dejar toda la gestión pública ambiental al poder administrativo, sin que existe posibilidad alguna de revisar las decisiones que se tomen, en la función pública, cuando lo que está en juego es la suerte del ambiente que nos rodea, vivimos, o formamos parte del mismo?

Inicialmente, podemos decir con Daniel SABSAY - Pedro TARAK⁵⁹⁰, en un trabajo conjunto, que un régimen de libre acceso a la información pública contribuye a la desconcentración del poder, a la igualdad de oportunidades, a la reducción de la discrecionalidad administrativa y política, a un gobierno honesto y a una administración

⁵⁸⁵ GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo" – Tomo 2, "Defensa del Usuario y del Consumidor", 6ª edición, Fundación de Derecho Administrativo, p. XI: "El procedimiento de Audiencia Pública", Buenos Aires, 2003.

⁵⁸⁶ LEME MACHADO, Paulo A., "Direito Ambiental Brasileiro", p. 93, 14ª ed., Malheiros, 2006.

⁵⁸⁷ LEME MACHADO, Paulo A., op.cit.

⁵⁸⁸ BASTERRA, Marcela: "El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública Ambiental", p. 56, LEXIS NEXIS, 2006. SAHANIUK, Analia – WALSH, Juan R.: "El libre acceso a la información ambiental: una pieza clave en la reglamentación del artículo 41 CN", Revista Jurídica Argentina La Ley, 01/04/04, p. 2.

⁵⁸⁹ MARTÍN MATEO, Ramón: "El derecho a la información ambiental", Revista de Política y Derechos Ambientales en América Latina y el Caribe", FARN- PNUMA, vol. I, N° 1, p. 47 a 58, 1994.

⁵⁹⁰ SABSAY, Daniel – TARAK, Pedro: "El acceso a la información pública, el ambiente y el desarrollo sustentable", FARN, Manual N° 3, 1997.

pública confiable. Marcela I. BASTERRA⁵⁹¹ señala que el derecho de acceso a la información pública, al vincularse directamente con la publicidad de los actos de gobierno y el principio de transparencia de la administración debe ser entendido como instrumento indispensable para apuntalar el régimen republicano de gobierno.

A su vez, Daniel A. SABSAY puntualiza que la información ambiental es un medio o instrumento para que la población participe activamente en la toma de decisiones, gestión y control de las actividades que actual o potencialmente los afecte⁵⁹².

Históricamente, los antecedentes del reconocimiento del derecho de libre acceso a la información ambiental los encontramos en la legislación sueca de 1766, reformada en 1949⁵⁹³. En Estados Unidos de América este derecho está contemplado en la “Ley sobre Planificación para Emergencias y Derecho de la Comunidad de Saber”⁵⁹⁴ y en la “Ley sobre Libertad de Acceso a la Información”⁵⁹⁵ adoptada en 1966⁵⁹⁶. Otro ejemplo es el Acta del Sol Brillante⁵⁹⁷, que ordena que las reuniones de los organismos públicos sean abiertas, a la observación del público, aunque con ciertas excepciones.

Países como Canadá (Ley de 28 de junio de 1982), Francia (ley 78/753 de 17 de julio), Italia (leyes de 8 de junio de 1990 y 7 de agosto de 1990), contienen normas que reglamentan este derecho. También ha sido recibido a nivel constitucional en Grecia (Constitución de 1975, artículo 10), en Portugal (Constitución de 1976, artículo 268), en España (Constitución de 1978, artículo 105), asimismo la Directiva 90/313/ CEE, se traspuso mediante la Ley 38/1995. Eslovaquia (Constitución 1992), Letonia (Constitución 1992), Polonia (Constitución 1997), Rusia (Constitución 1993), Ucrania (Constitución 1996), Brasil (Constitución 1988), Argentina (Reforma de la Constitución 1994), Francia (Carta Constitucional Ambiental de 2005).

En la República del Paraguay, el derecho de acceso a la información está consagrado en el Artículo 28 de la Constitución, que prescribe: “Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo”.

⁵⁹¹ BASTERRA, Marcela I.: “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, p. 24, LEXIS NEXIS, 2006.

⁵⁹² SABSAY, Daniel, “Constitución y Ambiente en el marco del desarrollo sustentable”, en la obra colectiva “Ambiente, Derecho y Sustentabilidad”, p. 79, Editorial La Ley, 2000.

⁵⁹³ FERNÁNDEZ, Luis: “Derecho a la información ambiental”, en La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, FARN, año VII, N° 3, 14.11.2000.

⁵⁹⁴ Emergency Planning and Community Right to Know Act.

⁵⁹⁵ Freedom of Information Act.

⁵⁹⁶ LAVALLE COBO, Dolores: “El derecho de acceso a la información ambiental”, La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, FARN, año IV, N° 2, 26.08.1997.

⁵⁹⁷ MC. ALPINE, J. - LE DONNE, P.: “El gobierno de los Estados Unidos, la participación pública, el comercio internacional y el medio ambiente”, p. 259, en obra colectiva “Comercio Internacional y Medio Ambiente”, Espacio Editorial, 1995.

Además, la primera alusión que podría entenderse como una forma específica de reconocimiento de este derecho constitucional surgió con la Ley 294/93 de Evaluación de Impacto Ambiental, en cuyo Artículo 8, 1º parte, se lee: “La Autoridad Administrativa pondrá a disposición del público y de los organismos afectados en el ámbito nacional, departamental y municipal, la Evaluación de Impacto Ambiental por los medios y el término a establecerse en las reglamentaciones de esta ley”.

En América Latina y Caribe, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de México, fue reformada a fines de 1996 creando en su capítulo IV del Título V, el fundamento para el sistema nacional de información ambiental. En relación al concepto de información ambiental la LGEEPA establece que: “Para los efectos de lo dispuesto en el presente ordenamiento, se considera información ambiental, cualquier información escrita, visual o en forma de base de datos, de que dispongan las autoridades ambientales en materia de agua, aire, suelo, flora, fauna y recursos naturales en general, así como sobre las actividades o medidas que les afectan o puedan afectarlos”.

Por lo que se incluye, "información relativa a los inventarios de recursos naturales existentes en el territorio nacional, a los mecanismos y resultados obtenidos del monitoreo de la calidad del aire, del agua y del suelo, al ordenamiento ecológico del territorio, así como la información señalada en el artículo 109 bis y la correspondiente a los registros, programas y acciones que se realicen para la preservación del equilibrio ecológico y la protección al ambiente".

Antes de proseguir con los antecedentes en el derecho comparado, cabe señalar, siguiendo las docentes enseñanzas del Jurista Paulo LEME MACHADO⁵⁹⁸, algunas características de la información ambiental: su tecnicismo, comprensibilidad o claridad y precisión, tempestividad o rapidez. Asimismo, se destaca el carácter de imprescindible de la misma, en situaciones de emergencia. Y que según enseña Marcela I. BASTERRA⁵⁹⁹, el derecho de información pública ambiental, tiene una función individual o se ejerce como derecho individual cuando una persona solicita información o datos acerca de sí misma, de una base de datos o registro de cualquier dependencia estatal. Pero al mismo tiempo cumple una relevante función colectiva, como derecho humano condicionante para el ejercicio de otros derechos humanos.

La Constitución Argentina de 1994, incorporó el llamado “Derecho a la Información en materia ambiental”⁶⁰⁰, en el artículo 41, en cuanto establece que “Las autoridades proveerán a la protección de ese derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

⁵⁹⁸ LEME MACHADO, Paulo A.: “Direito à informação e meio ambiente”, p. 93, Malheiros, 2006.

⁵⁹⁹ BASTERRA, Marcela I.: “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, p. 25, LEXIS NEXIS, 2006.

⁶⁰⁰ BIDART CAMPOS, Germán: “Manual de la Constitución reformada”, Tomo II, p. 88, Ediar, 1998.

Además dispone de la Ley de Presupuestos Mínimos 25831 de Acceso a la Información Pública Ambiental⁶⁰¹. El Decreto ómnibus 1172/03 del Poder Ejecutivo Nacional. Y disposiciones complementarias en las Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se ha dicho que “todo lo que tenga vinculación con el derecho a la información, tiene carácter operativo, siempre que no existan restricciones razonables establecidas por ley. Por tal motivo, brindar información ambiental es una obligación operativa, que alcanza no sólo al poder ejecutivo sino también al legislativo y al judicial tanto en el ámbito nacional como local”⁶⁰². También que en virtud de la norma constitucional referida⁶⁰³, “el Estado asume, en orden a la información, dos deberes: uno, recolectarla y procesarla debidamente; es decir, el Estado debe informarse él mismo, lo cual presupone -entre otras muchas cosas- una vigilancia y un control permanente para conocer las situaciones real o potencialmente riesgosas o dañinas; el otro deber consiste en suministrar y difundir la información acumulada y actualizada, todo ello de modo eficaz y constante”.

El derecho de información ambiental aparece previsto como uno de los instrumentos de la política y gestión ambiental de la Ley 25.675 General del Ambiente Argentina⁶⁰⁴. Y establece en cabeza de las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, el deber de proporcionar la información que esté relacionada con la calidad ambiental y referida a las actividades que desarrollan. A su vez, prevé un límite, en cuanto declara que “todo habitante podrá obtener de las autoridades la información ambiental que administren y que no se encuentre contemplada legalmente como reservada”.

Este régimen contenido en los artículos 8, 16, 17 y 18 de la Ley 25.675, dispone que la Autoridad de Aplicación “deberá desarrollar un sistema nacional integrado de información”, que administre los datos significativos y relevantes del ambiente y evalúe la información ambiental disponible; asimismo deberá proyectar y mantener un sistema de toma de datos sobre los parámetros ambientales básicos, estableciendo los mecanismos

⁶⁰¹ CAFFERATTA, Néstor A.: “Ley 25.831 (Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental)”, comentada, anotada y concordada, *Anales de Legislación Ambiental Argentina*, Revista Jurídica La Ley, Boletín Informativo, año 2004, N° 1, p. 1, Tomo LXIV- A – 20 de enero 2004.- “La nueva ley 25831 de Información Ambiental”, *Jurisprudencia Argentina*, 2004- I, fascículo N° 5, p. 55, Lexis-Nexis. “El libre acceso a la información pública ambiental. Ley 25831, comentada, anotada y concordada”, en DJ, Año XX, N° 25, Buenos Aires, 23 de junio de 2004 - 2, p. 550.

⁶⁰² QUIROGA LAVIÉ, Humberto: “Constitución Argentina comentada”, p. 209, 1997, Zavalía, citado por PIGRETTI, Dolores; PEREDNIK, Alicia; LÓPEZ, Juan; FOTTI, Maricel y FERNÁNDEZ, Mónica: “Derecho de acceso a la información ambiental”, Número especial Derecho Ambiental, *Jurisprudencia Argentina*, 07.03.2001, p. 51, N° 6236.

⁶⁰³ BIDART CAMPOS, Germán: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, T. I - B, p. 235, 2001, Ediar.

⁶⁰⁴ CAFFERATTA, Néstor A.: “Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada” DJ, 2002- 3, p. 1133, boletín del 26 de diciembre 2002.

necesarios para la instrumentación efectiva a través del COFEMA. Asimismo que “Las autoridades serán responsables de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre el puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas. El Poder Ejecutivo, a través de los organismos competentes, elaborará un informe anual sobre la situación ambiental del país que presentará al Congreso de la Nación”.

Cabe destacar que la Ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios⁶⁰⁵ argentina, estipula en su artículo 19 que “las Autoridades provinciales y las de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, llevarán y mantendrá actualizados los Registros que correspondan, en el que deberán inscribirse todas las personas físicas o jurídicas responsables de la generación, manejo, transporte, almacenamiento, tratamiento y disposición final de residuos industriales. La información obtenida por los mismos deberá integrarse en un sistema de Información Integrado, que será administrado por la autoridad ambiental nacional y de libre acceso para la población, a excepción de la información que deba considerarse de acceso restringido, por afectar derechos adquiridos o a la seguridad nacional”.

En las jurisdicciones locales, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, además de garantizar el acceso a la información (artículo 12, inciso 2), en su CAPÍTULO CUARTO, titulado AMBIENTE, artículo 26, establece que: “Toda persona tiene derecho, a su sólo pedido, a recibir libremente información sobre el impacto que causan o pueden causar sobre el ambiente actividades públicas o privadas”. La ley 303/99⁶⁰⁶, sancionada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, establece en su artículo 1º, el derecho de toda persona a solicitar y recibir información sobre el Estado y la gestión del ambiente y de los recursos naturales, sin necesidad de invocar interés especial alguno que motive tal requerimiento.

Se pone de resalto que “la ley 303 de la Ciudad de Buenos Aires incluye como objeto del derecho a la información a toda investigación, dato o informe concerniente al estado del ambiente y de los recursos naturales, así como también, a las declaraciones de impacto ambiental de obras públicas o privadas proyectadas o en proceso de ejecución y a los planes y programas, públicos y privados, de gestión del ambiente y de los recursos naturales y las actuaciones o medidas de protección referidas al mismo”⁶⁰⁷ pero contiene un régimen de limitaciones.

⁶⁰⁵ CAFFERATTA, Néstor A., “Ley de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios. Ley 25.612. Comentada. Anotada”, en Revista “Antecedentes Parlamentarios”, p. 85, noviembre 2002 – N° 10, La Ley.

⁶⁰⁶ GARCÍA CONTO, Silvina- CAEIRO, Federico: “Ley de acceso a la información ambiental en la búsqueda de la transparencia y la eficiencia”, en La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, FARN, 20.06.2000.

⁶⁰⁷ DÍAZ ARAUJO, Mercedes: “Los derechos de acceso a la información ambiental y a la educación ambiental”, Número Especial Derecho ambiental, Jurisprudencia Argentina, 07.03.2001, p. 42.

Así exceptúa de la regla, a la información resguardada o protegida por leyes especiales, a aquella que pueda afectar la esfera de la privacidad de las personas o que se vincule a inspecciones y otros procedimientos a llevarse a cabo por el Gobierno de la Ciudad, antes de su realización. Además, la ley incluye como objeto de esta obligación, a toda aquella información que pueda encontrarse en poder de cualquier autoridad, organismo e institución pública, incluyendo a sus contratistas, concesionarias y empresas privadas que presten servicios públicos en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires.

De prestar atención a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, vemos que el artículo 28 (derecho ambiental) dispone que la Provincia en materia ecológica deberá “garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales”. A su vez, el artículo 38 declara que los consumidores y usuarios tienen derecho, “a una información adecuada y veraz”.

Los artículos 26 a 28 ley 11.723 de Medio Ambiente de la Provincia de Buenos Aires, regulan el Sistema Provincial de Información Ambiental⁶⁰⁸, a tenor de las siguientes normas: “Las entidades oficiales tendrán la obligación de suministrar a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que así lo soliciten, la información de que dispongan en materia de medio ambiente, recursos naturales y de las declaraciones de impacto ambiental conforme lo dispuesto en el artículo 20 segunda parte. Dicha información sólo podrá ser denegada cuando la entidad la confiera el carácter confidencial”.

“El Poder Ejecutivo provincial, a través de la Subsecretaría de Política Ambiental, instrumentará el sistema provincial de información ambiental, coordinando su implementación con los municipios. Dicho sistema deberá reunir toda la información existente en materia ambiental proveniente del sector público y privado, y constituirá una base de datos interdisciplinaria accesible a la consulta de todo aquel que así lo solicite. El sistema de información ambiental se organizará y mantendrá actualizado con datos físicos, económicos, sociales, legales y todos aquellos vinculados a los recursos naturales y al ambiente en general”.

Ya vimos que la Declaración de Río de 1992, recoge el derecho a la información ambiental, en el Principio 10 de la misma, cuando proclama que “En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y

⁶⁰⁸ LAGO, Daniel: “Derecho a la información y participación comunitaria en la ley ambiental de la Provincia de Buenos Aires”, en Número Especial Derecho Ambiental, Jurisprudencia Argentina, 1996-IV-927.

fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos”.

Además, en la Agenda 21, párrafo 23.2, se expresa que “uno de los requisitos fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible es la amplia participación de la opinión pública en la adopción de decisiones. Además, en el contexto más concreto del medio ambiente y el desarrollo se ha hecho evidente la necesidad de emplear nuevas formas de participación. Se trata de la necesidad de que las personas, los grupos y las organizaciones participen en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental, conozcan el mecanismo de adopción de decisiones y participen en él, sobre todo cuando exista la posibilidad de que esas decisiones afecten a las comunidades donde viven y trabajan”.

“Toda persona, grupo u organización debería tener acceso a la información relativa al medio ambiente y el desarrollo con que contarán las autoridades nacionales, incluso a la información acerca de productos y actividades que tuvieran consecuencias importantes para el medio ambiente o hubiera probabilidades de que las tuvieran, así como a la información sobre las medidas de protección del medio ambiente”.

Por ejemplo, la Directiva sobre Acceso a la Información sobre medio ambiente, Unión Europea, 90/313/CEE⁶⁰⁹, modificada por la Directiva 2003/4, enumera en el artículo 3.2 disposiciones denegatorias de dicha información cuando ésta afecte a: 1) la confidencialidad de las deliberaciones de las autoridades públicas, de las relaciones internacionales y de la defensa nacional; 2) la seguridad pública; 3) los asuntos que sean objeto de pesquisas o investigación preliminar; 4) los secretos comerciales, incluida la propiedad intelectual; 5) la confidencialidad de los datos y/o expedientes personales; 6) datos proporcionados por un tercero sin que éste esté obligado a facilitarlos; 7) los datos cuya divulgación pudiera perjudicar al medio ambiente a que se refieren.

En doctrina⁶¹⁰, con agudeza FALBO enfatiza que el referido sacrificio a la información ambiental lo será “sólo en la medida estrictamente necesaria que no comprometa los intereses tutelados al secreto”: es decir que debe quedar limitada a las informaciones que, indubitablemente, invadan de manera directa concreta, el secreto comercial, industrial o intelectual.

En el ámbito del Derecho Comunitario de Europa, es el “IV Programa Marco de Acción en materia de Medio Ambiente”, el que recoge la necesidad de contar con una norma regional que reconozca este derecho en todos los Estados Miembros. La iniciativa para la adopción de dicha norma la tuvo el Parlamento Europeo en 1985. Sin embargo, no es hasta 1990, con más exactitud, el 7 de junio de 1990, cuando se adopta la Directiva

⁶⁰⁹ Téngase presente que la Directiva 2003/4, revocó la Directiva 90/313/CEE.

⁶¹⁰ FALBO, Anibal José: “La información ambiental como principio rector de la protección del ambiente”, *Jurisprudencia Argentina*, 2003- III, fascículo N° 12.

90/313/CEE sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Por último, la Directiva 2003/4 del Parlamento Europeo y del Consejo de la CE relativa al acceso del público a informaciones sobre medio ambiente, fue promulgada el 28/01/2003. Revoca la Directiva 90/313/CEE del Consejo, que trataba también de acceso a la información ambiental⁶¹¹.

Por último, en nuestro bloque continental, deberá tenerse en cuenta que la estructura del Grupo Mercado Común del MERCOSUR incluye el Subgrupo 6 de Medio Ambiente. En este bloque regional, la Resolución 10/1994, “Directrices Básicas en Materia de Política Ambiental”, artículo 10 del anexo, propone promover el fortalecimiento de las instituciones para una gestión ambientalmente sustentable a través, entre otras cosas, del aumento de información sustantiva para la toma de decisiones. A su vez, la Resolución 53/1993, “Código de Conducta Regional para la Introducción y Liberación al Medio Ambiente de Agentes de control Biológico”, artículo 7, impone a los gobiernos de los países importadores determinadas obligaciones, entre las que se encuentran el deber de asegurar que la información de la importación, liberación e impacto de los agentes de control biológico en cada país esté registrada y disponible al público.

Asimismo, la Decisión N° 2/01, Anexo, Acuerdo Marco sobre el Medio Ambiente del MERCOSUR, reafirma el compromiso de los Estados Partes de instrumentar la aplicación de los principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. Asimismo promover una efectiva participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales; incrementar el intercambio de información sobre leyes, reglamentos, procedimientos, políticas y prácticas ambientales; y brindar información en forma oportuna, sobre desastres y emergencias ambientales que puedan afectar a los demás Estados Partes.

Por información ambiental entiende la Directiva 2003/4 de la Unión Europea, “cualquier información disponible en forma escrita, visual, sonora, electrónica o cualquier otra forma material, relativas: a) al estado de los elementos del ambiente, como aire o atmósfera, el agua, el suelo, la tierra, el paisaje y los áreas de interés natural, incluyendo las zonas húmedas, las zonas litorales y marinas, la diversidad biológica y sus componentes, incluyendo los organismos genéticamente modificados, y la interacción entre esos elementos; b) a factores como las sustancias, la energía, el ruido, las radiaciones o los residuos, incluyendo los residuos radiactivos, emisiones, descargas u otras liberaciones para el ambiente, que afecten o puedan afectar los elementos del ambiente referidos el punto “a”; c) las medidas (incluyendo las administrativas), como por ejemplo, las políticas, la legislación, los planes o programas, los acuerdos ambientales y las acciones que afecten o puedan afectar los elementos referidos en los puntos “a” y “b”, también medidas o acciones destinadas a proteger esos elementos; d) a informes sobre la implementación de la legislación ambiental; e) a análisis costos / beneficios u

⁶¹¹ LEME MACHADO, Paulo A.: “Direito à informação e meio ambiente”, p. 75, Malheiros, 2006.

otros análisis, o estudios económicos utilizados en el ámbito de las medidas y actividades referidas en el punto “c”; y f) el estado de salud y de seguridad de las personas, incluyendo la contaminación de la cadena alimentaria cuando tal sea relevante, las condiciones de vida, o locales de interés cultural y construcciones, en la medida que sean o puedan ser afectados por el estado de los elementos del ambiente referidos al punto “a”, o a través de esos elementos, por cualquier de elementos referidos a los puntos “b” y “c”.

Se ha dicho con razón que la información ambiental tiene una dimensión particularmente interesante desde el punto de vista jurídico, en cuanto presupuesto para el disfrute, ejercicio y protección de determinados derechos como el de la salud o el de la preservación de un medio ambiente adecuado en nuestro caso⁶¹². “La participación pública y el acceso a la información resultan imprescindibles para avanzar en la senda del desarrollo sostenible, el medio ambiente es cuestión de todos”.

En ese orden de ideas, el acceso por parte de los ciudadanos a la información ambiental es un pilar esencial en el establecimiento de sistemas adecuados de participación pública y, por lo tanto, un instrumento básico en la consecución de una política ambiental efectiva⁶¹³. El derecho de Información Ambiental, aunque materialmente de carácter instrumental, formalmente constituye un derecho sustantivo de titularidad colectiva, genéricamente atribuido a todas las personas que deseen ejercitarlo que no estén obligadas “a probar un interés determinado”⁶¹⁴.

La información ambiental exige como insustituibles requisitos, además de claridad, veracidad y accesibilidad, los siguientes: corrección, objetividad, organización de los datos, la independencia del organismo que la recolecta y brinda, la seguridad de la continuidad del flujo de datos, la completitud de los datos, la fácil comprensión, la fiabilidad y la tempestividad⁶¹⁵. Es pertinente recordar, con relación al derecho de información que opera de “bisagra” para hacer verdaderos los restantes “cuadrantes en que vive y se desenvuelve la participación”⁶¹⁶.

Acceso a la justicia, es otro de los pilares básicos de participación ciudadana. Y conforma la tríada de la que estamos exponiendo. Participación + Información + Acceso jurisdiccional. Es por ello que la Unión Europea exhibe como valioso instrumento de

⁶¹² RAMÓN MARTÍN MATEO: “Tratado de Derecho Ambiental”, T. p. 122, TRIVIUM, 1992.

⁶¹³ SANCHIS MORENO, Fe: “El derecho de libre acceso a la información ambiental: buenas prácticas”, Valencia, 11/04/97, en página TERRA, vía Internet.

⁶¹⁴ MARTÍN MATEO, Ramón: “Nuevos instrumentos cooperativos para la tutela ambiental”, p. 26, Editorial Idearium, Universidad de Mendoza, 1993. El derecho a la información está estrechamente ligado a la participación como instrumento destinado a aumentar la eficacia de la política ambiental y es su corolario / PRIEUR, Michel: “Droit de l’Environnement”, p. 91, Dalloz, 2° ed., 1991.

⁶¹⁵ CECHETTI, Marcelo, “Principi costituzionali per la tutela dell’ambiente”, 2000, Giufre Editores, Milán, p. 235, citados por FALBO, Anibal José: “La información ambiental como principio rector de la protección del ambiente”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2003-III, fascículo n° 12.

⁶¹⁶ MORELLO, Augusto M.: “El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (El derecho a la información y a la realidad social)”, *Revista Jurídica El Derecho*, 124-949.

difusión de estos principios, “el Convenio sobre el Acceso a la Información, Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en materia de medio ambiente, o más conocido por el nombre Convenio AARTHUS⁶¹⁷, por haberse firmado en esa ciudad danesa, el 25/06/98, en virtud del cual se promueve una serie de mecanismos para garantizar la participación en los asuntos ambientales, exigiendo la remoción de los obstáculos que puedan dificultarla”⁶¹⁸.

En el plano de la Justicia se predica la necesidad de flexibilizar las formas procesales. Tornar más permeable la legitimación de obrar, mediante una apertura prudente. Seguir métodos de interpretación que conduzcan a la producción de pruebas más livianas. Inversión de la carga de la prueba en casos complejos. Un cambio en el rol de la magistratura mediante el ejercicio pleno de los poderes deberes de dirección procesal, la adopción de la figura de un Juez activo, de compromiso social, o protección de hogaño. Y una justicia de acompañamiento. Anticipatorio. Temprana. Enérgica, efectiva, en la defensa del medio ambiente.

Se destaca la Declaración de Principios de Johannesburgo, adoptada por más de 160 jueces y magistrados, representantes de más de 62 países del mundo, reunidos en agosto de 2002, en el Simposio Mundial de Jueces para el Desarrollo Sostenible y la Función del Derecho, organizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente sus agencias e instituciones socias. También, el Simposio celebrado por el PNUMA / ORPALC, del 26 al 28 de enero de 2000 en México DF, sobre el Acceso a la Justicia Ambiental en América Latina. Y el Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina sobre Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental, de Buenos Aires del 23 al 24 de septiembre de 2003⁶¹⁹.

⁶¹⁷ ANDORNO, Luis O.: “La materia ambiental en las normas del MERCOSUR y la Convención de Aarhus (Dinamarca 1998) sobre acceso a la información, a la justicia y a la participación pública”, RDA N° 1 p. 1, Enero/ Marzo 2005, Lexis Nexis.

⁶¹⁸ DE LOS RIOS, Isabel, “Principios de derecho ambiental”, p. 37, Caracas.

⁶¹⁹ Vid. Material de trabajo y Declaración de Buenos Aires, del SIMPOSIO DE JUECES Y FISCALES DE AMÉRICA LATINA. APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LA NOTMATIVA AMBIENTAL, 23 y 24 de septiembre de 2003, Buenos Aires, Argentina, FUNDACIÓN AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES.

CAPÍTULO IV
INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

INSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Sistema Nacional Del Ambiente. Instituciones Con Competencia Ambiental. Política Ambiental Nacional

El artículo 1 de la Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente” establece que: “esta ley tiene por objeto crear y regular el funcionamiento de los organismos responsables de la elaboración, normalización, coordinación, ejecución y fiscalización de la política y gestión ambiental nacional”. A su vez, el Art. 2 de la misma Ley instituye “el Sistema Nacional del Ambiente (SISNAM), integrado por el conjunto de órganos y entidades públicas de los gobiernos nacional, departamental y municipal, con competencia ambiental; y las entidades privadas creadas con igual objeto, a los efectos de actuar en forma conjunta, armónica y ordenada, en la búsqueda de respuestas y soluciones a la problemática ambiental. Asimismo, para evitar conflictos interinstitucionales, vacíos o superposiciones de competencia y para responder con eficiencia y eficacia a los objetivos de la política ambiental”.

En la concepción misma del SISNAM encontramos el reconocimiento explícito de la diversidad de actores institucionales involucrados en la definición de la política ambiental y en la aplicación de su normativa; y esto por más que la Ley 1561/00 también ha creado a la autoridad ambiental por excelencia, la Secretaría del Ambiente – SEAM.

A continuación enumeramos los cuerpos legales que contienen normas ambientales:

- Ley 369/72 “Que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental – SENASA”
- Ley 422/73 “Forestal”
- Ley 836/80 “Código Sanitario”
- Ley 1183/85 “Código Civil” (Art. 2000)
- Ley 1294/87 “Orgánica Municipal”
- Ley 123/91 “De protección fitosanitaria”
- Ley 96/92 “De vida silvestre”
- Ley 294/93 “De evaluación de impacto ambiental”
- Ley 352/94 “De áreas silvestres protegidas”
- Ley 385/94 “De semillas y protección de cultivos”
- Ley 536/95 “De fomento a la forestación y la reforestación”
- Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”
- Ley 799/95 “De pesca”
- Ley 825/96 “De protección a no fumadores”
- Ley 1100/97 “De prevención de la polución sonora”

- Ley 1160/97 “Código Penal” Título III- Hechos punibles contra la seguridad de la vida y de la integridad física de las personas. Capítulo I- hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana”. (Arts. 197 a 202)
- Ley 1334/98 “De defensa del consumidor y del usuario”
- Ley 1561/00 “De creación del Sistema Nacional del Ambiente, Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 1614/00 “General del marco regulatorio y tarifario del servicio de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario para la República del Paraguay”
- Ley 1863/01 “Estatuto Agrario”; ver también Ley 2419/04 “Que crea el Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra”
- Ley 2459/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas”
- Ley 2524/04 y su ampliatoria Ley 3139/06 “De prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques”
- Ley 2748/04 “De fomento a los biocombustibles”
- Ley 3001/06 “De valoración y retribución de los servicios ambientales”
- Ley 3191/07 “Que prohíbe la pesca del Dorado”

Las instituciones que están involucradas en la aplicación y en el cumplimiento de estas normas son: Ministerio de Agricultura y Ganadería, a través del Servicio Forestal Nacional (Leyes 422/73 y 536/95), a través del Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (Leyes 1863/01 y 2419/04) y a través del Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (Leyes 123/91, 385/94 y 2459/04); Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (Leyes 369/72 y 836/80); Ministerio de Industria y Comercio (Leyes 1334/98 y 2748/04), Ministerio Público (Leyes 716/96 y 1160/97), Ente Regulador de Servicios Sanitarios (Ley 1614/00), Gobernaciones (Ley 426/96 y parcialmente Ley 294/93), Municipalidades (Leyes 1294/87, 825/96 y 1100/97 y parcialmente las leyes 294/93 y 352/94) y Secretaría del Ambiente (Leyes 96/92, 294/93, 352/94, 799/96, 2524/04 (3139/06), 3001/06 y 3191/07; además, ejerce autoridad en aplicación de las leyes 369/72, 422/73, 836/80, 904/81 y 123/91).

Todas estas instituciones junto con representantes de las organizaciones ambientalistas de la sociedad civil y los gremios de la producción están representadas en el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM)⁶²⁰, que es un “órgano colegiado, de carácter interinstitucional, como instancia deliberativa, consultiva y definidora de la política ambiental nacional” (Art. 3, Ley 1561/00).

⁶²⁰ El funcionamiento del CONAM está reglamentado por el Art. 10.579 del 20 de septiembre de 2000 “Por el cual se reglamenta la Ley 1561/2000” con las modificaciones introducidas por el Decreto 10.961 del 27 de octubre de 2000 “Por el cual se modifican los arts. 14 y 39 al 49 del Decreto 10579 de fecha 20 de septiembre de 2000”

El CONAM tiene por funciones: “a) definir, supervisar y evaluar la política ambiental nacional; b) proponer normas, criterios, directrices y patrones en las cuestiones sometidas a su consideración por la Secretaría del Ambiente; c) cooperar con el Secretario Ejecutivo de la Secretaría para el cumplimiento de esta ley y sus reglamentos; y, d) las demás que le correspondan de acuerdo a la ley” (Art. 5, Ley 1561/00). Es importante destacar que la tarea del CONAM tiene relevancia a la hora de buscar respuestas consensuadas ante la complejidad que plantea la gestión en el campo de lo ambiental, pero que carece de facultades normativas; sus eventuales resoluciones sirven para orientar, asesorar, colaborar en la búsqueda de soluciones, o apoyar políticamente las decisiones que se tomen en el nivel ejecutivo, no para imponer derechos u obligaciones (que sólo pueden ser establecidas por la Ley) ni siquiera para reglamentarlos.

En ejercicio de sus funciones, el Consejo Nacional del Ambiente, a través de la Resolución 4/05 del 31 de mayo de 2005, ha aprobado la Política Ambiental Nacional (PAN).

Partiendo del concepto de que el ambiente es un patrimonio común de la sociedad y valiéndose de los principios de sustentabilidad, precaución, integralidad, gradualidad, responsabilidad y subsidiariedad, la PAN tiene por objetivo “conservar y adecuar el uso del patrimonio natural y cultural del Paraguay, para garantizar la sustentabilidad del desarrollo, la distribución equitativa de sus beneficios, la justicia ambiental y la calidad de vida de la población presente y futura”.

Una cuestión que no debe perderse de vista es que la PAN no está por encima de ninguna Ley sancionada por el Congreso y promulgada por el Poder Ejecutivo; es sólo una “hoja de ruta”, una guía interpretativa para el ejercicio de las potestades de las autoridades encargadas de aplicar la normativa ambiental y para el mejor cumplimiento de los derechos y obligaciones plasmados en ellas. Esto es, en cierto sentido, la PAN es metajurídica.

El órgano ejecutivo encargado de coordinar la efectiva aplicación de la PAN es la Secretaría del Ambiente, que funge de autoridad de aplicación de las leyes ambientales (ver supra) y tiene la potestad para reglamentarlas a fin de tornarlas jurídicamente operativas. Las funciones, atribuciones y responsabilidades de la SEAM están enumeradas en el artículo 12 de la Ley 1561/00.

Formalmente, la SEAM es un ente autárquico y descentralizado. En efecto, el artículo 7 de la Ley 1561/00 crea a la SEAM “como institución autónoma, autárquica, con personería jurídica de derecho público, patrimonio propio y duración indefinida”. Esto se ve reforzado por las disposiciones del artículo 10, que establece la capacidad de la SEAM y del artículo 16 que establece los privilegios de los que goza la SEAM. Sin embargo, en la práctica, la SEAM funciona como si fuera una dependencia de la Administración Central, dependiente presupuestariamente de la Presidencia de la República.

El presupuesto general de gastos de la Nación destina en forma global aproximadamente no más del 0,2 por ciento del total a la aplicación de las normas ambientales, cuando más o menos una cuarta parte de nuestro PBI se genera como consecuencia de las actividades agrícola-ganaderas. La ecuación es muy simple; o se destinan más recursos a preservar nuestro ambiente o no vamos a poder vivir más de él.

Si los recursos que se destinan a la aplicación de las normas ambientales son escasos y por la configuración de nuestro entramado institucional, las principales responsabilidades caen sobre las espaldas del Estado, es lógico suponer -como efectivamente ocurre- que el cumplimiento de la normativa ambiental sea poco menos que satisfactorio. Necesitamos destinar más recursos a la aplicación de la normativa ambiental, necesitamos capacitar más a los funcionarios encargados de su aplicación y necesitamos facilitar la participación de los ciudadanos en la defensa y el cuidado de un bien público fundamental: el ambiente.

El pasado 24 de mayo de 2007, quedó archivado en el Congreso Nacional un proyecto de ley que pretendía dotar de mayor agilidad financiera a la SEAM al despejar toda duda acerca de su naturaleza jurídica de ente descentralizado y autárquico; este proyecto hubiera redundado a vez en posibilitar una mayor capacidad de respuesta de este organismo público en la aplicación de la normativa ambiental.

2. Estructuración Política De La República Y Competencias Ambientales De Los Gobiernos Locales

2.1 Estructuración Política

La República del Paraguay es un estado unitario, esto es, un Estado que gobierna al Pueblo a través de un único Poder encargado de sancionar Leyes (Poder Legislativo), un único Poder encargado de promulgarlas y aplicarlas (Poder Ejecutivo) y un único Poder encargado de impartir justicia en la resolución de casos contenciosos conforme a lo establecido en dichas leyes (Poder Judicial), “en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control” (Art. 3 de la Constitución).

Las constituciones anteriores a la de 1992 también previeron la forma de gobierno unitario, aunque en ellas el tono centralista era mucho más pronunciado que en la actualidad. En efecto, a la vez que la Constitución del '92 proclama que el Paraguay es un estado unitario, también instituye que es “descentralizado en la forma que establecen esta Constitución y las leyes” (Art. 1°).

La descentralización de las funciones gubernamentales se ha canalizado a través de instituciones tradicionales a la organización política del país: Departamentos y Municipios. La Constitución del '92 ha rearmado el entramado de funciones y atribuciones de estos, asignándoles recursos económicos propios y estableciendo comicios para acceder a los cargos de gobierno.

El Gobierno de estos Departamentos y Municipios es ejercido por Gobernadores e Intendentes, respectivamente, y por Juntas Departamentales y Municipales. Estas Juntas son las encargadas de sancionar Ordenanzas, esto es, normas generales que regulan las materias que la Constitución y las Leyes del Congreso les han delegado. Los primeros, por su parte, son una suerte de Poder Ejecutivo local, cuya principal tarea es la de aplicar dichas Ordenanzas para la mejor gestión de los intereses locales. Los Gobernadores, además, representan al Poder Ejecutivo en la ejecución de la política nacional, lo cual es una rémora de la época en la que no había gobernadores sino Delegados del Gobierno Nacional.

El hecho de que la Constitución se haya limitado a establecer la forma de acceder a los cargos de los gobiernos locales y la propiedad de ciertos recursos económicos (porcentajes del impuesto inmobiliario) y dejado al Congreso la configuración del grado de autonomía de los Departamentos y Municipios, ha llevado a que la descentralización en el Paraguay sea más una cuestión retórica que práctica. Existe una historia de fuerte centralismo y es poco probable que los poderes del Estado, que como consecuencia lógica de la descentralización real pudieran perder espacios de poder, acepten este hecho sin mayores resistencias. A quince años de la sanción y promulgación de la Constitución del '92 nuestra conclusión se verifica ya que sigue vigente la Ley Orgánica Municipal del año 1987 (Ley 1294) y, la Ley Orgánica Departamental del '94 (Ley 426) otorga muy pocas facultades concretas a los Departamentos, a punto tal que bien podríamos afirmar que los Gobiernos de los Municipios tienen más poder real que los de los Departamentos.

Sin embargo, este indicador jurídico no es el único sustento de nuestra afirmación. No existen políticas públicas encaminadas hacia la construcción de capacidades locales que permitan efectivizar una futura descentralización y tampoco se verifica un fuerte reclamo social en tal sentido.

2.2 Marco Constitucional Y Legal Que Rige Las Competencias Departamentales Y Municipales En Materia Ambiental

El artículo 156 de la Constitución establece que “a los efectos de la estructuración política y administrativa del Estado, el territorio nacional se divide en departamentos, municipios y distritos, los cuales, dentro de los límites de esta Constitución y de las leyes, gozan de autonomía política, administrativa y normativa para la gestión de sus intereses, y de autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos”.

Tal como ya hemos mencionado, la autonomía de los gobiernos departamentales y municipales es muy limitada; las facultades y atribuciones que les confiere el texto constitucional son exiguas y, casi en su totalidad, requieren de leyes que las complementen⁶²¹.

⁶²¹ Las atribuciones que tienen los Gobiernos Departamentales y Municipales dentro del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental se desarrolla en el capítulo respectivo de esta obra.

El artículo 163 de la Constitución establece que “es competencia del gobierno departamental: 1) la coordinación de las actividades con las distintas municipalidades del Departamento; la organización de los servicios públicos departamentales comunes, tales como obras públicas, provisión de energía, de agua potable y demás que afecten en común a más de un Municipio y la promoción de asociaciones de cooperación entre ellos; 2) la elaboración del plan de desarrollo departamental, que deberá coordinarse con el Plan Nacional de Desarrollo, así como la formulación presupuestaria anual, a ser considerada en el Presupuesto General de la Nación.; 3) la coordinación de la acción departamental con las actividades del gobierno central, en especial lo relativo a las oficinas de carácter nacional en el Departamento, primordialmente en el ámbito de la salud y en el de la educación; 4) la integración de los Consejos de Desarrollo Departamental; y 5) las demás competencias que fijen esta Constitución y la Ley”.

El artículo 168 de la Constitución establece que “serán atribuciones de las municipalidades, en su jurisdicción territorial y con arreglo a la ley: 1) La libre gestión en materias de su competencia, particularmente en las de urbanismo, ambiente, abasto, educación, cultura, deporte, turismo, asistencia sanitaria y social, instituciones de crédito, cuerpos de inspección y de policía; (...)”.

El artículo 1 de la Ley Orgánica Departamental establece “que el Gobierno Departamental es persona jurídica de derecho público y goza de autonomía política, administrativa y normativa para la gestión de sus intereses (...)”.

Por su parte, el artículo 16 de la misma Ley establece que “el Gobierno Departamental tiene como objeto: (...) b) Coordinar planes, programas y proyectos con las Municipalidades del Departamento y cooperar con ellas cuando éstas la soliciten; (...) i) Cuando dos o más Gobiernos Departamentales limítrofes tengan proyectos coincidentes, podrán coordinar sobre los mismos, con sujeción a las disposiciones legales que rijan la materia; (...) k) Adoptar medidas para la preservación de las comunidades indígenas residentes en el mismo y del medio ambiente y de los recursos naturales del Departamento; (...)”.

Si bien los gobiernos departamentales tienen atribuciones para adoptar medidas para la preservación del medio ambiente y los recursos naturales del Departamento y, además, el artículo 17 establece que “son deberes y atribuciones del Gobernador: (...) q) Aplicar multas por las infracciones a las Ordenanzas y Resoluciones Departamentales dentro de los límites legales; (...)”; lo cierto es que las Ordenanzas en materia ambiental que pudieran dictar los Gobiernos Departamentales perderían mucha de su eficacia dado que no existe una Ley que establezca los límites dentro de los cuales estos gobiernos puedan establecer multas mediante Ordenanzas.

La Ley 1561/00 en su artículo 13 prevé que “la SEAM promoverá la descentralización de las atribuciones y funciones que se le confiere por esta ley, a fin de mejorar el control ambiental y la conservación de los recursos naturales, a los órganos y

entidades públicas de los gobiernos departamentales y municipales que actúan en materia ambiental. Asimismo, podrá facilitar el fortalecimiento institucional de esos órganos y de las entidades públicas o privadas, prestando asistencia técnica y transferencia de tecnología, las que deberán establecerse en cada caso a través de convenios”.

La práctica de descentralización de atribuciones y funciones de la SEAM tiene antecedentes muy recientes y sólo abarca a los Gobiernos Departamentales, no a los Municipales. Además, esta práctica no se ha llevado a cabo con todos los Gobiernos Departamentales del país, sino solo con algunos. Hasta ahora, la descentralización se ha dado en materia de fiscalización de la Ley 294/93 de evaluación de impacto ambiental y, en algunos casos, de la Ley 799/96 de pesca.

El criterio que prima en la SEAM para descentralizar atribuciones y funciones es, ante todo, la voluntad de las autoridades departamentales y, luego, que los funcionarios departamentales pasen por un proceso de capacitación sobre cumplimiento y aplicación de la legislación ambiental⁶²².

En lo que respecta a los gobiernos municipales, el artículo 11 de la Ley Orgánica Municipal establece que “las Municipalidades son autónomas en el orden político, jurídico, económico y administrativo. Dicha autonomía será ejercida en los términos consagrados por la Constitución Nacional y esta ley”.

El artículo 18 de esta misma Ley establece que son funciones municipales: “a) el establecimiento de un sistema de planeamiento físico, urbano y rural del Municipio; (...) b) la regulación y prestación de servicios de aseo y especialmente la recolección y disposición de residuos; (...) h) la cooperación para la conservación de los monumentos históricos, de las obras de arte y demás bienes culturales; (...) m) el establecimiento de un régimen local de servidumbre y de delimitación de riberas de ríos, lagos, ríos, arroyos, con arreglo a lo dispuesto por el Código Civil; (...) ñ) la preservación del medio ambiente y el equilibrio ecológico, la creación de parques y reservas forestales, promoción y cooperación para proteger los recursos naturales. (...)”.

En lo que se refiere a ordenamiento territorial (ver inciso “a” del Art. 18 citado), el artículo 199 de la Ley Orgánica Municipal establece que “las Municipalidades, en función de los planes de desarrollo urbano, podrán adoptar medidas restrictivas del dominio privado y establecer servidumbres, las que se ajustarán a las prescripciones constitucionales y legales”. Esto es, dado que las municipalidades también tienen atribuciones en materia ambiental, bien podría darse el caso de que las Juntas Municipales establecieran restricciones al dominio con carácter general y servidumbres

⁶²² Uno de los Gobiernos Departamentales que más ha avanzado en este sentido es el de Itapúa, que inclusive cuenta con apoyo del Programa de Apoyo al Sistema Nacional del Ambiente del Banco Interamericano de Desarrollo.

sobre predios particulares con la finalidad de ordenar ambientalmente las actividades y el uso de la propiedad en el territorio sobre el cual ejercen su competencia.

También, el artículo 41 de la Ley Orgánica Municipal establece que “en lo relativo a Planificación Física y Urbanística, son atribuciones y deberes de la Junta Municipal: a) aprobar el planeamiento físico y urbanístico del Municipio; b) delimitar las zonas urbanas, suburbanas y rurales; c) dictar normas sobre uso del suelo; (...)”.

En lo que se refiere a ordenamiento territorial de los Municipios, debemos mencionar también dos normas de fundamental importancia: La Ley 294/93 de evaluación de impacto ambiental y la Ley 352/94 de áreas silvestres protegidas.

La primera tiene relevancia ya que los planes reguladores de los Municipios deben someterse al procedimiento de EvIA y están sujetos a la presentación de Estudio de Impacto Ambiental (Art. 7 de la Ley 294/93 y Art. 5, inciso 1 del Decreto 14.281/96). También están sometidos al procedimiento de EvIA y sujetos a la presentación de Estudio de Impacto Ambiental los proyectos sobre tratamiento y disposición de residuos urbanos (Art. 7 de la Ley y Art. 5, inciso 10 del Decreto 14.281/96). Por lo tanto, antes de que entren en vigencia las Ordenanzas que aprueben los Planes Reguladores Municipales o los sistemas de recolección, tratamiento y disposición de residuos urbanos, las autoridades municipales deben someterlas al procedimiento de EvIA (Arts. 11 y 12 de la Ley 294/93).

La Ley 352/94 tiene relevancia en lo que hace al ordenamiento territorial de los municipios porque establece que “los Departamentos y Municipios cuyos límites se encuentran localizados dentro de un Área Silvestre Protegida bajo dominio público o privado, o en sus zonas de amortiguamiento, deberán adecuar sus ordenanzas y demás disposiciones a la presente Ley y sus reglamentaciones” (Art. 11). La misma Ley también faculta a las instituciones municipales a participar en la elaboración de los Planes de Manejo de las áreas protegidas (Art. 14). Finalmente, la Ley de Áreas Protegidas también prevé la posibilidad de declaración de áreas protegidas departamentales y municipales (Art. 14 inciso “d”). Sin embargo, no desarrolla el procedimiento para su creación. Entendemos que dichas áreas protegidas deberán ser declaradas como tales mediante Decreto del Poder Ejecutivo o mediante Ley, las únicas vías previstas en la Ley para la creación de áreas protegidas, y no mediante Ordenanzas de los gobiernos departamentales o municipales.

Específicamente en lo que se refiere a recursos naturales y medio ambiente, la Ley Orgánica Municipal en su artículo 44 establece que “corresponderá a la Junta Municipal: a) dictar normas tendientes a la mejor utilización de los recursos naturales y al mantenimiento del equilibrio ecológico y la preservación del ambiente; b) reglamentar las condiciones de arborización de calles, avenidas, parques, plazas, playas turísticas y otros lugares públicos; c) autorizar la apertura de parques municipales; d) reglamentar la pesca y caza, así como la conservación de la fauna y flora, en coordinación con otros

organismos competentes; e) dictar normas para la desinfección en lugares habitados, desecación u obras de drenaje de los pantanos que considere insalubres, cercados de terrenos baldíos y su terraplenamiento; y, f) dictar normas para la vigilancia y demás medidas necesarias para evitar la contaminación de las aguas de los arroyos, lagos, ríos y fuentes del Municipio”.

A contrario de lo que sucede con los Gobiernos Departamentales, los gobiernos municipales sí están autorizados por Ley a establecer la sanción de multa ante infracciones a sus normas jurídicas. Así, el artículo 1 de la Ley 1276/98 sobre Régimen de Faltas Municipales establece que “son faltas o contravenciones toda acción u omisión, calificada como tal, que transgreda normas jurídicas de carácter municipal y las de carácter nacional cuya aplicación haya sido delegada a la Municipalidad”⁶²³. Por su parte, el artículo 13 de la misma Ley establece que los montos de las multas, sus escalas y plazos de pago serán fijados por Ordenanza Municipal.

Una disposición de especial importancia es el artículo 32 de la Ley 1276/98 que establece que “la Intendencia podrá disponer, en resolución fundada, por la vía administrativa medidas de urgencia destinadas a hacer cumplir normas legales o resoluciones comunales para evitar o revertir circunstancias que sean susceptibles de causar peligro de vida o inminente daño al ambiente, a la salud, a la seguridad o al patrimonio público, de tornar ineficaces los fallos judiciales o de hacer desaparecer evidencias de faltas o contravenciones”. Hasta el presente no se conoce que los intendentes hayan hecho uso efectivo de esta atribución legal en materia de protección al ambiente, pero es una herramienta jurídica que se encuentra a su disposición.

En suma, las autonomías departamentales y municipales abarcan las cuestiones que expresamente la Constitución y la Ley les otorgan. La constitución y la ley han otorgado a los departamentos y a los municipios facultades en cuestiones ambientales. Los Departamentos y los Municipios pueden dictar Ordenanzas y Reglamentos en materia ambiental, inclusive imponiendo sanciones y dictar medidas de urgencia, en el caso de las municipalidades.

Ahora bien, ¿cómo pueden ejercerse estas atribuciones existiendo legislación ambiental a escala nacional? Nuestra interpretación del asunto es la siguiente:

- Las normas jurídicas ambientales nacionales se aplican a todo el país y derogan a todas las normas ambientales locales que se les opongan (Principio unitario de gobierno, Art. 1 Constitución).
- Las normas jurídicas ambientales locales, complementan a las normas jurídicas ambientales nacionales si existe autorización legislativa, regulando todo lo que no

⁶²³ Así, por ejemplo, las leyes 825/96 “De protección a no fumadores” y 1.110/97 “De prevención de la polución sonora”.

contemplen las normas nacionales o estableciendo parámetros más estrictos (porque, como vimos, los gobiernos locales tienen competencias legales autónomas en materia ambiental).

- En este sentido, las normas jurídicas ambientales nacionales son el piso de protección ambiental y las normas jurídicas ambientales locales un plus de protección ambiental.

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL Y CULTURAL

EL AMBIENTE COMO BIEN PATRIMONIAL

Por Néstor A. Cafferatta

1. El Bien Ambiental

El notable Jurista, Académico y Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Ricardo L. LORENZETTI⁶²⁴ enseña que “el bien ambiental es un bien colectivo”.

Y que como todo bien colectivo señala⁶²⁵, presenta las siguientes características: - la indivisibilidad de los beneficios: el bien no es divisible entre quienes lo utilizan. Ello impide la concesión de derechos subjetivos, ya que éstos presuponen que la titularidad se ejerce sobre una porción identificable o claramente delimitada. No hay derecho de propiedad ni posesión individual que permita adquirirla, y sólo se conceden derechos de actuación bajo la forma de legitimación para obrar difusa o colectiva; - uso común sustentable: el bien puede ser usado por todos los ciudadanos, lo cual hace que sobre ellos sea aplicable el problema de la “tragedia de los comunes”, es decir, la ausencia de incentivos individuales para protegerlos y evitar el sobreuso. La pasividad en el uso de los bienes colectivos frecuentemente lleva a su agotamiento o destrucción, por lo que se requieren reglas limitativas que definan el uso razonable. Ello significa que el uso del bien debe ser hecho de tal modo que no compromete las posibilidades de otros individuos y de las generaciones futuras; - no exclusión de beneficiarios: en el caso del medio ambiente, aun las generaciones futuras. Todos los individuos tienen derecho al uso y por lo tanto no pueden ser excluidos. Ello constituye una diferencia muy importante de los bienes individuales que admiten derechos subjetivos oponibles erga omnes. No siendo posible la exclusión, la carga argumentativa pesa sobre quien decida limitar su acceso.

También apunta: - status normativo: es necesario que sea calificado como un bien, es decir, un interés genérico merecedor de tutela. La existencia jurídica de un bien colectivo se identifica entonces por su recepción normativa. Así, se ha sostenido que debe tener un reconocimiento deontológico, en el sentido de que su protección debe estar ordenada; - calificación objetiva: la calificación de un bien como colectivo surge de una designación normativa objetiva y no subjetiva. El hecho de que un bien no pertenezca a una sólo persona sino a muchas no es suficiente para calificarlo como colectivo. Tampoco lo es que pertenezca a muchos y sea indivisible. – legitimación de obrar difusa o colectiva. Estos bienes son protegidos mediante una amplia legitimación para obrar (difusa cuando se refiere a cualquier afectado y colectiva cuando ese interés se concentra en una agrupación) – procedencia de la tutela preventiva: en general, el legislador establece la procedencia de la tutela preventiva, es decir, primero prevenir, luego restituir,

⁶²⁴ LORENZETTI, Ricardo: “La Protección jurídica del ambiente, en LL, 1997-E-1463.

⁶²⁵ LORENZETTI, Ricardo: “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Rubinzal- Culzoni, 2006, p. 333.

y finalmente, si no quedan opciones, reparar el daño causado. Esta secuencia es imperativa, lo que no ocurre con la mayoría de los bienes individuales, sobre los cuales el titular tiene la opción entre la restitución in natura y el resarcimiento. Esta regla obedece no sólo a una opción valorativa, sino también a una razón económica, ya que son de difícil valoración según precios de mercado (no son monetizables).

Por último agrega: - resarcimiento a través de patrimonios de afectación: cuando hay resarcimiento no hay indemnización que se traslade al patrimonio de una persona, aunque ella sea titular de la legitimación procesal. La suma de dinero que se otorgue, o los bienes sustitutivos, son gestionados por alguien al que se le adjudica esa función, pero al igual que el bien al que subrogan, estos montos no tienen un dueño particular. – ubicación en la esfera social: entre la esfera pública y la privada, hay una esfera social donde ubicamos a los bienes colectivos, lo cual instaura una regla de precedencia lógica en el caso de los conflictos entre bienes colectivos e individuales.

In re “MENDOZA, Beatriz Silvia y otros c/ ESTADO NACIONAL Y OTROS s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)”⁶²⁶, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, el 20/06/06, dijo: que el ambiente es “un bien colectivo, el que por su naturaleza jurídica, es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes. Y que “la mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual”.

En ese mismo sentido, se dijo que la defensa de los intereses difusos tiene que ver con la protección del patrimonio social (QUIROGA LAVIÉ).

También, que para distinguir el carácter público de un bien habrá que ver el destino del mismo, es decir, si está destinado, directa o indirectamente al uso público, ya sea su titular el Estado, el pueblo o un particular, como en el caso de las concesiones

⁶²⁶ MORELLO, Augusto M.: “Aperturas y contenciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, JA, 2006-III, 304. SABSAY, Daniel: “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la sustentabilidad de la Cuenca Matanza Riachuelo”, LL, 11/07/2006, p. 4. PIGRETTI, Eduardo A.: “Aciertos y desaciertos del fallo que anotamos” (caso Mendoza) ED 20-11-2006. CAMPS, Carlos: “Derecho procesal ambiental: Nuevas pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Revista de Derecho Ambiental 7, Julio / Septiembre 2006, p. 201, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, Editorial LEXIS NEXIS. GIL DOMINGUEZ, Andrés: “El caso “Mendoza”: hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos de incidencia colectiva”, Suplemento La Ley, 22/08/2006, p. 31. VALLS, Mario F., “Sigue la causa M. 1569 XL- Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- riachuelo)”, CJN, 20/06/2006”, en www.eldial.com. Suplemento Derecho Ambiental, 2006. ESAIN, José -GARCIA MINELLA, Gabriela: “Proceso y ambiente: Mucho más que ...Corte a la contaminación”, Revista de Derecho Ambiental 7, Julio / Septiembre 2006, p. 220, Instituto El Derecho por un Planeta Verde Argentina, Editorial LEXIS NEXIS. RODRIGUEZ, Carlos: “La defensa de los bienes públicos ambientales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, DJ 2006-2-703.- BARBIERI, Gala: “El activismo judicial tuvo que enfrentar, una vez más, a la disfuncionalidad administrativa”, Suplemento La Ley Administrativo, p. 54, 6 de septiembre 2006.

respecto de los bienes que se encuentran afectados a la prestación del servicio público⁶²⁷. La noción de bien público, está ligada a los conceptos de patrimonio común, y bienes colectivos. La lesión de un bien público, destinado al uso común, afecta o interesa a la comunidad o a bastos sectores de ella.

En general, de lo que se trata siempre es de la preservación del bien colectivo, no sólo como afectación de la esfera social del individuo, sino como un elemento del funcionamiento social. El bien colectivo es componente del funcionamiento social y grupal. Por ello, cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga. De modo que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien, de naturaleza extrapatrimonial y colectiva⁶²⁸.

Hemos dicho que, por referirse desde el punto de vista objetivo, a los denominados “bienes colectivos”, “bienes públicos de uso común”, “bienes del patrimonio común”, indivisibles, no susceptibles de apropiación exclusiva, o bienes vinculados subjetivamente con grupos, “colectivos”, de masa, sectores, la sociedad, colectividad o comunidad en general, categorías, clases, derechos supraindividuales, transindividuales o derechos públicos subjetivos, derechos de incidencia colectiva, intereses difusos, individuales plurales homogéneos, o derechos colectivos, y constituir cuestiones de sensible interés social, el derecho ambiental es un derecho colectivo o de incidencia colectiva.

Intentando una caracterización de los bienes colectivos R. ALEXY⁶²⁹ sostiene que es más fácil dar ejemplos de bienes colectivos que definir a los mismos. Así afirma por ejemplo, que la seguridad colectiva es un prototipo bastante claro de bien colectivo, porque, nadie que se encuentre en un territorio determinado puede ser excluido de su uso y, porque el uso por parte de una persona no impide ni afecta el uso por parte de la otra.

Sin embargo, apunta Marcela I. BASTERRA⁶³⁰, el autor intenta formular una definición de bienes colectivos, estableciendo los tres elementos necesarios para que un bien revista carácter de tal, a) La estructura no distributiva de los bienes colectivos: “un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptualmente, tácticamente o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárseles a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no- distributivo. Los bienes colectivos son bienes no- distributivos”; b) El status normativo de los bienes colectivos: el carácter no- distributivo no alcanza para conceptualizar el bien colectivo, porque el mal

⁶²⁷ in re “Aguirre, Rodrigo Alejandro s/ recurso de casación”, Sala I, Cámara Nacional de Casación Penal, 30.03.2002.

⁶²⁸ LORENZETTI, Ricardo: “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, LL, 1996-D-1058.

⁶²⁹ ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del Derecho”, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 186.

⁶³⁰ BASTERRA, Marcela I.: “El derecho fundamental de acceso a la información pública”, LEXIS NEXIS, 2006, p. 19.

colectivo también es no- distributivo, tal el caso de una alta tasa de criminalidad. Aplicado este caso concreto, ¿qué es entonces lo que hace que sea un bien colectivo?⁶³¹

Hay tres versiones conceptuales en relación a las argumentaciones de dichos bienes: la versión antropológica, utilizada para justificar la protección del bien colectivo, cuando se dice que hay que hacer prevalecer el interés del Estado en el cumplimiento de un derecho humano con jerarquía constitucional; la versión axiológica, en cuya virtud se pondera los valores en juego; y la versión deontológica⁶³².

El último elemento c) su fundamentación; el autor se interesa por dos tipos de fundamentación del bien colectivo: la de la economía de bienestar, que se da cuando se intenta justificar ese bien como función de bienes individuales, utilidades, preferencia; y la teoría del consenso: con un criterio muy poco exigente, un bien colectivo está justificado si lo aprueban fácticamente todos, con un criterio más exigente, si la aprobasen todos en caso de de que se dieran determinadas condiciones de racionalidad⁶³³.

Dentro de esta misma línea de pensamiento, Andrés GIL DOMINGUEZ⁶³⁴ afirma que los derechos colectivos se identifican por la combinación de tres elementos: titularidad, objeto y vínculo obligacional. Respecto del objeto: un bien objetivamente colectivo, responde a la idea de no- distribución por cuanto no es susceptible de apropiación individual pero sí de uso o goce común, o un bien subjetivamente colectivo que responde a la idea de agregación de subjetividades jurídicas y fácticas idénticas.

El ambiente es un bien colectivo. Y como tal puede distinguirse entre el macro-bien, constituido por el medio ambiente global y micro- bienes, que son sus partes: la atmósfera, las aguas, la fauna, la flora⁶³⁵. Los microbienes pueden ser apropiados parcialmente y ser objeto de propiedad privada. En estos casos la polución importa también la afectación de un derecho subjetivo⁶³⁶. Como bien público de uso común, el medio ambiente puede tener calificaciones más o menos extensas. Así, una primera tendencia, que es la más difundida, incluye sólo a los bienes naturales. Otras nociones amplían el concepto incluyendo los bienes culturales, como el patrimonio histórico. Otra versión más extensa, abarca los problemas de política social, como la pobreza o la vivienda y la calidad de vida en general⁶³⁷.

⁶³¹ BASTERRA, Marcela I., op. cit., p. 19

⁶³² BASTERRA, Marcela I., op. cit., p. 20.

⁶³³ Ídem anterior.

⁶³⁴ GIL DOMINGUEZ, Andrés: “Neoconstitucionalismo y derechos colectivos”, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 137.

⁶³⁵ BENJAMÍN, Antonio H.: “Daño ambiental: prevenção, reparacao e repressao”, Revista Dos Tribunais, Sao Paulo, 1993, p. 60.

⁶³⁶ LORENZETTI, Ricardo L.: “La Protección jurídica del ambiente”, en LL, 1997-E-1463.

⁶³⁷ LORENZETTI, Ricardo L.: “Reglas de Solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, LL, 1998-A-1024.

La Constitución de la República del Paraguay adopta una concepción amplia del Ambiente. En tal sentido considera objeto de protección los recursos naturales, el patrimonio natural y cultural. También la legislación de Argentina y Brasil (ley 6938, artículo 3º, I), entre otras se inclinan por esta tesis.

Recurrimos una vez más a las enseñanzas de Ricardo L. LORENZETTI⁶³⁸, quien explica que el bien definido en el punto anterior genera un derecho fundamental: el derecho a un medio ambiente sano, que admite diferentes facetas: 1) en relación al macrobien, que es el medio ambiente en general, y tratándose de un bien público de uso común, existe un interés difuso que permite acciones; 2) en relación a micro- bienes, puede darse la doble situación. Puede existir un interés difuso y también un derecho subjetivo. La doctrina argentina coincide en que trata de intereses difusos. Así se ha señalado que “los intereses difusos responden a las necesidades de la comunidad, o de grupos de ella, son de titularidad indivisible, tienden a salvaguardar la calidad de vida social”

Por último, en la doctrina procesal⁶³⁹ se admite con bastante aceptación la siguiente clasificación: intereses difusos: en los que se trata de bienes públicos de uso común en los que hay una titularización difusa en cabeza de los individuos con derecho a ese uso; intereses colectivos, en los que se concede acción al titular del bien colectivo. Aquí la relación entre el titular y el bien no es difusa, sino directa; intereses individuales homogéneos, en los que hay una causa o crédito común a varios individuos, que la da homogeneidad objetiva y que autoriza, por razones de economía procesal, la acción acumulativa; derecho subjetivo, en los que hay una afectación a un interés individual⁶⁴⁰.

La Constitución del Paraguay, jerarquizó este tipo de situaciones, dando rango constitucional a los intereses difusos, que alojan a los derechos medioambientales.

2. El Paradigma Ambiental

La noción jurídica del ambiente es compleja⁶⁴¹. El ambiente, y los intereses difusos en general⁶⁴², recaen sobre bienes indivisibles, indiferenciados o públicos de uso común, que no son susceptibles de apropiación exclusiva. O, desde otro punto de vista, de bienes plurales individuales, pero cualitativamente homogéneos, idénticos, fungibles, iguales o similares.

⁶³⁸ Ídem anterior.

⁶³⁹ MORELLO, Augusto M.: “La Tutela de los Intereses Difusos en el derecho argentino”, Editorial Platense, Edición 1999.

⁶⁴⁰ LORENZETTI, “La Protección jurídica...”, p. 1463.

⁶⁴¹ LORENZETTI, Ricardo: “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, p. 430, Rubinzal-Culzoni, 2006. PIGRETTI, Eduardo A., “Derecho Ambiental profundizado”, La Ley. 2003.

⁶⁴² CAFFERATTA, Néstor A., « Introducción al derecho ambiental », Secretaría de Ambiente y Recursos Naturales. Instituto Nacional de Ecología, PNUMA, Mexico, DF 2004.

Dogmáticamente, se puede afirmar que se trata de un bien global o bienes individuales de objetivas dimensiones colectivas. En el último supuesto, la agregación o sumatoria, yuxtaposición o enjambre, tiene identidad o entidad propia, distinta o diferente de las partes, fragmentos o porciones indivisas, que la integran. Por la función que cumplen, la relevancia, o significado social que revisten, exhiben caracteres de autonomía jurídica.

La especial esencia jurídica del bien colectivo objeto de protección del derecho ambiental, y los derechos supraindividuales que personaliza, producen cambios en las estructuras del derecho en general. Por ello es que se habla de un nuevo paradigma revolucionario: el paradigma ambiental⁶⁴³, que trae consigo una modificación epistemológica, que opera como metavalor, condicionando los demás modos argumentativos, con una extraordinaria especificidad, toda vez que reconoce como sujeto a la naturaleza (geocéntricas). Y que impacta sobre los derechos individuales, de manera tal que pasan a cumplir una función ambiental (por ejemplo, el dominio, o derecho de propiedad). Se basa en una concepción “holística”⁶⁴⁴, o totalizadora. Introduce un nuevo principio ético, en el conflicto entre desarrollo y ambiente. Y que crea un nuevo escenario de conflictos, entre el ambiente, ubicado en al esfera social, y los derechos individuales, generando un modo de interrelación diferente y una lógica distinta de solución del conflicto.

Mientras no se comprenda que el Derecho Ambiental es mucho más que una especialidad, sino por el contrario, el derecho de punta, vanguardia, o la punta de lanza, de una nueva cultura jurídica⁶⁴⁵, no podrá llegar a entenderse en su plenitud la naturaleza jurídica del bien ambiental, que constituye la nota objetiva de protección del mismo. Es que el derecho ambiental, rompe con los moldes clásicos del derecho en general. Por lo pronto, es heteróclito⁶⁴⁶ (o ajeno a las estructuras clásicas del derecho, o “desarreglado”). Pero también Innovador, mutante, herético, y descodificante⁶⁴⁷. Los principios de derecho ambiental (precautorio, preventivo, etc.), tienen poder de irradiación. Se levantan de este modo, como principios “estructurantes”, en el sentido que influyen sobre el sistema jurídico, reestructurándolo⁶⁴⁸.

⁶⁴³ LORENZETTI, Ricardo: “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Capítulo VI: “EL PARADIGMA AMBIENTAL”, Rubinzal- Culzoni, 2006, p. 425. Ver también, ALTERINI, Atilio: “¿Hacia un geoderecho?”, LL, 29 de septiembre de 2005, p. 1.

⁶⁴⁴ MAGARIÑOS DE MELLO, Mateo J.: “Medio Ambiente y Sociedad”, 1º edición, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, p. 79.

⁶⁴⁵ LORENZETTI, “Teoría de la...”, p. 466.

⁶⁴⁶ LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: “Legitimación e intereses difusos: últimas tendencias del derecho español”, JA, 5/8/98. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo: “Sobre el concepto de intereses de grupo, difusos y colectivos”, L.L, 1997-F-1142.

⁶⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo L.: “Las normas fundamentales de Derecho Privado”, Rubinzal- Culzoni, 1995, p. 483.

⁶⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo: “Teoría de la...”, p. 42.

3. El Salto De Lo Individual A Lo Colectivo

No estamos acostumbrados a hablar de bienes colectivos. Desde la formación ortodoxa del Derecho, de base liberal, individualista y patrimonialista economicista⁶⁴⁹, no nos prepararon para comprender estos temas, propios de una sociedad globalizada, de Informática, “Tercera Ola” (A. TOFFLER), o Era Tecnológica⁶⁵⁰, de la Biotecnología (P. HOFFT). Ni para resolver conflictos que superaran la escala discreta de dos personas (CAYO vs. TICIO, al decir de Augusto M. MORELLO⁶⁵¹), enfrentadas en una controversia, de base pecuniaria o monetaria.

Recordamos la fina sensibilidad de Germán J. BIDART CAMPOS⁶⁵², con relación a estos bienes, cuando con claridad, y sencillez de conceptos, publicó una enérgica nota: “La defensa de nuestro idioma castellano como bien cultural colectivo”. O la calificación con que consideraba el derecho a la salud, en el trabajo “Otra vez los bienes colectivos”⁶⁵³. Todas las que constituyen lecciones de derecho sobre el alcance, contenido, y caracteres de estos bienes públicos de uso común. Y el ambiente, es un bien colectivo.

Así se dice que hemos dado un brinco de lo individual a lo colectivo⁶⁵⁴, de lo simple a lo complejo. De lo teórico a lo práctico. Y en esta metamorfosis copernicana, el Derecho Ambiental, y los Principios de Derecho Ambiental (principios estructurantes) ocupan un lugar de privilegio en la nueva cultura jurídica (el paradigma ambiental). Está ubicado en la línea de avance de la Era de las Legitimaciones y las Garantías reforzadas⁶⁵⁵, portando en su seno los derechos de incidencia colectiva, cuyo objeto recae sobre bienes colectivos o un bien colectivo.

⁶⁴⁹ PIGRETTI, Eduardo A.: “El derecho a la vida y a la integridad personal”, ED-109-940.- íb. Ídem. “Un nuevo ámbito de responsabilidad: criterios, principios e instituciones del Derecho Ambiental”, en obra colectiva: “La responsabilidad por daño ambiental”, Centro de Publicaciones Sociales, 1986. Del mismo autor: “Derecho Ambiental”, Depalma, 1993. Los derechos de nueva generación, en obra colectiva, “Los nuevos daños. Soluciones modernas de reparación”, Hammurabí, 1995. “Indemnización por daño ambiental”, en Humanismo Ambiental, Academia Nacional de Derecho Córdoba, 2001.

⁶⁵⁰ MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.: “La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectivas”, Abeledo-Perrot, 1997.

⁶⁵¹ MORELLO, Augusto M.: “La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino”, Platense, 1999. MORELLO, Augusto M.- CAFFERATTA, Néstor A.: “Visión procesal de cuestiones ambientales”, Rubinzal- Culzoni, 2004.

⁶⁵² BIDART CAMPOS, Germán J.: “La defensa de nuestro idioma castellano como bien cultural colectivo”, LL, Columna de Opinión, 14 de julio de 2003, p. 1.

⁶⁵³ BIDART CAMPOS, Germán J.: “Otra vez los bienes colectivos”, LL 2002 A-1377.

⁶⁵⁴ MORELLO, Augusto M.: “El nuevo horizonte del derecho procesal”, Rubinzal- Culzoni, 2005.

⁶⁵⁵ MORELLO, Augusto M.: “Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales”, Platense, 1998.

4. Los Intereses Difusos

Es por ello que los intereses que lo alojan, son intereses que tienen por características dos notas distintivas: 1) una nota subjetiva: pertenecen de modo idéntico, fungible o indiferenciado, a una pluralidad de sujetos, en cuanto a integrantes de un grupo, clase, categoría, o a la comunidad en general, supraindividual, masificado, transindividual, o plural individual homogéneo; 2) una nota objetiva: recaen sobre bienes indivisibles, en nuestro derecho, la naturaleza, el aire, el agua, bienes culturales, no susceptibles de apropiación exclusiva. Los intereses difusos son intereses de uso, goce, disfrute, a su vez que de afectación o daño, solidario.

De allí que todos los mecanismos, de protección de estos bienes colectivos, o intereses difusos, implica la imperiosa necesidad de adoptar procedimientos colectivos, de apertura legitimatoria, de efectos de la sentencia, de inevitable flexibilización de las formas procesales, más simples, concebidas para cuestiones menos complejas, más acotadas, y de menor entidad en la ponderación de la sociedad.

5. El Patrimonio Ambiental

En síntesis, el patrimonio ambiental tiene caracteres distintos del concepto de patrimonio clásico. Por lo que debemos aggiornar la definición de patrimonio, para adaptarla a una institución que es igual pero diferente, que la que define el Artículo 2311 y concordantes, del Código Civil argentino; o nos legara la codificación decimonónica. También impone cambios en el concepto de propiedad o dominio. Por el contrario, de la visión patrimonial civilista, este patrimonio o dominio no es individual, no es absoluto, ni exclusivo. Y reviste naturaleza mixta, con componentes de derecho privado, y derecho público. Con un fuerte contenido social.

En su origen, desde el punto de vista del derecho privado, podemos encontrar normas de impronta ambiental, del Código Civil, en el régimen de límites o restricciones impuestas al dominio, derivadas de las molestias entre vecinos. Inmisiones inmaterial⁶⁵⁶ (legadas del derecho romano), nuisance en Francia, de emulaciones⁶⁵⁷, proviene de un sistema de limitaciones al ejercicio absoluto o antifuncional del dominio privado, en claras cuestiones que excedían este ámbito, y por el contrario, se instalaban en el de interés público, propias del derecho administrativo.

⁶⁵⁶ ANDORNO, Luis O.: “Las molestias de vecindad (art. 2618 C.C.). La responsabilidad por daño ambiental”, JA, 1999-IV-1074. ADROGUÉ, Manuel: “Las molestias entre vecinos en la reforma del Código Civil ley 17711. El fallo”, LL, 1996-C-718. LAGO, Daniel: “El Régimen de Molestias derivadas de la vecindad en el Derecho Civil Argentino”, Separata de Revista Jurídica de Buenos Aires, año 1987, II-, Editorial Abeledo Perrot.

⁶⁵⁷ COSSARI, Nelson: “Daños por molestias intolerables entre vecinos. Exceso de la normal tolerancia”, Hammurabi, 2006.

Más adelante, con la aparición del constitucionalismo social⁶⁵⁸, y la segunda generación de derechos humanos⁶⁵⁹ (derechos sociales, económicos, culturales), estas limitaciones se transformaron en una suerte de función genérica social de la propiedad, cambiando el sentido del derecho de dominio, que deja de ser absoluto, o ilimitado. Esta evolución se completa a fines del Siglo XX, con la emersión de los derechos humanos de tercera generación⁶⁶⁰, dentro de los cuales se inscribe el derecho ambiental.

Hoy nadie duda que la mudanza del paradigma dominial⁶⁶¹ (derivado del derecho romano), y las modificaciones del concepto del derecho de propiedad⁶⁶², como asimismo que cumple una función ambiental, en el proceso de socialización y publicización de este instituto⁶⁶³.

6. Los Bienes Culturales

Hablar de patrimonio cultural es hablar de valores⁶⁶⁴. La noción de patrimonio está íntimamente ligada con la identidad cultural, y engloba trabajos y productos de todos los conocimientos y modos de vida de los seres humanos. Encierra conceptos dinámicos, y vastos, envolviendo desde obras de arte hasta bienes de naturaleza inmaterial, incluyendo sitios urbanos y de valor histórico, bienes integrantes del patrimonio paisajístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico⁶⁶⁵.

Destacamos la creciente importancia del paisaje en el ámbito de la Unión Europea. Su reconocimiento como interés colectivo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la promoción de la tutela por el Convenio Europeo del Paisaje⁶⁶⁶. En este

⁶⁵⁸ BIDART CAMPOS, Germán J.: “Manual de la Constitución Reformada”, Tomo I, Ediar, 1998, p. 480.

⁶⁵⁹ BIDART CAMPOS, Germán J.: “Las tres generaciones de derechos” LL 2003-F-1485.

⁶⁶⁰ JIMÉNEZ, Eduardo: “Los derechos humanos de tercera generación”, Ediar, 1997.

⁶⁶¹ LORENZETTI, Ricardo: “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, p. 437, Rubinzal-Culzoni, 2006. Íb. Ídem, “¿Qué fue; Qué es y qué será el agua para el derecho?”, Suplemento de Derecho Ambiental, FARN / La Ley, del 14/07/03, p. 2.

⁶⁶² DE SALLES CAVEDON, Fernanda – DIEHL, Francelise Pantoja – BOCCASIU SIQUEIRA, Crisitna-DE SOUZA, Eliziane Mara: “Função Ambiental de Propriedade urbana e áreas de preservação permanente: a proteção das água no ambiente urbano”, p. 173, en obra colectiva “Direito, Água e Vida”, Volume 2, Instituto O Direito por um Planeta Verde, Congresso Internacional de Direito Ambiental 7º, Sao Paulo, 2003

⁶⁶³ DE SALLES CAVEDON, Fernanda – DIEHL, Francelise Pantoja – BOCCASIU SIQUEIRA, Crisitna-DE SOUZA, op. cit., p. 173.

⁶⁶⁴ CUREA, Sandra: “Patrimonio, una noción compleja identitária e cultural”, p. 729, de la obra colectiva “Desafios do Direito Ambiental no Século XXI”, Estudos em homenagem a Paulo A. LEME MACHADO, Malheiros, 2006.

⁶⁶⁵ CUREA, Sandra: “Patrimonio, una noción compleja identitária e cultural”, p. 749, de la obra colectiva “Desafios do Direito Ambiental no Século XXI”, Estudos em homenagem a Paulo A. LEME MACHADO, Malheiros, 2006.

⁶⁶⁶ FABEIRO MOSQUERA, Antonio: “La creciente importancia del paisaje en el ámbito de la Unión Europea. Su reconocimiento como interés colectivo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la promoción de la tutela por el Convenio Europeo del Paisaje”, p. 403, en obra colectiva “Paisagem, Naturaza e Direito”, Volum 1, Instituto O Diretito por um Planeta Verde”, Congresso Internacional de Direito Ambiental, Sao Paulo, 2005.

sentido se ha dicho que paisaje es cualquier parte del territorio, tal como es percibida por las poblaciones, cuyo carácter resulta de la acción de factores naturales y/o humanos y de sus interrelaciones. Es decir, como precisamente lo señala LORENZETTI⁶⁶⁷, presenta un alto grado de complejidad, porque comprende el paisaje cotidiano (y no tan sólo el recurso panorámico) es cambiante, vinculado al contexto, objetivo / subjetivo, de difícil delimitación en base a las categorías de espacio y tiempo, y se constituye en una construcción social.

Lo expuesto, como lo dijera gráficamente, RAMÓN MARTÍN MATEO enlaza con la idea que “la ecología es poder volver a visitar los paisajes de nuestra niñez

⁶⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo L.: “El paisaje: un desafío en la teoría jurídica del derecho ambiental”, p. 315, en Libro homenaje al doctor Jorge MOSSET ITURASPE, Derecho de las Obligaciones. Responsabilidad por daños. Derecho de los Contratos. Teoría General de los Contratos, Universidad Nacional del Litoral, 2005.- íb. Ídem, “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Rubinzal- Culzoni, p. 432.-

EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Introducción

En el ámbito internacional, la evaluación de impacto ambiental está contemplada en la Declaración de Río de Janeiro, emitida en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, llevada a cabo en la Ciudad de Río de Janeiro del 4 al 13 de junio de 1992⁶⁶⁸.

El principio 17 de la Declaración de Río establece que: “Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.

Dado que el Principio 17 está inserto en una Declaración jurídicamente no vinculante, la implementación de sus previsiones no es, a priori, una obligación del Estado paraguayo. Sin embargo, en la actualidad, muchos de los principios de la Declaración de Río ya han cristalizado – o han empezado a hacerlo- en principios generales de derecho internacional (jurídicamente vinculantes). La obligación de realizar evaluaciones de impacto ambiental ante la probabilidad que ocurran impactos negativos considerables es uno de esos principios. En auxilio de nuestra afirmación podemos mencionar el hecho de que las instituciones regionales e internacionales de crédito, contemplan como requisito ineludible para el otorgamiento de créditos para el desarrollo de infraestructura, la realización de evaluaciones de impacto ambiental⁶⁶⁹.

En el Paraguay, toda disquisición teórica sobre si la realización de Evaluaciones de Impacto Ambiental es o no un principio de derecho internacional que obliga a adecuar las conductas estatales, queda superada por el hecho de que la Evaluación de Impacto Ambiental tiene raíz constitucional.

⁶⁶⁸ Asimismo, en el ámbito de los países que integran la Comisión Económica para Europa, CEPE – “hermana”, dentro de la estructura de las Naciones Unidas, de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, CEPAL-, se encuentra vigente el Convenio de Espoo sobre Evaluación de Impactos en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo del 25 de febrero de 1991.

⁶⁶⁹ Ver Operational Policy 4.01 and the Bank Procedures 4.01 (Política operacional 4.01 y Procedimientos del Banco 4.01) del Banco Mundial. En el ámbito del MERCOSUR se encuentra vigente el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente (ratificado por el Paraguay por medio de la Ley 2068/03) en cuyos Arts. 1 y 2 se prevé que “Art. 1º.- Los Estados Partes reafirman su compromiso con los Principios enunciados en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992” y “Art. 2º.- Los Estados Partes analizarán la posibilidad de instrumentar la aplicación de aquellos principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que no hayan sido objeto de tratados internacionales”.

La Constitución establece que “las actividades susceptibles de producir alteración ambiental serán reguladas por la Ley” (Art. 8). Encontramos en esta disposición una clara orientación hacia la prevención⁶⁷⁰ y hacia la precaución, con la inequívoca intención de evitar daños al ambiente, lo cual es perfectamente funcional con el establecimiento de un derecho humano a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado (Art. 7 de la Constitución), que es el norte teleológico ambiental de la Constitución, el objetivo en función del cual se estructuran los principios y deben diseñarse los instrumentos jurídicos necesarios para alcanzarlos.

El mandato constitucional del artículo 8 obliga a diseñar instrumentos legales que regulen las actividades susceptibles de producir alteración ambiental y aparece manifiesta la intención de incorporar el Principio 17 de Río al derecho paraguayo, ya que la regulación de la alteración ambiental es la regulación de los impactos ambientales⁶⁷¹.

Regular las actividades susceptibles de producir alteración ambiental (impactos ambientales) no equivale en la lógica constitucional a prohibir esas actividades, sino a contar con instrumentos jurídicos que permitan tomar decisiones informadas, que permitan sopesar los pro y los contra, tomar medidas adecuadas ante los riesgos conocidos y probables (prevención), prever acciones ante los riesgos potenciales y no acabadamente conocidos por la ciencia (precaución) y mitigar los efectos nocivos (responsabilidad). En suma, evaluar los posibles impactos⁶⁷², sopesando el interés general por sobre los intereses particulares, pero –reiteramos– teniendo en cuenta que el objetivo último de todo este sistema es la realización del derecho humano a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado.

Con Payá coincidimos en que “la evaluación de impacto ambiental es un extraordinario mecanismo para alcanzar el desarrollo sustentable dado que obliga al organismo encargado de autorizar un proyecto, al solicitante y a la comunidad, a considerar y balancear los impactos económicos, sociales y ambientales del proyecto, durante el proceso de toma de decisión”⁶⁷³.

⁶⁷⁰ MALM GREEN, Guillermo. La exigencia del proceso de evaluación de impacto ambiental. *La Ley Litoral* 2006 (octubre), 1157

⁶⁷¹ RODRÍGUEZ, Carlos Aníbal. El caso Yacyretá y la Provincia de Corrientes: Evaluación del impacto ambiental de las grandes obras hidráulicas. *La Ley Litoral* 2005 (abril), 225: “Cuando hablamos de impacto ambiental, lo podríamos precisar como toda alteración en el ambiente humano”.

⁶⁷² GUDYNAS, Eduardo. Legitimidad, incertidumbre y riesgo en la ecología política del conflicto por las plantas de celulosa en el Río Uruguay. *La Ley. Doctrina. Suplemento Ambiental*, 23/06/2006, 5: “La determinación de los riesgos aceptables es muy variable; depende entre otro elementos de posiciones individuales, grupos socio-económicos, sexo y hasta religión, y es una de las cuestiones más complicadas en la gestión ambiental”.

⁶⁷³ PAYÁ (n.), Fernando N.. La evaluación de impacto ambiental en los Estados Unidos (Mecanismos de coordinación entre la legislación federal, estadual y municipal). *La Ley*. 1994, B, 779.

Desde la cátedra universitaria, la más ferviente impulsora del desarrollo del derecho ambiental en el Paraguay, Sheila Abed⁶⁷⁴, sostiene que “la evaluación de impacto ambiental es un mecanismo que permite evaluar los efectos potencialmente adversos que las obras, proyectos o actividades humanas pueden causar en el ambiente en general”.

Para Abed, esta evaluación es imprescindible en la micro-gestión ambiental, aunque es una herramienta de tercer nivel, subsidiaria de una política ambiental nacional (primer nivel), que establezca la orientación general que deba guiar la adopción de medidas concretas de conservación, mitigación y restauración, así como también de técnicas de emisión y calidad adecuadamente desarrolladas (segundo nivel) que plasmen aquella orientación general. De este modo, la EvIA requiere tomar como referencia esos dos niveles anteriores para saber si el proyecto que se evalúa se enmarca dentro de la política previamente establecida y luego, si incumple o no con alguno de los parámetros concretos de calidad ambiental.

En función de este marco de objetivos y principios analizaremos a lo largo de este capítulo las disposiciones jurídicas paraguayas sobre evaluación de impacto ambiental que se encuentran reguladas, principalmente, en la Ley 294/93 (con las modificaciones introducidas por la Ley 345/94), reglamentada por el Decreto 14.281/96 y por varias Resoluciones que al efecto ha promulgado la Autoridad de Aplicación (Secretaría del Ambiente). En forma previa, describiremos a continuación el contenido y las etapas más habituales del procedimiento de evaluación de impacto ambiental en el derecho comparado.

2. El Procedimiento De Evaluación De Impacto Ambiental

Di Paola sostiene que “la Evaluación de Impacto Ambiental es el procedimiento administrativo y técnico por el cual quien desee llevar a cabo un proyecto debe, en forma previa, realizar un estudio técnico interdisciplinario a fin de analizar los impactos positivos y negativos del mismo, someterlo al análisis de la autoridad, la cual debe asimismo convocar a una instancia de participación ciudadana. Luego, la autoridad de aplicación puede otorgar o no el permiso, o conferirlo con ciertas condiciones (mitigación de ciertos impactos, por ejemplo), de conformidad con lo analizado en torno al proceso mencionado”.⁶⁷⁵

Giadirna, Castro y Orona afirman que “la evaluación de impacto ambiental, en un contexto actual, se entendería como todo un proceso de análisis que anticiparía los futuros impactos ambientales negativos y positivos de las acciones humanas; seleccionando

⁶⁷⁴ Sheila Abed es Presidenta de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Mundial para la Naturaleza, UICN, fundadora y Directora Ejecutiva del Instituto de Derecho y Economía Ambiental – IDEA y docente universitaria en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción.

⁶⁷⁵ DI PAOLA, María Eugenia. El impacto ambiental y las construcciones en la Ciudad de Buenos Aires. La Ley, 27/03/2007, 5.

alternativas que, cumpliendo con los objetivos propuestos, maximicen los beneficios y disminuyan los impactos no deseados”.⁶⁷⁶

Borrás Pentinat⁶⁷⁷ define en España a la Evaluación de Impacto Ambiental como “una técnica de protección ambiental de carácter preventivo consistente en un procedimiento compuesto por un conjunto de estudios y sistemas técnicos, y abierto a la participación pública, con el fin de posibilitar la evaluación por la autoridad ambiental del impacto o efectos para el medio ambiente de un proyecto de obra o actividad en un informe o dictamen, denominado Declaración de Impacto Ambiental (DIA)”.

Estas tres definiciones –y otras tantas que podríamos citar- tienen en común la inclusión de la palabra “procedimiento” o “proceso” al intentar dar las notas características de la Evaluación de Impacto Ambiental. Y con razón: la evaluación de impacto ambiental es un procedimiento; un procedimiento de derecho público, que se desenvuelve ante una autoridad estatal, que cuenta con etapas bien diferenciadas que incluyen la participación ciudadana y que finaliza con el dictado de un acto administrativo.

En tanto procedimiento jurídico de derecho público, se le aplican las reglas constitucionales del debido proceso, del silencio negativo, de la fundamentación de los actos de gobierno y de la revisión en sede judicial, una vez agotada la instancia administrativa.

En derecho comparado, la primera Ley de Evaluación de Impacto Ambiental que encontramos es la National Environmental Policy Act (NEPA) de 1969, sancionada y promulgada por el Gobierno Federal de los Estados Unidos de América.

La estructura básica de esta Ley ha sido seguida por casi todas las legislaciones de evaluación de impacto ambiental alrededor del mundo. Así, las cuatro etapas esenciales del procedimiento que habitualmente encontramos en cualquier norma jurídica sobre evaluación de impacto ambiental son:

- I.- la de iniciación y consulta (o screening);
- II.- la de los análisis y estudio del impacto ambiental del proyecto (o scoping);
- III.- la de información, consultas y participación pública; y,
- IV.- la de la emisión de la declaración de impacto ambiental que aprueba o rechaza, desde el punto de vista ambiental, la realización del proyecto.

En general, la declaración de impacto ambiental es un requisito previo de las demás autorizaciones gubernamentales que debe obtener un proyecto para poder llevarse

⁶⁷⁶ GIARDINA, Ernesto. B., CASTRO, Miguel Ángel, L., ORONA, Claudia F.. Análisis técnico jurídico de una evaluación de impacto ambiental. *La Ley, Supl. Actualidad*, 08/06/2006, 1.

⁶⁷⁷ BORRÁS PENTINAT, Susana. La evaluación de impacto ambiental en España. *La Ley, Suplemento Ambiental*, 03/11/2006, 6.

a cabo. Esto es, por lo general, ninguna otra autorización estatal puede otorgarse sin que previamente se haya emitido la declaración de impacto ambiental, pero puede darse el supuesto de que un proyecto cuente con declaración de impacto ambiental pero no con las demás autorizaciones o habilitaciones para poder ser llevado a cabo.

2.1 Etapa De Iniciación Y Consulta

En esta etapa, también conocida como screening, el interesado en llevar a cabo una obra o una actividad que sea susceptible de producir impactos o alteraciones ambientales consulta con la agencia ambiental sobre si debe o no realizar un estudio de impacto ambiental o algún otro estudio.

Para ello, presenta a la agencia ambiental –por lo general, en carácter de declaración jurada- una descripción del proyecto en la que detalla su localización, su magnitud, las etapas del mismo, la tecnología a utilizar, los impactos ambientales previsibles y las alternativas de localización o de tecnología a utilizar.

Si en base a esta información, la agencia ambiental considera que el proyecto no tendrá impactos significativos en el ambiente, emite una decisión en tal sentido. Esta decisión en algunos regímenes jurídicos equivale a la declaración de impacto ambiental⁶⁷⁸. De todos modos, en uno u otro caso, esa decisión habilita al interesado a solicitar ante las demás agencias gubernamentales, las autorizaciones o habilitaciones que la iniciación de su proyecto requiera.

Si, por el contrario, la agencia gubernamental decide que antes de emitir su decisión el proyecto debe contar con estudio de impacto ambiental, se pasa a la siguiente etapa, la de la realización del Estudio de Impacto Ambiental.

La decisión que toma la agencia ambiental en esta primera etapa por lo general está basada en parámetros objetivos. La mayoría de las legislaciones o sus reglamentaciones contienen una lista de proyectos de obras o actividades que, según su magnitud, necesariamente deben contar con un estudio de impacto ambiental en forma previa a ser autorizados.

Muchos regímenes jurídicos también prevén en esta etapa la puesta en conocimiento del proyecto a los potenciales afectados y, según las reacciones de estos últimos (en las que, por lo general, salen a la luz cuestiones no tenidas en cuenta o no declaradas por el proponente), prevén que la agencia ambiental decida la realización de un estudio de impacto ambiental o de otros estudios, por más que el proyecto en cuestión no se encuentre dentro de la lista de proyectos de obras o actividades que necesariamente deban contar con un estudio de impacto ambiental en forma previa a ser autorizados.

⁶⁷⁸ Más adelante analizaremos las implicancias que tiene en la legislación paraguaya considerar o no a esta decisión como equivalente a una declaración de impacto ambiental.

2.2 Etapa De Análisis Y Estudio Del Impacto Ambiental Del Proyecto

Se arriba a la etapa de análisis y estudio del impacto ambiental del proyecto, también conocida como scoping, cuando ya se sabe que los impactos o las alteraciones ambientales del proyecto serán significativos.

En esta etapa lo que se trata de dilucidar –principalmente desde el punto de vista científico- es cuál será la real magnitud de los impactos o alteraciones ambientales (reversibles o irreversibles, a corto mediano o largo plazo, acumulativos o no), qué puede hacerse para reducir o mitigar sus efectos nocivos o potenciar los positivos –lo que incluye el análisis de alternativas al proyecto original- y cómo se habrán de compensar esos efectos negativos. Asimismo, en esta etapa se debe elaborar un plan en el que se preverán las medidas que, a lo largo de la ejecución del proyecto, se deberán adoptar para evitar, corregir o mitigar los impactos ambientales, así como las medidas para vigilar la ejecución de las primeras.

La realización del estudio de impacto ambiental por lo general queda a cargo del proponente del proyecto⁶⁷⁹. Éste realiza el estudio contemplando todos los puntos que hemos mencionado en el párrafo anterior (por lo general, contenidos en la ley de EvIA), así como todos los demás que le sean indicados en los términos de referencia que determine la agencia ambiental, según la obra o actividad de que se trate, o según las particularidades propias del proyecto.

Algunas legislaciones prevén instancias de consulta con la agencia ambiental (scoping sessions) durante el período de elaboración del estudio de impacto ambiental, lo cual minimiza la posibilidad de posteriores observaciones que retrasen el procedimiento.

Una vez que el estudio de impacto ambiental está finalizado, el proponente debe realizar un resumen ejecutivo del mismo, en un lenguaje accesible a cualquier persona, y ambos documentos – estudio de impacto ambiental y resumen- son entregados a la agencia ambiental.

Aquí puede suceder que la agencia ambiental revise el estudio para comprobar que se han contemplado adecuadamente los términos de referencia entregados antes de la realización del mismo; o que, en su defecto, ordene dar aviso al público por determinada cantidad de días a través de los medios masivos de comunicación y/o del Boletín o Gaceta de publicidad de los actos normativos estatales.

Si la agencia ambiental revisa el estudio de impacto ambiental y su resumen ejecutivo, puede sugerir al proponente que realice modificaciones hasta que, a su juicio,

⁶⁷⁹ En algunas partes, el estudio queda a cargo de la agencia ambiental; así, por ejemplo, la legislación de impacto ambiental del Estado de New York en los Estados Unidos, prevé la posibilidad de que dicho estudio lo realice la propia agencia ambiental (Payá, op. cit.)

el estudio esté completo. Luego, ordena dar aviso al público sobre la existencia del estudio.

2.3 Etapa De Información, Consulta y Participación Pública

Esta etapa se inicia con el aviso al público de la existencia del estudio de impacto ambiental terminado y de la posibilidad de acceder al mismo y realizar observaciones fundadas por un determinado período de tiempo.

En esta etapa del procedimiento encontramos una importantísima materialización del Principio 10 de la Declaración de Río que establece que: “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”.

Por supuesto que el acceso a la información, a la participación y a la justicia en materia ambiental no está limitado a esta etapa del procedimiento de evaluación de impacto ambiental sino todo lo contrario, este acceso es mucho más amplio y abarca a toda cuestión ambiental⁶⁸⁰; pero, como dijimos, el principio de acceso se manifiesta aquí con toda su fuerza.

En la mayoría de las legislaciones del mundo, la falta de la etapa de información y participación es causal de nulidad del procedimiento. Sin embargo, en derecho comparado encontramos algunas variantes al grado de efectiva información y participación pública. En algunos sistemas, la participación mediante audiencias públicas es obligatoria, en otros, la realización de estas audiencias es una potestad discrecional de la agencia ambiental. En todos los casos, los puntos de vista presentados en las audiencias públicas no son vinculantes para la agencia ambiental, sino que, en principio, sólo son tenidos en cuenta para enriquecer el proceso de toma de decisión.

En algunas legislaciones, como consecuencia de la realización de la audiencia pública, la agencia ambiental recomienda al proponente la modificación o ampliación de

⁶⁸⁰ En el ámbito de la Comisión Económica para Europa (CEPE), órgano de las Naciones Unidas “hermano” de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) encontramos el Convenio de Aarhus sobre Acceso a la Información, a la Participación y a la Justicia en Materia Ambiental. Cabe remarcar, que este Convenio se encuentra abierto a la adhesión de cualquier país del mundo, no exclusivamente de los europeos, como podría parecer.

su estudio de impacto ambiental, previo a decidir sobre la emisión de la declaración de impacto ambiental; en otras legislaciones, directamente se pasa a la etapa decisoria sin más trámites.

Casi todas las legislaciones del mundo establecen que, cuando del estudio de impacto ambiental surja que el proyecto podrá tener efectos sobre el medio ambiente de terceros Estados, deba intervenir el Ministerio de Relaciones Exteriores o Cancillería a los efectos de poner en conocimiento de las autoridades de esos Estados dicho estudio de impacto ambiental.

En la Unión Europea, cuando un proyecto pueda tener repercusiones sobre el medio ambiente de otro Estado, se debe seguir el procedimiento previsto en el Convenio de Espoo sobre Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un Contexto Transfronterizo, de fecha 26 de febrero de 1991.

2.4 Etapa De Emisión De La Declaración De Impacto Ambiental

Esta es la etapa final del procedimiento. La declaración de impacto ambiental es el acto administrativo que pone fin al procedimiento ante la agencia ambiental. Por supuesto, este acto administrativo está sujeto a recursos de reconsideración o jerárquicos (o ambos, según el sistema jurídico de que se trate) y a revisión judicial. Esta revisión judicial, puede ser amplia o restringida a los aspectos jurídicos del procedimiento administrativo.

Esta declaración de impacto ambiental puede denegar la realización del proyecto, puede autorizarla in totum o puede autorizarla parcialmente o en forma condicionada.

En casi todas las legislaciones del mundo, esta declaración de impacto ambiental no autoriza por sí la iniciación de las obras o actividades, sino que, por lo general, como ya mencionamos supra, sólo es una autorización previa a la obtención de las demás autorizaciones administrativas. Por lo general, la falta de obtención de la declaración de impacto ambiental es causal de anulabilidad o nulidad de las demás autorizaciones que se hubieran emitido en ausencia de ella y/o de suspensión de las obras o actividades que se hubieran iniciado.

3. El Procedimiento De Evaluación De Impacto Ambiental En El Paraguay

3.1. Consideraciones Generales.

El marco jurídico que regula la realización de la evaluación de impacto ambiental en el Paraguay está contenido en la Ley 294/93 “De evaluación de impacto ambiental” y en su reglamentación primaria, el Decreto número 14.281 del 31 de julio de 1996.

La agencia pública que funge como Autoridad de Aplicación de esta Ley es la Secretaría del Ambiente (SEAM), en virtud de lo dispuesto por el Art. 14 inciso “i” de la Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”.

Así, el “instrumento nacional” y la “autoridad nacional competente” mencionados en el Principio 17 de la Declaración de Río '92 son en el Paraguay, respectivamente, la Ley 294/93 y la Secretaría del Ambiente.

El artículo 1° de la Ley 294/93 define como impacto ambiental a “toda modificación del medio ambiente provocada por obras o actividades humanas que tengan, como consecuencia positiva o negativa, directa o indirecta, afectar la vida en general, la biodiversidad, la calidad o una cantidad significativa de los recursos naturales o ambientales y su aprovechamiento, el bienestar, la salud, la seguridad personal, los hábitos y costumbres, el patrimonio cultural o los medios de vida legítimos”⁶⁸¹.

Nótese la amplitud de lo que la Ley define como impacto ambiental: no necesita ser una modificación grave, puede ser leve y hasta incluso puede ser positiva. Esta definición carecería de mayores inconvenientes si la Ley no incluyera dentro de los proyectos de obras o actividades que requieren EvIA a “cualquier otra obra o actividad que por sus dimensiones o intensidad sea susceptible de causar impactos ambientales” (Art. 7°, inciso “s”). En la actualidad, como consecuencia de la vigencia de los artículos 1 y 7 inciso “s” de la Ley 294/93 prácticamente todo proyecto de obra o actividad debe someterse al procedimiento de EvIA.

¿Qué es la EvIA? El artículo 2 de la Ley 294/93 la define como “el estudio científico que permita identificar, prever y estimar impactos ambientales, en toda obra o actividad proyectada o en ejecución”.

Esta definición requiere algunas precisiones. La EvIA no debe confundirse con el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) que es uno de los estudios que eventualmente deben presentarse dentro del procedimiento de EvIA. En efecto, dentro del procedimiento de EvIA reglamentado por el Decreto 14.281, la SEAM puede requerir en vez de un EIA, un Estudio de Disposición de Efluentes Líquidos, residuos sólidos, emisiones gaseosas y/o ruidos (EDE) o, simplemente, puede disponer que no se realice ningún estudio y que sólo se cumpla con las normas ambientales vigentes.

Así, “el estudio científico que permita identificar, prever y estimar impactos ambientales”, definitorio de la EvIA, queda satisfecho en primer término con el análisis que realiza el evaluador estatal de la información que le acerca el proponente –de acuerdo a parámetros científicos- para decidir si se requerirá un EIA (que contendrá un análisis

⁶⁸¹ La Ley 294/93 sigue la tendencia de la escuela europea

mucho más profundo que el análisis preliminar realizado por el evaluador estatal), un Plan de Control Ambiental (PCA)⁶⁸², un EDE o ningún estudio.

3.2 Iniciación Y Consulta

El procedimiento de EvIA se inicia con la presentación del Cuestionario Ambiental Básico (CAB) ante la Secretaría del Ambiente (Art. 8, Decreto 14.281/96).

El contenido del CAB se describe en el artículo 12 del Decreto 14.281/96 y básicamente requiere que el proponente detalle la localización del proyecto de obra o actividad, su magnitud, las etapas del mismo, la tecnología a utilizar, los impactos ambientales previsibles y las alternativas de localización o de tecnología a utilizar.

Junto con el CAB debe presentarse un Certificado de Localización emitido por la Municipalidad en la cual vaya a desarrollarse la obra o actividad propuesta y una Declaración de Interés de la Gobernación Departamental sobre el emprendimiento.

La razón por la que deben presentarse estos documentos es que la Ley 294/93 establece en el artículo 3 que “toda EvIA deberá contener, como mínimo: (...) Una estimación de la significación socioeconómica del proyecto, su vinculación con las políticas gubernamentales, municipales y departamentales y su adecuación a una política de desarrollo sustentable, así como a las regulaciones territoriales, urbanísticas y técnicas”.

A su vez, esta disposición legal encuentra fundamento, en primer término, en el artículo 163 de la Constitución que establece que “es de competencia del Gobierno Departamental: (...) la elaboración de un plan de desarrollo departamental, que deberá coordinarse con el Plan Nacional de Desarrollo”. Esto es, la Gobernación Departamental debe manifestar si la obra o actividad proyectada se adecua o no a sus objetivos de desarrollo⁶⁸³, cuestión que es fundamental para el evaluador que tiene que incluir dentro de su decisión la estimación de la significación socioeconómica del proyecto.

El artículo 3 de la Ley 294/93 – y por ende, el artículo 8 del Decreto 14.281/96 – también encuentra fundamento en el Art. 168 de la Constitución que establece que “serán atribuciones de las municipalidades, en su jurisdicción territorial y con arreglo a la ley: La

⁶⁸² La posibilidad de que la SEAM decida exigir sólo un Plan de Control Ambiental (PCA) sin requerir al mismo tiempo un EIA está contemplada en el Art. 6 del Decreto 14.281/96 que establece que cualquier actividad no contemplada en el Art. 5 del mismo Decreto “podrá ser objeto de la exigencia de un EIA/RIMA y/o un Plan de Control Ambiental (PCA), de acuerdo a la evaluación del cuestionario ambiental básico contenido en este reglamento, que deberá ser analizado y dictaminado por la DOA (actualmente, SEAM)”. El PCA no es lo mismo que el Plan de Gestión Ambiental (PGA) que integra todo EIA. Más adelante ahondaremos sobre el PCA.

⁶⁸³ Si bien, no por los mismos argumentos que hemos expuesto aquí, la Corte Suprema de Justicia, en el Acuerdo y Sentencia 333 del 12 de julio de 2000, ya se ha pronunciado sobre la validez constitucional del requisito de que las Gobernaciones Departamentales deban manifestar si la obra o actividad proyectada se adecua o no a sus objetivos de desarrollo.

libre gestión en materias de su competencia, particularmente en las de urbanismo, ambiente, abasto, educación, cultura, deporte, turismo, asistencia sanitaria y social (...).”

Con respecto a las regulaciones urbanísticas, la Ley 1.294/87 “Orgánica Municipal” establece que son funciones Municipales, entre otras, “el establecimiento de un sistema de planeamiento físico, urbano y rural, del Municipio (...)” (Art. 18). Esta disposición es desarrollada más adelante en la misma Ley, al poner en cabeza de la Junta Municipal la responsabilidad de “aprobar el planeamiento físico y urbanístico del Municipio” (Art. 41).

Por lo tanto, la previsión de que junto con el CAB debe presentarse además un Certificado de Localización emitido por la Municipalidad (CLM) en la cual vaya a desarrollarse la obra o actividad propuesta y una Declaración de Interés de la Gobernación Departamental (DIP) sobre el emprendimiento, es una forma de asegurar al evaluador de la Secretaría del Ambiente que el proyecto cumple con las disposiciones sobre planificación del desarrollo y urbanismo previstas en la Constitución y en las respectivas leyes orgánicas departamental y municipal. Esto es, es una forma de buscar la armonización de disposiciones jurídicas contenidas en cuerpos normativos distintos.

Una vez que el CAB junto con el CLM y la DIP han sido presentados en debida forma ante la Secretaría del Ambiente, el procedimiento de EvIA se encuentra formalmente iniciado.

A partir de entonces, empieza a correr un plazo de treinta días hábiles dentro los cuales la SEAM deberá decidir si el proyecto de obra o actividad deberá contar o no con un EIA.

Para tomar esa decisión, el evaluador de la SEAM deberá analizar si el proyecto supera o no los parámetros establecidos en el artículo 5 del Decreto 14.281/96 para los distintos tipos de obras o actividades. Estos parámetros no son exclusivamente cuantitativos, también deben evaluarse parámetros cualitativos del proyecto. Así, por ejemplo, cuando se trate de desarrollos urbanísticos, no sólo deberá tenerse en cuenta que estos superen las 20 hectáreas o los 2500 habitantes, sino que también deberá contemplarse que estén o no situados en “áreas de interés ambiental”.

El evaluador, además, “podrá efectuar consultas a las personas, instituciones, y administraciones previsiblemente afectadas por la ejecución del proyecto, con relación al impacto ambiental que, a juicio de cada una se derive de aquel, o cualquier indicación que estimen beneficiosa para una mayor protección del medio ambiente” (Art. 9, Decreto 14.281/96).

En esta etapa del procedimiento de EvIA las consultas no suelen ser una práctica frecuente, lo cual es negativo, ya que podrían ser muy útiles a la hora de fundamentar más acabadamente una decisión sobre la realización o no de un EIA.

Esto podría explicarse, porque las EvIA de todo el país son evaluadas por la Secretaría del Ambiente, lo cual produce que exista una sobrecarga de trabajo para los evaluadores y que, como lógica consecuencia, se flexibilicen los requisitos en función de dar trámite a la mayor cantidad de expedientes posible.

Lo expuesto nos revela la necesidad de una normativa que estableciera un listado de proyectos directamente excluidos de iniciar el procedimiento de EvIA. La EvIA debería realizarse sobre proyectos que evidentemente necesitaran contar con un EIA y para aquellos proyectos “dudosos”. El fundamento legal de una norma como la propuesta sería el artículo 9 de la Ley 294/93 que establece que “Las reglamentaciones de la presente Ley establecerán las características que deberán reunir las obras y actividades mencionadas en el Artículo 7 de esta Ley cuyos proyectos requieran Declaración de Impacto Ambiental, y los estándares y niveles mínimos por debajo de los cuales éstas no serán exigibles. Los proyectos de obras y actividades directamente vinculadas con la Defensa Nacional no requerirán la Evaluación de Impacto Ambiental”.

Entendemos que una Resolución de carácter general de la SEAM, en tanto Autoridad de Aplicación de la Ley 294/93, sería el medio más adecuado para implementar una decisión como la que proponemos. Esta Resolución debería estar fundamentada en una suerte de EvIA general de los proyectos de obras o actividades de bajo impacto ambiental. Los efectos de una norma como la propuesta serían positivos desde todo punto de vista. Permitiría que los evaluadores de la SEAM se concentraran en los proyectos de obras o actividades que más impacto podrían tener sobre el ambiente, dedicando mayores y mejores esfuerzos al procedimiento de evaluación de los mismos. Bajaría los costos y los días promedio necesarios para iniciar la actividad de una empresa, mejorando la performance del país en ese aspecto. Contribuiría a que más personas pudieran cumplir con la normativa ambiental, particularmente, las personas de menores recursos. Daría mayor seguridad jurídica a las inversiones, al reducir el universo de personas que deberían someterse a un procedimiento que, por la naturaleza de la materia a la cual se lo aplica, está necesariamente impregnado de incertezas.

Otro punto importante es el establecido en el artículo 11 del Decreto 14.281/96 que establece que “la DOA (actualmente, SEAM) establecerá reglas para la participación de la comunidad que se encuentra en el área de influencia del emprendimiento. Entiéndase por área de influencia al espacio geográfico afectado por cada alternativa de la localización del emprendimiento, el cual deberá ser claramente definido por los términos de referencia y estipulado por la DOA, siempre considerando la cuenca hidrográfica en la cual está ubicado el emprendimiento”.

La SEAM no ha establecido reglas de carácter general que permitan la intervención de los interesados en esta etapa temprana del procedimiento de EvIA, lo cual es un importante vacío normativo, particularmente porque en la práctica las dos notas distintivas de esta etapa, la iniciación y las consultas, sólo quedan reducidas a la primera.

Si la SEAM no se expide transcurridos treinta días hábiles desde la presentación del CAB junto con el CLM y la DIP, el proponente estará eximido de presentar un EIA; sin embargo, ello no implica que la SEAM deba otorgarle por ese solo hecho la Declaración de Impacto Ambiental.

La SEAM todavía estaría a tiempo de decidir que no es conveniente realizar la actividad proyectada (para lo cual tiene otros noventa días hábiles), o bien, decidir que el proponente debe realizar sólo un PCA o un EDE, por aplicación de las normas de la Ley 836/80 “Código Sanitario” (en particular, sus Arts. 66 a 68), ya que la SEAM, en virtud del artículo 15 de la Ley 1561/00, debe ejercer autoridad en los asuntos que conciernan a su ámbito de competencia (ambiental) en coordinación con las demás autoridades competentes (en este caso, Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social).

De todos modos, debemos decir que para nosotros el plazo de treinta días hábiles es meramente indicativo, no preclusivo. En la mayoría de los casos, estamos seguros que reflejará la intención de la SEAM, pero podría darse este otro caso: que el plazo se sobrepasara por sobrecarga de trabajo de los funcionarios de la SEAM. Si el plazo venciera por esta causa, no creemos que al proponente le convenga que el plazo sea considerado preclusivo. La razón es muy sencilla. Si el proyecto no cuenta con suficientes elementos de juicio como para ser evaluado positivamente, deberá ser rechazado, porque no puede haber plazos preclusivos en contra de la Administración que otorguen derechos adquiridos que menoscaben el derecho fundamental de las personas a habitar en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En todo caso, transcurridos los treinta días hábiles, sería conveniente a los intereses del proponente urgir a la SEAM a expedirse sobre este punto.

Una vez que la SEAM se ha expedido sobre la necesidad o no de realizar un EIA, concluye la etapa de iniciación y consulta.

Si la SEAM decide que el proyecto no requiere de un EIA -y, en su caso, habiéndose ya presentado el PCA o el EDE-, se pasa directamente a la última etapa del procedimiento, esto es, la etapa de otorgamiento de la Declaración de Impacto Ambiental.

3.3 Estudio De Impacto Ambiental

Si la SEAM decide que el proponente del proyecto debe realizar un EIA, también debe establecer los términos de referencia para la realización del mismo. Estos TdR o ToR (por sus sigas en inglés, terms of reference) tienen requisitos comunes y especiales. Los requisitos comunes a todo EIA son los del artículo 3 de la Ley 294/93⁶⁸⁴, conforme lo

⁶⁸⁴ a) Una descripción del tipo de obra o naturaleza de la actividad proyectada, con mención de sus propietarios y responsables; su localización; sus magnitudes; su proceso de instalación, operación y mantenimiento; tipos de materia prima e insumos a utilizar; las etapas y el cronograma de ejecución; número

establece el artículo 18 del Decreto 14.281/96; los requisitos especiales, deben ser fijados por la SEAM en cada caso específico, atendiendo a la naturaleza y particularidades del proyecto de que se trate.

Desde el año 2004, la SEAM ha establecido términos de referencia generales para ciertas actividades. Así, por ejemplo, se han promulgado las siguientes Resoluciones:

- Resolución 303 del 19 de julio de 2004 “Por la cual se amplía la Resolución 247/04 por la cual se establece los términos oficiales de referencia para la presentación de estudios ambientales para proyectos agropecuarios y forestales y anexos correspondientes”
- Resolución 404 del 3 de agosto de 2004 “Por la cual se establece la obligatoriedad de presentar estudios ambientales por cuencas y microcuencas y se establecen los términos oficiales de referencia para su presentación”;
- Resolución 39 del 12 de enero de 2007 “Por la cual se establecen los términos de referencia para los estudios de impacto ambiental para los centros de acopio y criaderos de animales de la vida silvestre”.

El Decreto 14.281/96 menciona en el artículo 5, numeral 4, la posibilidad de realizar un Plan de Control Ambiental (PCA) en forma conjunta o alternativa con el EIA para los proyectos que impliquen la extracción de minerales y sus procesamientos. También lo hace en el Art. 6 para todos los proyectos que estén por debajo de los

y caracterización de la fuerza de trabajo a emplear; b) Una estimación de la significación socioeconómica del proyecto, su vinculación con las políticas gubernamentales, municipales y departamentales y su adecuación a una política de desarrollo sustentable, así como a las regulaciones territoriales, urbanísticas y técnicas; c) Los límites del área geográfica a ser afectada, con una descripción física, biológica, socioeconómica y cultural, detallada tanto cuantitativa como cualitativamente, del área de influencia directa de las obras o actividades y un inventario ambiental de la misma, de tal modo a caracterizar su estado previo a las transformaciones proyectadas, con especial atención en la determinación de las cuencas hidrográficas; d) Los análisis indispensables para determinar los posibles impactos y los riesgos de las obras o actividades durante cada etapa de su ejecución y luego de finalizada; sus efectos positivos y negativos, directos e indirectos, permanentes o temporales, reversibles o irreversibles, continuos o discontinuos, regulares o irregulares, acumulativos o sinérgicos, de corto, mediano o largo plazo; e) Un Plan de Gestión Ambiental que contendrá la descripción de las medidas protectoras, correctoras o de mitigación de impactos negativos que se prevén en el proyecto; de las compensaciones e indemnizaciones previstas; de los métodos e instrumentos de vigilancia, monitoreo y control que se utilizarán, así como las demás previsiones que se agreguen en las reglamentaciones; f) Una relación de las alternativas técnicas del proyecto y de las de su localización, así como una estimación de las circunstancias que se darían si el mismo no se realizase; y, g) Un relatorio en el cual se resumirá la información detallada de la Evaluación de Impacto Ambiental y las conclusiones del documento. El Relatorio deberá redactarse en términos fácilmente comprensibles, con empleo de medios de comunicación visual y otras técnicas didácticas y no deberá exceder de la quinta parte del Estudio de Impacto Ambiental.

parámetros que exigen la realización de un EIA. En ningún momento se define lo que es un PCA o cuál debe ser el contenido del mismo.

Una práctica desconcertante de la SEAM es que los PCA funcionan como una suerte de EIA reducido, que tiene los requisitos comunes a todo EIA (inclusive deben incluir un PGA) y hasta requisitos especiales en algunos casos, pero que no es sometido a los controles públicos que la Ley y la reglamentación prevén para los EIA (publicación de su existencia, período de impugnaciones y hasta Audiencia Pública).

Es una especie de “atajo” o fast track para obtener una DIA en casos en los que correspondería realizar un EIA. Para nosotros es una clara maniobra contra *legem* y desde todo punto de vista censurable, porque viola el derecho humano de acceso a la información pública⁶⁸⁵ y suprime la posibilidad de participación ciudadana en toda su amplitud.

La Ley 294/93 y el Decreto 14.281/96 no establecen plazo alguno para la realización del EIA; y es lógico que no lo establezcan, ya que cada proyecto tiene complejidades propias y distintas de otros proyectos. Por otra parte, está en el interés del proponente finalizar cuanto antes todo el procedimiento de EvIA, ya que sin la DIA no podrá iniciar su obra o actividad.

Sin embargo, la SEAM ha promulgado la Resolución 2.127 de fecha 13 de diciembre de 2005 “Por la cual se establecen los plazos para la presentación de los estudios contemplados en el marco de la Ley 294/93 de evaluación de impacto ambiental”. Allí se prevé un plazo máximo de 90 días hábiles para la presentación de EIA y de 45 días hábiles para la presentación del PCA, del EFE o del Plan de Recuperación Ambiental (PRA)⁶⁸⁶.

Quienes no cumplan con ese plazo deben volver a iniciar el procedimiento de EvIA, excepto que previamente hayan solicitado y justificado a la SEAM la extensión del plazo y ésta haya aceptado tal extensión. Los fundamentos de esta norma invocan la necesidad de “agilizar el procedimiento de EvIA”. Nosotros no estamos de acuerdo con que se sancione con el reinicio del procedimiento al proponente que se excede en los plazos determinados por la SEAM, primero porque, como ya mencionamos *supra*, está en el interés de éste culminar cuanto antes con el procedimiento, segundo porque la

⁶⁸⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha decidido el pasado 19 de septiembre de 2006 en el caso “Claude Reyes c./ República de Chile” que las personas tienen derecho a acceder a la información que obra en poder del Estado y que éstos tienen la obligación de proporcionarla, ya que el derecho de acceso a la información pública está contenido en el Art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (ratificado por el Paraguay por medio de la Ley 1/89). Ver SANTAGADA, Ezequiel F., El derecho de acceso a la información pública a la luz de un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista Jurídica Paraguaya La Ley*, junio, 2007.

⁶⁸⁶ El PRA del área de explotación está previsto en el Art. 5 numeral 4 del Decreto 14.281/96 y debe acompañar a todo EIA o PCA relacionado con un proyecto de extracción de minerales.

posibilidad de exceder dichos plazos queda al arbitrio de la SEAM y ésta no sufre perjuicio alguno con tal retraso.

El Decreto 14.281/96 establece la obligación del proponente de presentar informes de avance del EIA cuando la SEAM así lo requiera, como forma de acelerar el proceso de evaluación del EIA (Art. 14 párrafo único). Estos informes de avance nada tienen que ver con las scoping sessions del derecho americano, ya que éstas las solicita el interesado para optimizar los resultados de su EIA. No nos parece apropiado que se establezcan “deberes” u “obligaciones” en normas reglamentarias para facilitarle el trabajo a la autoridad y, sobre todo, porque viola el principio de legalidad establecido en el artículo 9, segundo párrafo de la Constitución.

Por regla general, el EIA queda a cargo del proponente del proyecto. La excepción está establecida en los artículos 9 y 49 de la Ley 2419/04 “Que crea el Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra – INDERT”. El primero de estos artículos establece que el INDERT puede “llevar a cabo también, la evaluación del impacto del proyecto respectivo” y que en asentamientos, colonias y áreas del Instituto “es autoridad administrativa coadyuvante”. Por su parte, el artículo 49 de la misma Ley establece que “los estudios de Evaluación de Impacto Ambiental, Ley N° 294/93 “Evaluación de Impacto Ambiental” y otros estudios ambientales previstos en la legislación vigente, en cuanto hagan relación a las funciones y fines del Instituto, podrán ser realizados directamente por el mismo”. No nos parece que esta decisión legislativa sea acertada, porque el INDERT no es un organismo especializado en materia ambiental. En todo caso, podría haberse previsto que la realización del EIA hubiera estado a cargo de la SEAM y que el INDERT y sus beneficiarios tuvieran que aceptar sus términos.

Una vez que el EIA está terminado, el proponente debe presentarlo a la SEAM junto con un Relatorio de Impacto Ambiental (RIMA), una suerte de resumen ejecutivo del EIA, realizado en términos sencillos y con el apoyo de medios audiovisuales o cualquier otra técnica didáctica (Art. 3, inciso “g” de la Ley 294/93) que tiene por finalidad que los terceros interesados puedan comprender el lenguaje del EIA. Esta disposición es esencial para garantizar el derecho de los eventuales afectados por el proyecto de obra o actividad a estar informados y a participar en el proceso de toma de decisiones, ya que de otra manera esos derechos podrían ser vulnerados por la utilización de un lenguaje técnico o críptico.

Con la presentación del EIA a la SEAM concluye provisoriamente la etapa de realización del EIA.

3.4 Información, Consulta y Participación Pública

Ante la presentación del EIA/RIMA, la SEAM ordena que se dé a conocer su existencia al público por medio de la publicación en dos diarios de gran circulación, por

tres días consecutivos, así como su difusión en una emisora radial de alcance nacional. Los gastos de divulgación deben ser abonados por el proponente.

A contar desde el día hábil siguiente a la última publicación, empieza a correr un plazo de quince días hábiles para que cualquier persona presente observaciones al EIA. Previamente, el proponente debe haber provisto de suficientes copias del RIMA a la Intendencia Municipal, a la Gobernación Departamental y a la SEAM.

Este plazo puede ser ampliado a solicitud de parte si las observaciones presentadas merecieran, a criterio de la SEAM, un mayor estudio.

Todas las observaciones deben ser presentadas por escrito y deben estar fundamentadas en aspectos técnicos, científicos o jurídicos.

La Ley 294/93 y el Decreto 14.281/96 no lo mencionan expresamente, pero durante el período de 15 días cualquier interesado puede solicitar acceso al EIA in extenso, no solamente al RIMA. Si bien el RIMA debe ser el resumen del EIA, no deja de ser un resumen y no deja de reflejar lo que el proponente quiere que refleje. Si la información a la que puede acceder el público se limita exclusivamente al RIMA, los derechos de acceso a la información y a la participación se ven seriamente afectados.

Entendemos que un pedido de acceso al EIA completo es razón más que suficiente para ampliar el plazo de observaciones. Primero, porque seguramente el EIA deberá ser “editado” –con el consecuente tiempo que ello implica- para suprimir (Art. 16, parágrafo primero, Decreto 14.281/96) la información de carácter estrictamente personal del proponente (teléfonos particulares o números de cuentas bancarias) y la información que estuviera protegida por derechos de propiedad intelectual (patentes de invención, diseños industriales, etcétera) o secretos comerciales (procedimientos de venta o comercialización).

Segundo, porque quince días pueden ser suficientes para analizar y hacer observaciones sobre el RIMA, pero no para hacer lo mismo con el EIA. Cabe aclarar que excepto por la información reservada que podría ser editada, la SEAM debería entregar copia del EIA al interesado porque éste estaría ejerciendo un derecho fundamental de raíz constitucional y porque, además, no existe Ley de la República que limite ese acceso.

Teniendo en cuenta las observaciones que se hubieran formulado, la SEAM puede indicar al proponente que modifique o complemente uno o más aspectos del EIA. Para ello, éste cuenta con un plazo de quince días que puede ser ampliado atendiendo a las circunstancias del caso. Aquí opera una suerte de reapertura de la etapa de realización del EIA, que no retrotrae el procedimiento, sino que retroalimenta a uno de los principales instrumentos que serán tenidos en cuenta en la etapa final.

La SEAM también puede decidir que se convoque a Audiencia Pública para escuchar la postura de la comunidad eventualmente afectada. Si bien es auspicioso que el Decreto 14.281/96 haya incluido este mecanismo dentro del procedimiento, una de las grandes carencias de la ley es la ausencia de metodologías y criterios de ponderación que permitan delinear el mecanismo de audiencias públicas.

El Decreto 14.281/96 no es claro respecto de si la Audiencia Pública podrá realizarse después de que el proponente haya realizado las modificaciones o complementaciones al EIA o si la misma debe realizarse en forma alternativa. Nosotros consideramos que la Audiencia Pública bien podría realizarse después de que el proponente hubiera realizado las modificaciones o complementaciones al EIA, ya que en la Audiencia podrían eventualmente validarse o rechazarse esas modificaciones pero, en todo caso, la información que estaría a disposición del público sería mayor.

No nos parece acertado que la decisión de realizar Audiencias Públicas quede en todos los casos a criterio de la SEAM; preferiríamos un sistema (previsto en la Ley y no en un Decreto) en el cual ciertos proyectos necesariamente requirieran de la misma como paso previo a la obtención de la DIA y se establecieran los criterios para la realización de Audiencias Públicas para todos los demás proyectos. Es que “el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados” (Principio 10, Declaración de Río '92).

La SEAM ha reglamentado la realización de Audiencias Públicas por medio de la Resolución 1777/05 “Por la cual se establece el reglamento general para audiencias públicas en el marco de la Ley 294/93 de evaluación de impacto ambiental”.

El artículo 2, inciso 1 de la misma establece que “la finalidad de la audiencia pública es facilitar una comunicación fluida, ordenada y productiva entre las autoridades nacionales, departamentales y municipales y los ciudadanos (personas y organizaciones sociales), a los efectos de que las informaciones, observaciones u objeciones expresadas por los participantes, con respecto al tema de la audiencia, sean debidamente tomadas en cuenta por dichas autoridades y contribuyan a mejorar la calidad de su decisión”.

Por su parte, en el inciso 2 del artículo 2 se establece que “las opiniones expresadas por el público en el marco de la Audiencia Pública no tienen efectos vinculantes. Sin embargo, las informaciones, objeciones u observaciones expresadas deberán ser tomadas en cuenta por las autoridades, e incorporadas al Estudio de Impacto Ambiental correspondiente”. Entendemos que la incorporación de las informaciones, observaciones u objeciones debería seguir el mismo trámite que la incorporación de modificaciones y complementaciones, esto es, quince días hábiles prorrogables; sin embargo, no creemos que la incorporación de estas debiera dar lugar a la realización de una nueva Audiencia, salvo casos excepcionales.

La Audiencia Pública debe celebrarse dentro de los treinta días hábiles a contar desde que el proponente del proyecto hubiera sido notificado de la necesidad de realizar la misma por parte de la SEAM. Si el proponente no realizara la Audiencia en dicho plazo, la SEAM podrá realizarla a cargo del proponente.

La Resolución 1777/05 establece que la convocatoria debe realizarse por medio de la publicación en dos medios de prensa escrita y un aviso radial; sin embargo, no establece el plazo mínimo que debe mediar entre la convocatoria y la realización de la Audiencia Pública. Nosotros consideramos que dicho plazo en ningún caso debería ser inferior a los quince días hábiles. Para que la participación de los eventuales afectados sea efectiva es necesario que tengan tiempo suficiente para preparar sus alegaciones, particularmente porque los afectados en su gran mayoría no tienen conocimientos especiales sobre las complejas relaciones de causalidad que imperan en materia ambiental y, muy probablemente, por eso mismo deban requerir asesoramiento especializado.

Finalizada la Audiencia Pública e incorporadas las informaciones, observaciones u objeciones que hubieran surgido durante el desarrollo de la misma, concluye la etapa de consulta, información y participación pública.

Antes de pasar a analizar la etapa de la declaración de impacto ambiental, no podemos dejar de mencionar que el artículo 8 de la Ley 294/93 establece que “cuando los impactos negativos fueran susceptibles de producir efectos transfronterizos, la Autoridad Administrativa deberá informar al Ministerio de Relaciones Exteriores”. Esta previsión es funcional con el Principio 19 de la Declaración de Río que establece que “los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe”.

Dado que gran parte de población de nuestro país vive cerca de las fronteras con la República Argentina y con la República Federativa del Brasil, creemos necesario que el Ministerio de Relaciones Exteriores exija un trato recíproco por parte de esos países. En la legislación argentina, por ejemplo, no advertimos que su Ley General del Ambiente 25.675, que establece los presupuestos mínimos en materia de evaluación de impacto ambiental, contenga disposiciones que obliguen a poner en conocimiento de los países vecinos los estudios de impacto ambiental en caso que surgiera de estos la posible afectación del ambiente transfronterizo.

Nosotros creemos que, en el caso de la Argentina, la falta de participación de los habitantes paraguayos en una Audiencia Pública sobre un EIA de un proyecto argentino que pudiera causar efectos negativos en el Paraguay, sería causal de nulidad del procedimiento, a tenor los artículos 19 y 20 de la Ley 25.675 que establecen que “toda persona tiene derecho a opinar en procedimientos administrativos que se relacionen con la preservación y protección del ambiente, que sean de incidencia general o particular, y

de alcance general” (Art. 19); y que “las autoridades deberán institucionalizar procedimientos de consultas o audiencias públicas como instancias obligatorias para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos sobre el ambiente. La opinión u objeción de los participantes no será vinculante para las autoridades convocantes; pero en caso de que éstas presenten opinión contraria a los resultados alcanzados en la audiencia o consulta pública deberán fundamentarla y hacerla pública”.

3.5 Declaración De Impacto Ambiental

La SEAM cuenta con 90 días hábiles para emitir la Declaración de Impacto Ambiental “a computarse a partir de la última modificación y/o complementación presentada por el titular” (Art. 15, segundo párrafo, Decreto 14.281/96). Esta disposición encuentra su fundamento legal en el artículo 10, segundo párrafo, de la Ley 294/93 que establece que “toda Evaluación de Impacto Ambiental quedará aprobada sin más trámite, si no recibiera su correspondiente Declaración en el término de 90 (noventa) días”.

Ahora bien, nosotros dudamos de la constitucionalidad de esta norma, no porque seamos críticos de un sistema en el cual prime el efecto pro administrado del silencio administrativo, sino porque entendemos que es incompatible con el artículo 40 de la Constitución que reza: “Toda persona, individual o colectivamente y sin requisitos especiales, tiene derecho a peticionar a las autoridades, por escrito, quienes deberán responder dentro del plazo y según las modalidades que la ley determine. Se reputará denegada toda petición que no obtuviese respuesta en dicho plazo”.

El artículo 40 de la Constitución es la base de todo procedimiento administrativo –y el procedimiento de EvIA es un procedimiento administrativo–y, por más que de lege ferenda veríamos con agrado una modificación del mismo en la que se suprimiera el último párrafo, es la Constitución del Paraguay y toda norma de inferior jerarquía debe adecuarse razonablemente a sus disposiciones.

En este caso, además, entendemos que existe una incongruencia con los principios de prevención y precaución⁶⁸⁷ que exigen acciones positivas en defensa del ambiente; sería escandaloso que una EvIA que no contemplara adecuadamente la prevención y la mitigación de alteraciones negativas en el ambiente tuviera aprobación de la SEAM por desidia de sus funcionarios o sobrecarga de trabajo.

El artículo 17 del Decreto 14.281/96 establece que: “La DIA expedida por la DOA (actualmente SEAM) consignará: a) La aprobación o reprobación del proyecto, la

⁶⁸⁷ Principio 15 Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

que podrá ser simple o condicionada. b) La devolución del estudio de impacto ambiental para complementación o rectificación de datos y estimaciones, o su rechazo parcial o total. c) Plazo de validez”. Este artículo repite los términos del artículo 10 de la Ley 294/93, excepto en lo que se refiere al plazo de validez que, como ya mencionamos, es una “innovación” del Decreto. Nosotros consideramos que el inciso “b” del artículo 17 del Decreto es inapropiado, porque la devolución del EIA para su complementación o rectificación de datos ya debería haberse producido con anterioridad.

Contra la decisión que repruebe el proyecto o lo condicione, el proponente podría interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal de Cuentas dentro del plazo de nueve días hábiles desde que la decisión le fuera notificada, de conformidad con lo que dispone el artículo 19 de la Ley 1561/00 que establece que: “Las resoluciones del Secretario Ejecutivo serán recurribles dentro del plazo de nueve días hábiles, a partir de la fecha de su notificación, ante el Tribunal de Cuentas”.

Entendemos que el mismo derecho le cabría a cualquier persona que considerara que la DIA hubiera sido otorgada en forma irregular, tanto por vicios en el procedimiento o porque con su otorgamiento se hubieran afectado otras disposiciones legales o bien, porque existiera serio peligro de que se afectara el derecho humano a habitar en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La legitimación activa de cualquier persona para plantear la acción contencioso-administrativa estaría fundamentada en el artículo 38 de la Constitución que establece que: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo”.

En este caso, los nueve días hábiles deberían computarse desde que el actor hubiera tomado conocimiento de la emisión de la DIA.

La legitimación activa amplia en defensa de los intereses difusos ambientales utilizando para ello las vías procesales ordinarias, ya ha sido admitida por nuestra Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo y Sentencia número 89 de fecha 14 de marzo de 2005, en los autos caratulados “IDEA c./ BNF y otros s./ Acción de inconstitucionalidad en el juicio IDEA c./ BNF y otros s./ Amparo”. Por supuesto, si se dieran los presupuestos para su procedencia, también cabría plantear una acción de amparo, con fundamento en el artículo 134 de la Constitución.

El plazo de validez de la Declaración de impacto ambiental es de dos años a partir de su otorgamiento, estando obligado el interesado, transcurrido ese plazo, a reevaluar su obra o actividad mientras continúe desarrollándose, de conformidad con lo establecido por el artículo 17 parágrafo tercero del Decreto 14.281/96. Por lo tanto, en caso de que el

proyecto sufra modificaciones, la reevaluación podrá significar que esta vez deba presentar un EIA para continuar amparado por una DIA.

Nosotros consideramos que el plazo de vigencia de la DIA es muy corto, particularmente para aquellos proyectos que han sido sometidos a EIA, porque se supone que en el mismo ya se han previsto las ocurrencias de mediano y largo plazo (Art. 3 inciso d, Ley 294/93). Es más, nos permitimos poner en tela de juicio la validez de la “obligación” no legal de volver a reevaluar el proyecto sin que medien las causas previstas en el artículo 11 de la Ley 294/93⁶⁸⁸. Nos parece una medida razonable cuando en el procedimiento de EvIA se hubiera eximido al proponente de realizar un EIA, pero ante la presencia de éste, entendemos que esa razonabilidad queda, cuanto menos, opacada.

Si se promulgara la norma que propusimos anteriormente, esto es, una norma que eximiera a los proyectos de bajo impacto ambiental de iniciar el procedimiento de EvIA, los proyectos no alcanzados no estarían sujetos a plazo de vigencia alguno porque no estarían condicionados a la vigencia de DIA alguna.

De lege ferenda, proponemos que se promulgue la norma que exima de iniciar el procedimiento de EvIA a los proyectos de bajo impacto ambiental y, asimismo, que los proyectos que cuenten con una DIA en cuyo procedimiento de obtención se haya realizado un EIA, sólo deban ser reevaluados en los casos que prevé el artículo 11 de la Ley. Asimismo, que sólo las DIA que se hayan obtenido como consecuencia de un procedimiento que haya obviado la realización de un EIA estén sujetas a un plazo de vigencia (preferentemente, que esto esté establecido mediante una Ley).

El artículo 11 de la Ley 294/93 establece que “La Declaración de Impacto Ambiental constituirá el documento que otorgará al solicitante la licencia para iniciar o proseguir la obra o actividad que ejecute el proyecto evaluado (...)”. Cabe aclarar que el término “proseguir” se refiere a las obras o actividades que estaban en funcionamiento antes de la entrada en vigencia de la Ley 294/93, ya que las actividades que se iniciaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley debían someterse al procedimiento de EvIA antes de iniciar sus operaciones.

En realidad, podría entenderse que la obligación de someterse al procedimiento de EvIA empezó a ser jurídicamente exigible a partir de la promulgación del Decreto 14.281/96, porque antes no había procedimiento reglamentario alguno que permitiera hacer operativas las disposiciones legales.

⁶⁸⁸ Art. 11.- La Declaración de Impacto Ambiental constituirá el documento que otorgará al solicitante la licencia para iniciar o proseguir la obra o actividad que ejecute el proyecto evaluado, bajo la obligación del cumplimiento del Plan de Gestión Ambiental y sin perjuicio de exigirsele una nueva Evaluación de Impacto Ambiental en caso de modificaciones significativas del proyecto, de ocurrencia de efectos no previstos, de ampliaciones posteriores o de potenciación de los efectos negativos por cualquier causa subsecuente

Esto es, la Ley contempló la situación de las empresas que estaban funcionando y debían adecuarse a la nueva normativa. Es importante destacar que la Corte Suprema de Justicia ya ha decidido que el dictado de normas legales ambientales que impongan nuevas condiciones para seguir operando es plenamente constitucional.

Así lo ha decidido en el Acuerdo y Sentencia 427 del 8 de julio de 1999, en los siguientes términos: "Pero del hecho de que ciertas industrias estén ya instaladas en una zona determinada y dedicadas a cierta actividad, no puede derivarse una limitación en términos absolutos en cuanto a que pueda modificarse la política estatal en relación con dicha actividad. Si en un momento determinado las autoridades gubernamentales consideraron que la actividad (...) podía realizarse sin limitaciones (...) y en estas condiciones operaron las industrias del ramo, no significa esto que respecto de las industrias ya instaladas el Estado no pueda adoptar medida alguna. Sostener esta postura importa reconocer a dichas industrias derechos ilimitados. Es cierto que no se podrá afectar lo realizado en forma definitiva por éstas, pero ello no implica que no se pueda alterar las actividades futuras".

El Estado inclusive ha dado una oportunidad extraordinaria de adecuarse a la normativa ambiental con la promulgación del Decreto 17.726 del 3 de julio de 2002 "Por el cual se establece y reglamenta el "Programa de Implementación de Medidas Ambientales (PIMA)" para actividades diversas dentro del territorio nacional". Esta norma, en su momento, posibilitó la adecuación a la Ley 294/93, mediante un procedimiento especial, de "las entidades en operación antes de dictarse este decreto" (Art. 5). Esto es, "blanqueó" la situación de las "entidades" ("persona(s) física(s) o jurídica(s), pública(s) o privada(s), desarrollando actividades a la vigencia del presente Decreto", según la definición contenida en el artículo 3 de dicho Decreto) que no se hubieran adecuado a la Ley 294/93 entre 1996 y el 3 de julio de 2002.

Este Decreto previó que "la Comisión Interinstitucional (CI), sobre la base de la cantidad de entidades incorporadas al PIMA y luego de la evaluación de los resultados obtenidos con la implementación del presente Decreto, recomendará a la SEAM una fecha límite para la incorporación de todas la entidades involucradas en el PIMA" (Art. 20). Esto es, se preveía la futura determinación de un período de adecuación en función de la cantidad de entidades que hubieran decidido acogerse a los beneficios de este Decreto. No fueron muchas las entidades que decidieron hacerlo y tampoco se conformó la Comisión Interinstitucional que debía establecer la fecha límite para la incorporación de las que estuvieran en condiciones. Nosotros entendemos que esta es una norma que en la actualidad ha perdido vigencia, ya que quienes estaban en condiciones de beneficiarse con las ventajas de este Decreto y no lo hicieron, han demostrado inequívocamente con su inacción su falta de interés.

Por lo tanto, en la actualidad, toda actividad que pudiera producir impactos ambientales y no contara con DIA podría ser suspendida a instancias de la SEAM o bien,

a solicitud de cualquier persona, particularmente si la actividad estuviera causando daños al ambiente.

El fundamento legal de esta aseveración, es la conclusión que a contrario sensu surge de la disposición del artículo 11 de la Ley 294/93 y, además, de los claros términos del artículo 12 de la misma Ley: “La Declaración de Impacto Ambiental será requisito ineludible en las siguientes tramitaciones relacionadas con el proyecto: a) Para obtención de créditos o garantías; b) Para obtención de autorizaciones de otros organismos públicos; y, c) Para obtención de subsidios y de exenciones tributarias”.

Un caso interesante lo constituye el inciso “a” del artículo 12 de la Ley 294/93 que exige la DIA “para la obtención de créditos o garantías”. Nosotros sostenemos que ante la producción de daños ambientales por parte de una persona física o jurídica que no contara con DIA y que para haber llevado a cabo su actividad hubiera contado con la financiación de una entidad de crédito, ésta podrá ser declarada solidariamente responsable por la recomposición del ambiente y los demás daños a las personas que se hubieran producido. Damos nuestras razones.

La Declaración de Impacto Ambiental es el documento que otorga al solicitante la licencia para iniciar o proseguir la obra o actividad que ejecute el proyecto evaluado, bajo la obligación del cumplimiento del Plan de Gestión Ambiental y sin perjuicio de exigírsele una nueva Evaluación de Impacto Ambiental en caso de modificaciones significativas del proyecto, de ocurrencia de efectos no previstos, de ampliaciones posteriores o de potenciación de los efectos negativos por cualquier causa subsecuente (Art. 11, Ley 294). La Declaración de Impacto Ambiental es requisito ineludible para la obtención de créditos o garantías (Art. 12, Ley 294/93). Entonces, existe la obligación legal de exigir a los tomadores de préstamos o garantías la presentación de la DIA, ya que de lo contrario se incumple una obligación legal, esto es, se comete un acto ilícito.

El Código Civil establece que el que comete un daño queda obligado a resarcirlo (Art. 1833). También establece que los actos voluntarios sólo tendrán carácter de ilícitos cuando fueren prohibidos por las leyes (Art. 1834) y que existirá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión (Art. 1835). Finalmente, establece que si el acto ilícito es imputable a varias personas, responden todos (Art. 1841).

Por lo tanto, el hecho de otorgar un préstamo o de dar una garantía a una persona que realiza una actividad que no cuenta con DIA y que, al realizar esa actividad, causa un daño al medio ambiente, genera responsabilidad patrimonial solidaria de la entidad prestamista.

3.6 Régimen De Infracciones y Sanciones

La Secretaría del Ambiente suele aplicar multas por la infracción a las normas de la Ley 294/93. Para ello se vale de la Resolución 363 del 20 de julio de 2004 “Por la cual se establecen multas a ser aplicadas por la Secretaría del Ambiente”.

El artículo 14 de la Ley 294/93 establece que “toda ocultación deliberada o falsedad de datos contenidos en la Evaluación de Impacto Ambiental, así como las alteraciones en la ejecución del proyecto, cometidas con el objeto de transgredir obligaciones previstas en esta Ley, serán sancionadas con la cancelación de la validez de la Declaración de Impacto Ambiental y la inmediata suspensión de la obra o actividad”. Esto es, en ningún momento se establece la posibilidad de aplicar multas por la infracción a las disposiciones de la Ley.

Por su parte, el artículo 30 de la Ley 1561/00 establece que “además de las expresamente previstas en disposiciones legales vigentes independientemente de que hechos ilícitos merezcan juicio civil o penal, la Secretaría podrá aplicar a los responsables las siguientes sanciones administrativas: apercibimiento, multa, inhabilitación, suspensión o revocación de licencia o clausura de locales, suspensión de actividades, retención o decomiso de bienes”. Este artículo si bien faculta a la SEAM a aplicar multa ante “hechos ilícitos”, no establece el monto máximo de las multas que podrá aplicar.

Por lo tanto, nosotros entendemos que ante la ausencia de disposición legal específica que autorice a sancionar con multa la infracción a las normas de la Ley 294/93 ni qué infracciones son sancionables y que tampoco exista disposición legal alguna que establezca el monto máximo de dichas multas, las previsiones de la Resolución 363/04 en lo que a la Ley de EvIA se refiere podrían ser atacadas de inconstitucionalidad. Veamos.

El artículo 9 de la Constitución de la República del Paraguay establece que “toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad. Nadie está obligado a hacer lo que la LEY no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe” (Principio de legalidad). Por su parte, el Artículo 17 inciso 3) establece que “En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: (...) 3) Que no se le condene sin juicio previo fundado en una LEY anterior al hecho del proceso, ni que se lo juzgue por tribunales especiales (...)” (Principio de que nadie puede ser condenado sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso o nulla poena sine lege praevia).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, órgano máximo del Poder Judicial de la República Argentina, tuvo la oportunidad de interpretar los artículos 18 (nulla poena sine lege praevia) y 19 (principio de legalidad) de la Constitución Argentina, en lo pertinente, casi idénticos a los artículos 9 y 17 inciso 3 de la Constitución Paraguaya, en el fallo “Mouviel” del 17 de mayo de 1957 (Fallos 237:636) en los siguientes términos: “es una de las más preciosas garantías consagradas por la Constitución la de que ningún

habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso; (...) que toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca (...) la configuración de un delito, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa de la órbita de las facultades ejecutivas. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. De ahí nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una cosa, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido: Y es necesario que haya, al mismo tiempo, una sanción legal que reprima la contravención para que esa persona deba ser condenada por tal hecho. Estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal, imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo quien establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde, ya que el Poder Ejecutivo solamente puede reglamentar la ley, proveyendo a su ejecución, pero cuidando siempre de no alterar su sentido”.

Por lo tanto, a la luz de esta doctrina, para que la SEAM pudiera válidamente aplicar multas y otras sanciones por infracción a la Ley 294/93, ésta debería haber tipificado las conductas que fueran a considerarse infracciones y fijado las sanciones para esas infracciones y, para el caso de la sanción de multa, haber fijado los mínimos y los máximos de las mismas, delegando en la SEAM la aplicación de las sanciones por infracción a la Ley; por supuesto, dando la oportunidad de que esas sanciones pudieran ser revisadas por una instancia judicial.

De todos modos, el problema de las sanciones por infracciones a la normativa de EvIA no termina aquí. El artículo 5 de la Ley 716/96 establece que “serán sancionados con penitenciaría de uno a cinco años y multa de 500 (quinientos) a 1.500 (mil quinientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas: (...) d) Los que empleen datos falsos o adulteren los verdaderos en estudios y evaluaciones de impacto ambiental o en los procesos destinados a la fijación de estándares oficiales; y, e) Los que eludan las obligaciones legales referentes a medidas de mitigación de impacto ambiental o ejecuten deficientemente las mismas”.

Este artículo nos permite formular dos observaciones. La primera, que la falsedad de los datos en EvIA o en EIA merece reproche penal, no administrativo. Aquí ha operado una suerte de derogación tácita parcial del artículo 14 de la Ley 294/93 por aplicación de la máxima “ley posterior deroga ley anterior”. De sostenerse una tesis no derogatoria, podrían darse casos de doble juzgamiento por un mismo hecho, en abierta contradicción con el artículo 17 inciso 4 de la Constitución.

La segunda, mucho más compleja, se refiere a los alcances del inciso “e” del Art. 5 de la Ley 716/96. El artículo 1 de la Ley 294/93 declara obligatoria la evaluación de impacto ambiental. A su vez, el artículo 3 de la misma Ley establece que “toda

Evaluación de Impacto Ambiental deberá contener, como mínimo: (...) e) Un Plan de Gestión Ambiental que contendrá la descripción de las medidas protectoras, correctoras o de mitigación de impactos negativos que se prevén en el proyecto; de las compensaciones e indemnizaciones previstas; de los métodos e instrumentos de vigilancia, monitoreo y control que se utilizarán, así como las demás previsiones que se agreguen en las reglamentaciones; (...)"'. Entonces, dos podrían ser las interpretaciones posibles: a) que como la EvIA es obligatoria, quien no se adecue al procedimiento previsto en la Ley 294/93 y su Decreto reglamentario 14.281/96 está eludiendo las obligaciones legales referentes a medidas de mitigación de impacto ambiental, porque de haberse adecuado al mismo sabría cuáles son esas medidas; y, b) que sólo podrían ser imputados por la comisión de este hecho punible quienes hubieran eludido las obligaciones previstas en el PGA. Esto es, estarían en peor condición quienes se hubieran adecuado en una primera etapa a la Ley 294/93 y luego hubieran incumplido el PGA, que quienes directamente no se hubieran adecuado nunca a esta Ley.

Nosotros creemos que la segunda postura es insostenible. Crearía una situación de injusticia aberrante ya que sería a todas luces irrazonable y, por ende, inconstitucional⁶⁸⁹.

Particularmente, no nos parece prudente y sensato que quien no se haya adecuado a la Ley 294/93 o no haya cumplido a cabalidad con las medidas de mitigación previstas en el PGA deba ser sometido a proceso penal. El no someterse al procedimiento de EvIA no necesariamente ocasiona un daño grave al ambiente o un peligro inminente de que se lo cause. Quien daña gravemente al ambiente o causa un peligro serio de que ello ocurra, ya es pasible de las sanciones previstas en los artículos 197 a 202 del Código Penal.

En consecuencia, consideramos que la persecución penal por infracción a las normas de la Ley 294/93 es jurídicamente ineficiente y ambientalmente inútil. Hoy por hoy, quien no cuente con la DIA puede sufrir una suspensión de actividades o la clausura de obras.

De lege ferenda, como ya sostuvimos, nos parece necesario que se prevea un sistema de sanciones administrativas que tipifique las infracciones y establezca las sanciones y, entre ellas, establezca multas cuyo monto máximo esté determinado en la misma Ley.

También creemos que sería una reforma necesaria vincular el sometimiento al procedimiento de EvIA con la carga de la prueba en caso de que se produzca un daño ambiental derivado de la obra o actividad evaluada. Si bien en el ámbito de responsabilidad por daño ambiental el factor de atribución es siempre objetivo, en caso que se produjera daño ambiental y el causante no hubiera cumplido con la Ley 294/93,

⁶⁸⁹ La Corte Suprema de Justicia ya ha establecido que la norma jurídica irrazonable es inconstitucional; ver, por ejemplo, Acuerdo y Sentencia 979 del 18 de septiembre de 2002.

debería presumirse su responsabilidad ipso jure a nivel de causalidad; en cambio, en caso que sí se hubiera adecuado a la Ley de EvIA, la carga probatoria debería seguir los procedimientos clásicos: quien imputa un daño, debe probar la relación causa efecto. Eventualmente, también se podría vincular la carga con topes máximos de indemnizaciones por daños. Ello promovería la adopción de seguros por daño ambiental, ya que las compañías aseguradoras sabrían a qué parámetros atenerse.

Así, este sistema crearía una cadena de incentivos recíprocos para cumplir con la legislación ambiental: El sometimiento al procedimiento de EvIA generaría un no agravamiento en la carga probatoria y que hubiera límites indemnizatorios máximos predeterminados en caso de daño ambiental. De este modo, quienes emprendieran proyectos con potenciales riesgos para el ambiente verían poco atractivo no someterse al procedimiento de EvIA.

4. Conclusiones

- En el Paraguay, la Evaluación de Impacto Ambiental tiene raíz constitucional.
- Regular las actividades susceptibles de producir alteración ambiental (impactos ambientales) no equivale en la lógica constitucional a prohibir esas actividades, sino a contar con instrumentos jurídicos que permitan tomar decisiones informadas, que permitan sopesar los pro y los contra, tomar medidas adecuadas ante los riesgos conocidos y probables (prevención), prever acciones ante los riesgos potenciales y no acabadamente conocidos por la ciencia (precaución) y mitigar los efectos nocivos (responsabilidad).
- Las cuatro etapas esenciales del procedimiento que habitualmente encontramos en cualquier norma jurídica sobre evaluación de impacto ambiental son: I.- la de iniciación y consulta (o screening); II.- la de los análisis y estudio del impacto ambiental del proyecto (o scoping); III.- la de información, consultas y participación pública; y, IV.- la de la emisión de la declaración de impacto ambiental que aprueba o rechaza, desde el punto de vista ambiental, la realización del proyecto. En la normativa paraguaya sobre EvIA estas cuatro etapas están presentes.
- En la actualidad, en el Paraguay, como consecuencia de la vigencia de los artículos 1 y 7 inciso “s” de la Ley 294/93 prácticamente todo proyecto de obra o actividad debe someterse al procedimiento de EvIA. Haría falta una normativa que estableciera un listado de proyectos directamente excluidos de iniciar el procedimiento de EvIA. La EvIA debería realizarse sobre proyectos que evidentemente necesitaran contar con un EIA y para aquellos proyectos “dudosos”.

- La previsión de que junto con el CAB debe presentarse además un Certificado de Localización emitido por la Municipalidad (CLM) en la cual vaya a desarrollarse la obra o actividad propuesta y una Declaración de Interés de la Gobernación Departamental (DIP) sobre el emprendimiento, es una forma de asegurar al evaluador de la Secretaría del Ambiente que el proyecto cumple con las disposiciones sobre planificación del desarrollo y urbanismo previstas en la Constitución y en las respectivas leyes orgánicas departamental y municipal. Esto es, es una forma de buscar la armonización de disposiciones jurídicas contenidas en cuerpos normativos distintos.
- La SEAM no ha establecido reglas de carácter general que permitan la intervención de los interesados en la etapa del análisis del CAB, lo cual es un importante vacío normativo, particularmente porque en la práctica las dos notas distintivas de esta etapa, la iniciación y las consultas, sólo quedan reducidas a la primera.
- Nosotros consideramos que el plazo de vigencia de la DIA es muy corto, particularmente para aquellos proyectos que han sido sometidos a EIA, porque se supone que en el mismo ya se han previsto las ocurrencias de mediano y largo plazo (Art. 3 inciso d, Ley 294/93).
- Una práctica desconcertante de la SEAM es que los Planes de Control Ambiental funcionan en la práctica como una suerte de EIA reducido, que tiene los requisitos comunes a todo EIA (inclusive deben incluir un PGA) y hasta requisitos especiales en algunos casos, pero que no es sometido a los controles públicos que la Ley y la reglamentación prevén para los EIA (publicación de su existencia, período de impugnaciones y hasta Audiencia Pública).
- Durante el período de observaciones al EIA/RIMA –15 días hábiles des de la última publicación sobre la existencia del EIA-cualquier interesado puede solicitar acceso al EIA in extenso, no solamente al RIMA. Si bien el RIMA debe ser el resumen del EIA, no deja de ser un resumen y no deja de reflejar lo que el proponente quiere que refleje. Si la información a la que puede acceder el público se limita exclusivamente al RIMA, los derechos de acceso a la información y a la participación se ven seriamente afectados.
- No nos parece acertado que la decisión de realizar Audiencias Públicas quede en todos los casos a criterio de la SEAM; preferiríamos un sistema (previsto en la Ley y no en un Decreto) en el cual ciertos proyectos necesariamente requirieran de la misma como paso previo a la obtención de la DIA y se establecieran los criterios para la realización de Audiencias Públicas para todos los demás proyectos.

- Dudamos acerca de la constitucionalidad del artículo 10, segundo párrafo de la Ley 294/93, no porque seamos críticos de un sistema en el cual prime el efecto pro administrado del silencio administrativo, sino porque entendemos que es incompatible con el artículo 40 de la Constitución.
- Contra la decisión que repruebe el proyecto o lo condicione, el proponente podría interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal de Cuentas dentro del plazo de nueve días hábiles desde que la decisión le fuera notificada, de conformidad con lo que dispone el artículo 19 de la Ley 1561/00. Entendemos que el mismo derecho le cabría a cualquier persona que considerara que la DIA hubiera sido otorgada en forma irregular, tanto por vicios en el procedimiento o porque con su emisión se hubieran afectado otras disposiciones legales o bien, porque existiera serio peligro de que se afectara el derecho humano a habitar en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La legitimación activa de cualquier persona para plantear la acción contencioso-administrativa estaría fundamentada en el artículo 38 de la Constitución.
- El Decreto 17.726/02 es una norma que en la actualidad ha perdido vigencia, ya que quienes estaban en condiciones de beneficiarse con las ventajas de este Decreto y no lo hicieron, han demostrado inequívocamente con su inacción lo inadecuado de esta normativa a sus intereses. Por lo tanto, en la actualidad, toda actividad que pudiera producir impactos ambientales y no contara con DIA podría ser suspendida a instancias de la SEAM o bien, a solicitud de cualquier persona, particularmente si la actividad estuviera causando daños al ambiente, con fundamento en los artículos 11 y 12 de la Ley 294/93.
- El hecho de otorgar un préstamo o de dar una garantía a una persona que realiza una actividad que no cuenta con DIA y que, al realizar esa actividad, causa un daño al medio ambiente, genera responsabilidad patrimonial solidaria de la entidad prestamista.
- Las previsiones de la Resolución 363/04, en lo que a la Ley de EvIA se refiere, podrían ser atacadas de inconstitucionalidad por contradecir los artículos 9 y 17 de la Constitución, ante la ausencia de disposición legal específica que autorice a sancionar con multa la infracción a las normas de la Ley 294/93 o que establezca qué infracciones son sancionables y puesto que tampoco existe disposición legal alguna que establezca el monto máximo de dichas multas.
- La aplicación del artículo 5 incisos “d” y “e” de la ley 716/96 genera situaciones de injusticia, además de ser jurídicamente ineficiente y ambientalmente inútil puesto que quien daña gravemente al ambiente o causa un peligro serio de que ello ocurra, ya es pasible de las sanciones previstas en los artículos 197 a 202 del Código Penal.

5. Recomendaciones De Optimización

- Sobre la base del artículo 9 de la Ley 294/93, la SEAM debería promulgar una Resolución en la que se estableciera la lista de proyectos de obras y actividades que estarían excluidos de la obligación de someterse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental a los proyectos de escaso impacto ambiental.
- La SEAM debería promulgar una Resolución que establezca las reglas de carácter general que permitan la intervención de los interesados en la etapa del análisis del CAB, conforme lo prevé el artículo 11 del Decreto 14.281/96.
- Debería establecerse que los proyectos que cuenten con una DIA en cuyo procedimiento de obtención se hubiera realizado un EIA, sólo deban ser reevaluados en los casos que prevé el artículo 11 de la Ley. Asimismo, que sólo las DIA que se hayan obtenido como consecuencia de un procedimiento que haya obviado la realización de un EIA estén sujetas a un plazo de vigencia (preferentemente, que esto esté establecido mediante una Ley).
- Debería suprimirse o reglamentarse la práctica de requerir Planes de Control Ambiental como alternativa a la realización de un Estudio de Impacto Ambiental.
- En cuanto a las Audiencias Públicas dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, debería establecerse un sistema (preferentemente por Ley y no por Decreto) en el cual ciertos proyectos necesariamente requieran de la misma como paso previo a la obtención de la DIA y se establezcan los criterios para la realización de Audiencias Públicas para todos los demás proyectos.
- En lo que se refiere a aplicación de sanciones por infracciones a la Ley 294/93 deberían tipificarse las conductas que fueran a considerarse infracciones y fijarse las sanciones para esas infracciones y, para el caso de la sanción de multa, fijarse los mínimos y los máximos de las mismas, delegando en la SEAM la aplicación de las sanciones por infracción a la Ley; por supuesto, dando la oportunidad de que esas sanciones puedan ser revisadas por una instancia judicial. Asimismo, deberían derogarse los incisos “d” y “e” del artículo 5 de la Ley 716/96.
- Debería vincularse el sometimiento al procedimiento de EvIA con la carga de la prueba en caso de que se produjera un daño ambiental derivado de la obra o actividad evaluada, presumiéndose responsabilidad ipso jure (a nivel de causalidad); en cambio, para los casos en que hubiera mediado adecuación a la Ley de EvIA, la carga probatoria debería seguir los procedimientos clásicos: quien imputa un daño, debe probar la relación causa efecto. Eventualmente, también se podría vincular la carga con topes máximos de indemnizaciones por

daños. Ello promovería la adopción de seguros por daño ambiental, ya que las compañías aseguradoras sabrían a qué parámetros atenerse.

CAPÍTULO VI
DIVERSIDAD BIOLÓGICA

ÁREAS PROTEGIDAS

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Introducción

A través de su Comisión Mundial de Áreas Protegidas (CMAP, o WCPA – World Commission on Protected Areas), la UICN⁶⁹⁰ viene proporcionando asesoramiento internacional sobre áreas protegidas y sus clasificaciones desde hace varios años.

La UICN define un Área Protegida como “una superficie de tierra y/o mar especialmente consagrada a la protección y al mantenimiento de la diversidad biológica, así como de los recursos naturales y los recursos culturales asociados, y manejada a través de medios jurídicos u otros medios eficaces”.

La definición de UICN es genérica. Las distintas áreas protegidas tienen objetivos de conservación distintos. En función de esos objetivos es posible establecer categorías de manejo bien definidas.

La UICN divide las áreas protegidas en seis tipos, dependiendo de sus objetivos:

- Categoría I – Área protegida manejada principalmente con fines científicos o para la protección de la naturaleza (Reserva Natural Estricta / Área Natural Silvestre);
- Categoría II – Área protegida manejada principalmente para la conservación de ecosistemas y con fines de recreación (Parque Nacional);
- Categoría III – Área protegida manejada principalmente para la conservación de características naturales específicas (Monumento Natural);
- Categoría IV – Área protegida manejada principalmente para la conservación, con intervención a nivel de gestión (Área de Manejo de Hábitat / Especies);

⁶⁹⁰ 690 La Unión Mundial para la Naturaleza es la más grande e importante red de conservación a nivel mundial. La Unión agrupa a 83 Estados, 110 agencias gubernamentales, más de 800 organizaciones no gubernamentales y alrededor de 10.000 científicos y expertos de 181 países que constituyen una red única de colaboración mundial. La Unión Mundial para la Naturaleza es una organización multicultural y plurilingüe con 1100 empleados en 40 países. Su sede está en Gland, Suiza. Como Unión, la UICN busca influenciar, alentar y ayudar a los pueblos de todo el mundo a conservar la integridad y la diversidad de la naturaleza, y asegurar que todo uso de los recursos naturales sea equitativo y ecológicamente sustentable. La Unión Mundial para la Naturaleza fue fundada en octubre de 1948 como la Unión Internacional para la Protección de la Naturaleza (IUPN, por sus siglas en inglés), luego de una conferencia internacional celebrada en Fontainebleau, Francia. La organización cambió su nombre por el de Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales en 1956.

- Categoría V – Área protegida manejada especialmente para la conservación de paisajes terrestres y marinos y con fines recreativos (Paisaje Terrestre y Marino Protegido);
- Categoría VI – Área protegida manejada principalmente para la utilización sostenible de los ecosistemas naturales (Área Protegida con Recursos Manejados).

Las categorías reflejan la escala de intervención del manejo. En las Categorías I-III, la protección estricta es la regla y los procesos naturales son de importancia fundamental, los sitios de las Categorías II y III combinan esto con instalaciones para visitantes. En la Categoría IV, el administrador interviene para conservar o, de ser necesario, restaurar especies o hábitats. La Categoría V protege los paisajes culturales habitados, con cultivos y otras formas de uso de la tierra. La Categoría VI, la reserva de uso sostenible, es un área protegida deliberadamente establecida para permitir el uso de los recursos naturales, principalmente para beneficio de las poblaciones locales.

Más resumidamente, podríamos decir que las categorías I a III están relacionadas con superficies muy poco intervenidas y en las que se prevén altos estándares de conservación y que las categorías IV a VI están relacionadas con áreas apreciablemente intervenidas y en las que se permite la utilización sostenible de los recursos naturales, pero que contienen ecosistemas prioritarios para la conservación.

Las categorías UICN son sólo una referencia; algunos países las adoptan, otros establecen las suyas propias. De todos modos, por lo general, se pueden encontrar equivalencias entre unas y otras.

Las categorías de manejo UICN y las categorías nacionales son independientes de las designaciones internacionales, que son sistemas de protección especiales instaurados en virtud de un instrumento jurídico internacional. En la práctica, podemos encontrar tanto sitios que sólo están protegidos en virtud de una designación internacional como sitios que, además de una o varias designaciones internacionales, están protegidos por algún área protegida nacional. También, por supuesto, existen áreas protegidas que sobre las cuales no recae ninguna designación internacional. Lo importante es tener en cuenta que áreas protegidas y designaciones internacionales son conceptos independientes.

2. El Marco Constitucional E Internacional De Protección In Situ De La Diversidad Biológica

El término biodiversidad significa diversidad biológica, definida en el “Convenio sobre la Diversidad Biológica” de 1992 (ratificado por el Paraguay mediante la Ley 253/93, en adelante “CDB”) como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”.

La fuente principal de la obligación de conservar la diversidad biológica se encuentra en el Art. 7 de la Constitución; allí, además de garantizarse el derecho de toda persona “a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado”, se establecen como “objetivos prioritarios de interés social la preservación, la conservación, la recomposición y el mejoramiento del ambiente, así como su conciliación con el desarrollo humano integral. Estos propósitos orientarán la legislación y la política gubernamental”.

Sería imposible concebir la conservación de la diversidad biológica sin incluir la conservación del ambiente (que es el soporte vital de los ecosistemas), ya que son factores interdependientes de imposible escisión. De esta manera, tanto las autoridades (nacionales, departamentales y municipales) como los ciudadanos en general tienen la obligación – derecho de proteger el ambiente, valiéndose para ello, entre otras cosas, de la legislación vigente (tanto la administrativa y de procedimiento como la de fondo).

Un peldaño más abajo en el orden jurídico, tenemos a los instrumentos internacionales ratificados por el Paraguay a los que toda norma jurídica de inferior jerarquía debe adecuarse (Art. 137). En este sentido, la República del Paraguay ha suscrito diversos instrumentos internacionales en materia de conservación de la naturaleza.

El primero de ellos es la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, celebrada en la Ciudad de Washington, D. C. en 1940 y ratificada por nuestro país a través de la Ley 758/79. Este instrumento internacional contiene disposiciones que obligan a los Estados Partes a estudiar “inmediatamente la posibilidad de crear, dentro del territorio de sus respectivos países, los parques nacionales, las reservas nacionales, los monumentos naturales, y las reservas de regiones vírgenes” (Art. 2.1) o, ante la imposibilidad de hacerlo inmediatamente, seleccionar “a la brevedad posible, los sitios, objetos o especies vivas de animales o plantas, según sea el caso, que se transformarán en parques o reservas nacionales, monumentos naturales o reservas de regiones vírgenes tan pronto como a juicio de las autoridades del país, lo permitan las circunstancias” (Art. 2.2). Esto es, como consecuencia de la ratificación de esta Convención, el Paraguay tiene la obligación de estudiar la creación de cualquiera de las áreas protegidas mencionadas y, en su defecto, la obligación de seleccionar los sitios u objetos que se convertirán en algunas de estas áreas protegidas.

Esta última obligación es muy significativa si se la analiza conjuntamente con la definición de área protegida dada por el Convenio sobre Diversidad Biológica, ratificado por ley 253/93 – con seguridad, el instrumento internacional más importante vigente a la fecha en materia de áreas protegidas-, que la caracteriza como “un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar

objetivos específicos de conservación”⁶⁹¹. Si bien esta definición ha sido objeto de las más duras críticas por parte de la doctrina internacional especializada⁶⁹², no es menos cierto que de acuerdo a esta regla jurídica, un área que sólo ha sido designada (por las autoridades con competencia para ello, se entiende) a fin de alcanzar objetivos de conservación es un área protegida. Y aquí nos surge el interrogante de si la designación a la que se refiere el CDB es asimilable o es equivalente a la selección a la que se refiere la Convención de Washington.

En el primer caso, la designación es para alcanzar objetivos específicos de conservación; en el segundo caso, la selección es para transformar a los sitios seleccionados en algunas de las áreas protegidas a las que se refiere la Convención. En la designación mencionada en el CDB no se necesita regulación y administración para que un área sea considerada área protegida; en la selección del Convenio de Washington va de suyo que no hay tal regulación y mucho menos administración. Sin embargo, una es un área protegida y la otra deberá ser un área protegida. Está claro que estamos ante dos supuestos diferentes, sin embargo, si los analizamos desde del punto de vista de los compromisos internacionales asumidos por el país, las consecuencias de estos dos supuestos necesariamente confluyen.

En efecto, en el caso de los sitios seleccionados para ser áreas protegidas, estos inexorablemente deberán convertirse en tales áreas ya que la Convención de Washington no deja abierta otra posibilidad: allí claramente está estipulado que estos sitios “se transformarán” en alguna de las áreas protegidas a las que se refiere la Convención.

Por supuesto que desde el punto de vista meramente interno la diferencia entre designación y selección tiene diferencias significativas. En el caso de que un sitio haya sido legalmente designado como área protegida, sólo podrá ser desafectado como tal a través del procedimiento legislativo (Art. III primer párrafo, Convenio de Washington y argumento Art. 24 inciso “d” de la Ley 352/94); esto no será necesario en el caso de que no haya habido tal designación y sólo haya mediado una “selección como para transformarse en” por parte del organismo público habilitado al efecto (en nuestro país, el Poder Ejecutivo a instancias de la Secretaría del Ambiente). No queda lugar a dudas de que una selección que efectuara un organismo administrativo jamás podría condicionar una decisión legislativa en el sentido de designar a un sitio como área protegida pero, una vez más, esta conclusión es irrelevante desde el punto de vista internacional, ya que las disposiciones de derecho interno son inoponibles para excusar la responsabilidad

⁶⁹¹ Nótese el abismo que media entre esta definición y la de la Unión Mundial para la Naturaleza (UICN): “Un área de la tierra y/o del mar dedicados especialmente a la protección y al mantenimiento de la diversidad biológica, y de recursos naturales y culturales asociados y manejados por medios legales otros medios eficaces”, (UICN, 1994).

⁶⁹² Jeffery, Michael I, An International Legal Regime for Protected Areas, en la obra colectiva *International Environmental Governance – An International Regime for Protected Areas*, Editado por John Scanlon y Françoise Burhenne-Guilmin, IUCN Environmental Law Programme, Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido, 2004.

internacional del Estado paraguayo (Art. 27 “El derecho interno y la observancia de los tratados”, Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificado por la República del Paraguay por medio de la Ley 289/71), y de acuerdo con el Artículo III del Convenio de Washington, una vez que un sitio ha sido seleccionado deberá transformarse en alguna de las áreas protegidas a que este instrumento se refiere. No obsta a esta conclusión el hecho de que la obligación de transformar a los sitios seleccionados en áreas protegidas deba realizarse “tan pronto como a juicio de las autoridades del país, lo permitan las circunstancias”, ya que si bien esta frase dificulta o hace prácticamente imposible determinar cuando deberá cumplirse con esta obligación, la obligación de todos modos existe⁶⁹³ y debe cumplirse, ya que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (Art. 26 “Pacta sunt servanda”, Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados).

Estrechamente vinculados al Convenio sobre Diversidad Biológica (tal como lo demuestra el intento de llevar adelante acciones comunes que realizan algunas de las respectivas Secretarías) encontramos a: - La Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, ratificada por la Ley 583/76; la Convención sobre Patrimonio Mundial, Cultural y Natural, ratificada por la Ley 1231/86; la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convenio de Ramsar), ratificada por la Ley 350/94; - la Convención sobre la Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, ratificado por la Ley 970/96; el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono y su Protocolo de Montreal relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, ambos ratificados por la Ley 61/92; la Convención Marco de la Naciones Unidas sobre el Cambio Global y su Protocolo de Kyoto, ratificados por las leyes 251/93 y 1447/99, respectivamente; y, la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres, ratificada por la Ley 1314/98. Todas ellas, junto con la “Agenda 21” (plan de acción de las Naciones Unidas sobre medio ambiente, que fue acordado en la Cumbre de Río de Janeiro en 1992 y suscripto por el Paraguay⁶⁹⁴) conforman el bloque de principios y obligaciones básicas que, en materia de conservación de la diversidad biológica, debe reflejar la legislación ambiental de inferior jerarquía.

Mencionaremos algunas de las obligaciones que se refieren a la conservación de sitios que, como ya dijimos, por mandato constitucional incumben tanto a las autoridades como a los ciudadanos en general.

⁶⁹³ Commonwealth of Australia v. State of Tasmania, 46 ALR (1983), Justice Mason: “Indeed, there would be little point in adding qualifications ‘in so far as possible’ and ‘as appropriate for each country’ unless the article imposed an obligation”. Caso citado, en Jeffery, Michael I., supra nota 2.

⁶⁹⁴ La Agenda 21, no ha tenido ratificación legislativa hasta la fecha. Sin embargo integra el conjunto de normas e instrumentos de derecho internacional consuetudinario, que, aun cuando son consideradas “derecho blando” o “soft law” tienen la consecuencia de reforzar la obligación genérica tutelada.

El artículo 8 del CDB obliga a cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda, a establecer “un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica”; a reglamentar o administrar “los recursos biológicos importantes para la conservación de la diversidad biológica, ya sea dentro o fuera de las áreas protegidas, para garantizar su conservación o utilización sostenible”; y a promover “un desarrollo ambientalmente adecuado y sostenible en zonas adyacentes a áreas protegidas, con miras a aumentar la protección de esas zonas”, entre otras.

Es cierto que estos tipos de instrumentos internacionales imponen obligaciones “blandas” (si bien no podríamos hablar *strictu sensu* de soft law ya que las obligaciones, como vimos, existen) pero, ¿sería constitucionalmente válido un accionar de los poderes del Estado que no respetaran esas obligaciones, sobre todo teniendo en cuenta la supremacía constitucional de los tratados internacionales por sobre las disposiciones legislativas comunes y demás normativa de inferior jerarquía? Definitivamente, la respuesta debe ser negativa.

En cuanto a los instrumentos internacionales no vinculantes, el Capítulo 15 de la Agenda 21 –dedicado a la Conservación de la Diversidad Biológica– prevé que dentro de las actividades que deben llevar a cabo los gobiernos junto con, entre otros, las organizaciones no gubernamentales, deben tomarse “medidas que constituyan incentivos eficaces en los sectores económico y social y en otros sectores pertinentes para fomentar la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de los recursos biológicos, así como la promoción de sistemas de producción sostenibles, tales como los métodos tradicionales de la agricultura, la agrosilvicultura, la silvicultura y la ordenación de los pastos y de la flora y la fauna silvestres, que utilicen, mantengan o aumenten la biodiversidad” (15.5.d); formularse “políticas para fomentar la conservación de la biodiversidad y la utilización sostenible de los recursos biológicos y genéticos en las tierras de propiedad privada” (15.5.h); y, “promover un desarrollo ecológicamente racional y sostenible en las zonas adyacentes a las zonas protegidas, con miras a reforzar la protección de estas zonas” (15.5.i).

Las disposiciones constitucionales e internacionales citadas dan el marco jurídico para el desarrollo de la legislación interna específica, reglamentaria de aquellas, que, además de proveer acciones estatales concretas, involucre a los particulares explorando e impulsando las alternativas para complementar la actividad estatal de cuidado y protección de áreas protegidas.

3. El Marco Legal Interno Sobre Áreas Protegidas

3.1. Consideraciones Generales

En el Paraguay, la Ley que establece el marco jurídico aplicable a las áreas protegidas es la Ley 352/94 “De áreas silvestres protegidas”. La Autoridad de Aplicación de esta Ley

es la Secretaría del Ambiente, según lo dispone el artículo 14 inciso “k” de la Ley 1561/00 “Que crea el SISNAM, el CONAM y la SEAM”.

El artículo 4 de la Ley 352/94 define como área silvestre protegida a “toda porción del territorio nacional comprendido dentro de límites bien definidos, de características naturales o seminaturales, que se somete a un manejo de sus recursos para lograr objetivos que garanticen la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y de los recursos naturales involucrados. Las Áreas Silvestres Protegidas podrán estar bajo dominio nacional, departamental, municipal o privado, en donde los usos a que puedan destinarse y las actividades que puedan realizarse deberán estar acordes con las disposiciones de la presente Ley y sus reglamentos independientemente al derecho de propiedad sobre las mismas”. Según el artículo 15, el conjunto de las ASP existentes o a crearse conforma el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (SINASIP). El artículo 2, a su vez, declara de interés social y de utilidad pública el SINASIP.

El artículo 5, a su vez, define al Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (SINASIP) como “el conjunto de Áreas Silvestres Protegidas de relevancia ecológica y social, a nivel internacional, nacional y local, bajo un manejo ordenado y dirigido que permita cumplir con los objetivos y políticas de conservación establecidas por la Nación”.

El artículo 6 entiende por categoría de manejo al “nombre genérico que se asigna a cada una de las Áreas Silvestres Protegidas para clasificarlas según el tipo de gestión, manejo o administración que vayan a recibir para cumplir con una serie de objetivos generales dentro del sistema y específicos del área en cuestión. Cada categoría tiene su propia reglamentación y restricciones en cuanto al uso de sus recursos”.

Para cumplir con sus objetivos de manejo, cada área protegida debe contar con un Plan de Manejo. El artículo 9 de la Ley 352/94 define al Plan de Manejo de las áreas silvestres protegidas como “el documento que en diferentes aproximaciones refleja un proceso continuo de planificación donde se identifican los objetivos, se asignan la categoría de manejo y los límites de un Área Silvestre Protegida, como resultado del análisis y evaluación de los recursos naturales y culturales existentes en el área y en concordancia con la presente Ley y otras disposiciones legales vigentes y pertinentes. En el mismo se establecen los programas y acciones requeridos de administración y manejo de los recursos, así como los medios y herramientas necesarios para la implementación del mismo. También establece los límites de la zona de amortiguamiento y las acciones para el desarrollo sustentable de la misma. La implementación de los Planes de Manejo se lleva a cabo por medio de los Planes Operativos Anuales. El Plan de Manejo será elaborado por un equipo multidisciplinario en el cual podrán participar las diferentes organizaciones interesadas y con la amplia participación del personal del área y de los representantes de las comunidades de la zona de amortiguamiento. Estos deben ser revisados y aprobados oficialmente por la Autoridad de Aplicación”.

Las áreas silvestres protegidas, en el Paraguay pueden estar bajo dominio público o bajo dominio privado, según quien detente el dominio de las tierras sobre las que se asientan, el Estado o los particulares. Las áreas silvestres protegidas bajo dominio público son las más adecuadas para albergar a las categorías de manejo que prevén un alto grado de conservación, esto es, categorías como la I a la III en la clasificación de la UICN.

Las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado son las más adecuadas para albergar a las categorías de manejo más flexibles, en las cuales se combina conservación con utilización sostenible de los recursos naturales, esto es, categorías como la IV a la VI en la clasificación de la UICN; excepto que el dominio de las mismas fuera detentado por una organización o propietario conservacionista en cuyo caso, nada obstaría a que con su conformidad, la declaración se efectuara utilizando alguna categoría de manejo estricta, similar a cualquiera de las categorías I a III⁶⁹⁵.

No está prevista en la Ley la existencia de áreas protegidas bajo dominio indígena; sin embargo, creemos que podría haberlas bajo el subsistema de áreas protegidas bajo dominio privado, si la propia comunidad estuviera de acuerdo con someter a su tierra comunitaria a las previsiones de la Ley 352/94⁶⁹⁶. Entendemos que las categorías de manejo apropiadas para estas áreas protegidas serán alguna categoría similar a cualquiera de las categorías IV a VI de la clasificación de la UICN.

Para nosotros, las áreas protegidas bajo dominio departamental o municipal, si alguna vez se creara alguna, deberían estar integradas al subsistema de áreas silvestres protegidas bajo dominio privado, ya que de integrar el subsistema de áreas bajo dominio público, los departamentos o municipios perderían automáticamente el dominio sobre las tierras sobre las que recayera la declaración, a tenor de lo dispuesto por el artículo 24 inciso “a” de la Ley 352/94. Por supuesto, que las tierras de los departamentos y municipios que fueran afectadas al SINASIP bajo el subsistema de áreas bajo dominio privado deberían ser tierras del dominio privado departamental o municipal. Creemos que estas áreas protegidas, a pesar de estar bajo dominio privado, deberían albergar categorías de manejo estrictas, similares a cualquiera de las categorías I a III en la clasificación de la

⁶⁹⁵ Si bien, no del mismo nombre que las que pudieran ser asignadas las áreas silvestres protegidas bajo dominio público, ya que el artículo 32 de la Ley establece que “las categorías de manejo asignadas a las Áreas Silvestres Protegidas bajo dominio público serán de uso exclusivo de la Autoridad de Aplicación, no pudiendo ser utilizadas por otras instituciones, sean públicas o privadas”.

⁶⁹⁶ El Artículo 6° del Convenio OIT 169 (Ley 234/93) prevé: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;...”. Por su parte, el Art. 7° establece: “1. Los pueblos interesados deberán tener derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

UICN⁶⁹⁷, ya que se supone que serían tierras en las que no habría ocupantes. Sin embargo, también podrían albergar cualquiera de las demás categorías.

La declaración de una porción del territorio nacional como área silvestre protegida, así como el establecimiento de la zona de amortiguamiento circundante, tiene efectos sobre la normativa departamental o municipal, ya que los respectivos gobiernos locales deben adecuar sus disposiciones a esa declaración y a las reglamentaciones que al efecto se dicten (Art. 11, Ley 352/94). Típicamente, la declaración de un área silvestre protegida afectará las normas sobre ordenamiento territorial del municipio de que se trate.

Toda obra o actividad que se realice o pretenda realizar dentro de un área silvestre protegida o en su zona de amortiguamiento debe contar con un Estudio de Impacto Ambiental en forma obligatoria (Art. 12, Ley 352/94) dentro del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (Ley 294/93), necesario para obtener la declaración de impacto ambiental que otorgue la licencia para iniciar o proseguir dicha obra o actividad.

Para nosotros es muy positivo que la Ley prevea la existencia de áreas protegidas bajo dominio público y bajo dominio privado, ya que ello permite diseñar categorías de manejo que atiendan las distintas particularidades de la tenencia de la tierra en el país y, por lo tanto, contar con áreas protegidas representativas de todos los ecosistemas presentes en el Paraguay.

Asimismo, nos parece positivo que establezca expresamente la forma en que deberá coordinarse la normativa sobre áreas protegidas con la normativa de los gobiernos locales, así como que prevea la realización de Estudios de Impacto Ambiental para las obras o actividades que se realicen dentro las áreas protegidas o en sus zonas de amortiguamiento.

Las principales deficiencias de esta Ley las encontramos en el procedimiento de declaración de las áreas silvestres protegidas, en la forma en que está regulada la creación del cuerpo de guardaparques y en el régimen de infracciones y sanciones.

Entre los vacíos normativos, podemos mencionar que la Ley 352/94 no incorpora ninguno de los conceptos de corredor biológico, ecológico o de conservación⁶⁹⁸, para

⁶⁹⁷ Nuevamente, en este caso, al igual que con ASP bajo dominio privado de organizaciones o personas conservacionistas, dichas categorías no podrían llevar el mismo nombre que las categorías estrictas reservadas para las ASP bajo dominio público. Ver nota 7.

⁶⁹⁸ Corredor biológico: Los Corredores Biológicos son zonas de amortiguamiento que permiten una transición menos abrupta entre ambientes naturales y artificiales; ampliando la efectividad del área protegida por la reducción el efecto de borde, el aislamiento y la fragmentación de hábitat (IUCN, 2004). Un Corredor Biológico, en Biología de la Conservación es una franja / ruta de tierra angosta que permite el flujo (o movimiento) de los individuos de una reserva a otra. En Ecología del Paisaje es una estructura de conectividad que relaciona recíprocamente dos "islas" en medio de la "matriz". Son estructuras que facilitan la constancia y la conectividad de los retazos, al facilitar la dispersión de los animales y la migración de

conectar áreas protegidas entre sí y tampoco establece mayores vínculos con las áreas de protección previstas en otras leyes (por ejemplo, los bosques protectores previstos en la Ley 422/73 “Forestal”), cuando el bien jurídico tutelado, la protección de la diversidad biológica, es idéntico al de ellas.

A continuación, analizaremos las que para nosotros son las principales deficiencias de la Ley, abogando por una reforma legal que las supere y que regule los vacíos que hemos mencionado.

No analizaremos aquí la absoluta inoperancia del marco institucional que debía cooperar con la implementación de esta Ley: el Consejo Nacional de Áreas Silvestres Protegidas y el Fondo de Áreas Silvestres Protegidas. Ello se debe a que entendemos que los obstáculos que la han causado no tienen origen jurídico, sino que más bien radican en factores económicos adversos y en la falta de voluntad política para poner en marcha al Fondo y al Consejo.

3.2 Procedimiento De Declaración Y Revocatoria De Áreas Silvestres Protegidas

Áreas protegidas bajo dominio público

El artículo 23 de la Ley 352/94 establece: “La declaración legal de un Área Silvestre Protegida bajo dominio público será realizada por Decreto del Poder Ejecutivo, o por Ley de la Nación, fundamentado en una justificación técnica que contenga el diagnóstico general sobre las características particulares de los recursos biológicos, físicos y culturales existentes en el área y de su importancia para la conservación actual y futura de los ecosistemas, los procesos ecológicos y los recursos naturales”.

A su vez, el artículo 24 establece: “Para la declaración de un Área Silvestre Protegida bajo dominio público se adoptará el siguiente procedimiento: a) Si el área escogida contiene inmuebles de propiedad del Estado, los mismos pasan a ser patrimonio inalienable a perpetuidad del Estado, bajo la responsabilidad y administración de la Autoridad de Aplicación, sin cargo alguno por el traspaso; b) Si el área escogida contiene, total o parcialmente, inmuebles de propiedad privada, éstos serán considerados Área de Reserva por la Autoridad de Aplicación hasta tanto se finiquite el trámite administrativo y legal que la convierta en Área Silvestre Protegida bajo dominio público. La Autoridad de Aplicación notificará a los afectados dicha medida dentro de los primeros 30 (treinta) días de vigencia del Decreto o Ley. Asimismo, los propietarios a partir de la notificación, deberán cesar todas las actividades susceptibles de producir alteración de los recursos

semillas (IUCN, 2004). Corredor Ecológico: El Corredor Ecológico incluye al Corredor Biológico y además agrega consideraciones asociadas a la ecología del paisaje y a la restauración de funciones ecológicas en los espacios de conexión (IUCN, 2004). Corredor de Conservación: Matriz territorial o mosaico de usos de la tierra que conectan fragmentos de ecosistemas naturales a través del paisaje (Conservation International, 2000)

naturales, culturales o de otro tipo. No se le reconocerá al propietario ningún derecho sobre mejoras incorporadas a partir de la notificación; c) Dentro del término de 60 (sesenta) días de la notificación, si el o los propietarios no manifestasen su consentimiento para la venta del Área de Reserva, el inmueble será objeto de expropiación, previa solicitud fundada de la Autoridad de Aplicación que garantizará la justa indemnización según los términos establecidos en la Ley de Expropiación por causa de utilidad social. Los inmuebles, titulados o no, con asentamientos de comunidades indígenas no serán afectados por el presente inciso; (...)

El Área de Reserva que menciona el inciso “b” del artículo 24 está definida en el artículo 10, en los siguientes términos: “Se considera como Área de Reserva a toda aquella propiedad privada que haya sido declarada como tal por el Decreto respectivo y que permanecerá bajo esa denominación hasta tanto se finiquite el proceso de conversión en Área Silvestre Protegida bajo dominio público”.

No encontramos mayores inconvenientes en que un área silvestre protegida bajo dominio privado se declare mediante Ley o mediante Decreto cuando la declaración recaiga sobre tierras del Estado.

Ahora bien, no nos parece apropiado que tal declaración pueda ser hecha mediante Decreto cuando recaiga sobre tierras de propiedad privada. Por medio de este mecanismo, se está facultando al poder administrador a suspender un halo muy significativo de derechos uso y goce que emanan del derecho real de dominio privado.

Además, ello se hace sin prever una indemnización y, peor aún, sin establecer una limitación temporal a la suspensión de esos derechos.

En efecto, si bien se establece el plazo con el que la Autoridad de Aplicación cuenta para notificar a los propietarios la afectación de su tierra como área de reserva y, además, se establece el plazo en el que se negociará la compra de la misma, no existe plazo alguno para que la Autoridad de Aplicación solicite la expropiación al Congreso Nacional ni para que éste sancione y el Poder Ejecutivo promulgue la Ley respectiva.

Podría considerarse razonable que, en consideración de la supremacía del interés general sobre el particular (Art. 128 de la Constitución), se obligara al propietario a cesar todas las actividades susceptibles de producir alteración de los recursos naturales, culturales o de otro tipo por un tiempo determinado, mientras durara el procedimiento de sanción y promulgación de la Ley de expropiación; pero entendemos que esa suspensión no debería extenderse más allá del plazo normal que dicho procedimiento lleva, esto es, aproximadamente un año.

Nos parece irrazonable – y por ende, pasible de ser atacado de inconstitucional – que se mantenga a un propietario en una situación de incertidumbre jurídica y de suspensión de varios de los derechos de uso y goce de su propiedad por un tiempo prolongado y sin indemnización.

La situación que describimos no es una mera posibilidad jurídica, sino una lamentable realidad. Este es el caso del proceso de creación del área silvestre protegida San Rafael.

Allí, los propietarios se han visto afectados por una declaración de área de reserva para Parque Nacional desde el año 1992⁶⁹⁹, sin que a la fecha se haya presentado algún proyecto de Ley de expropiación.

Además, para un gran número de proyectos de obras o actividades, la Secretaría del Ambiente no está otorgando declaraciones de impacto ambiental (Licencias Ambientales) a los propietarios que quieren realizar actividades productivas, alegando la vigencia de la afectación como área de reserva. Esto último –jurídicamente hablando– es lo correcto, porque la SEAM no podría dejar de aplicar una norma jurídica so pretexto de que eventualmente pudiera ser atacada de inconstitucional, porque los actos administrativos son válidos y gozan de fuerza ejecutoria hasta tanto el Poder Judicial establezca lo contrario en el caso concreto (Art. 260 inciso 1° de la Constitución y Art. 555 del Código Procesal Civil) y porque la función de la SEAM es aplicar las normas jurídicas ambientales. Así, casi todas las actividades que se realizan en San Rafael son ilegales. Ello explica el alto nivel de conflictividad social que habitualmente allí se observa.

Para nosotros, las declaraciones de áreas silvestres protegidas bajo dominio público sobre propiedades privadas, sólo deberían hacerse mediante una Ley en la que se previera la expropiación de esas tierras por causa de utilidad pública junto con el pago de una justa y previa indemnización (Art. 109 de la Constitución). O bien, debería propiciarse una reforma legislativa que estableciera una limitación temporal razonable a los efectos de la afectación como área de reserva.

Áreas silvestres protegidas bajo dominio privado

El artículo 26 de la Ley 352/94 establece que “la declaración de Área Silvestre Protegida bajo dominio privado se hará mediante Decreto del Poder Ejecutivo o Ley teniendo como

⁶⁹⁹ Decreto 13.680 del 29 de mayo de 1992, derogado por el Art. 4 del Decreto 16.610 del 7 de marzo de 2002, que declaró como Reserva de Recursos Manejados a San Rafael. Por lo tanto, podríamos concluir que San Rafael es un ASP bajo dominio privado con la categoría de manejo Reserva de Recursos Manejados. El problema para aceptar esta solución como definitiva es que en el Decreto 16.610 no se califica como ASP bajo dominio privado a San Rafael y tampoco se ordena realizar un Plan de Manejo, como ineludiblemente lo requiere el Art. 29 de la Ley 352/94. Esto es, no se completaron los requisitos que la Ley 352/94 prevé para la realización de las declaratorias de ASP bajo dominio privado en forma válida. En este sentido, también existen argumentos para argüir la inconstitucionalidad de este Decreto. Si esto último sucediera, resurgirían los efectos del Decreto 13.680 que declara a San Rafael como Reserva para Parque Nacional. Este parece haber sido el trasfondo argumentativo del Decreto 5638 del 14 de junio de 2005 que amplió “la reserva para Parque Nacional San Rafael”. El problema es que en l parte del “Considerando” de este Decreto no se realizó esa argumentación.

requisito previo la fundamentación en una justificación técnica que contenga el diagnóstico general de las características particulares de los recursos biológicos, físicos y culturales existentes en el área y de su importancia para la conservación actual y futura de los ecosistemas, los procesos ecológicos y los recursos naturales”.

Asimismo, el artículo 27 de la Ley establece que “la revocatoria de la declaración de un Área Silvestre Protegida bajo dominio privado se realizará mediante Decreto o Ley y ello podrá hacerse a partir del quinto año posterior a la fecha del Decreto o Ley declaratorio. Los procedimientos de declaratoria y de revocatoria de un Área Silvestre Protegida bajo dominio privado serán reglamentados por la Autoridad de Aplicación”.

A primera vista, podría parecer que las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado sólo pueden ser declaradas como tales a instancia de parte. En la mayoría de los casos podrá ser así, pero nada obsta a que el Estado, a través de una Ley pueda imponer tal declaración sobre propiedades privadas. Por supuesto, toda limitación al derecho de dominio, cuando se impone con carácter particular y no general, debe ser compensada.

El artículo 56 de la Ley 352/94 ya establece que “las Áreas Silvestres Protegidas bajo dominio privado declaradas de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 26 estarán exentas del pago del impuesto inmobiliario y de todo impuesto sustitutivo o adicional que se creare sobre la propiedad del inmueble rural”. Esto es, el ordenamiento jurídico vigente prevé ciertos privilegios para quienes vean restringidos los plenos derechos de uso y goce de sus inmuebles en virtud de una declaratoria como área protegida. Cabe destacar que este incentivo fiscal sigue plenamente vigente después de la sanción y promulgación de la Ley 2421/04 “De adecuación fiscal y reordenamiento administrativo” ya que no lo ha derogado, como sí hizo con muchas otras exenciones.

Además, la Ley 1863/01 “Estatuto Agrario” establece que las superficies afectadas a una declaratoria de área silvestre protegida bajo dominio privado deben ser excluidas del cómputo de la superficie agrológicamente útil (Art. 5, inciso “c”, Ley 1863/01). Por lo tanto, no es necesario hacer inversiones productivas en las mismas, lo cual de por sí es un incentivo. Las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado también son excluidas de la determinación de la superficie agrológicamente útil a los fines impositivos, lo cual también incide en un menor monto del impuesto a la renta agropecuaria (Art. 30 de la Ley 125/91, según el texto modificado por el Art. 4 de la Ley 2421/94).

El artículo 56 de la Ley 352/94 también establece que las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado “serán inexpropiables durante el lapso de validez de la declaratoria”. Este es un incentivo muy importante en el Paraguay, en donde las expropiaciones justificadas en la reforma agraria o por otras causas de utilidad pública son muy numerosas. Asimismo, el artículo 61 establece que “la ocupación de todo terreno declarado como Área Silvestre Protegida bajo dominio público o privado está prohibida; estos actos no otorgan derechos de ninguna especie a sus autores”. Esto es, los inmuebles

abarcados por una declaratoria de área silvestre protegida bajo dominio privado no son susceptibles de la usucapión prevista en los artículos 1989 y siguientes y concordantes del Código Civil.

También, para ciertos propietarios (por ejemplo, quienes se dedican al ecoturismo o a la producción orgánica), una declaratoria de área protegida puede significar un valor agregado importante para el giro de sus negocios.

Creemos que todos incentivos tienen, a priori, la aptitud de compensar adecuadamente las restricciones al dominio que deben soportar los propietarios ante una declaratoria de área silvestre protegida bajo dominio privado. En caso de que fuera el Estado quien impusiera esa declaración, eventualmente podría analizarse que la misma ley declaratoria estableciera alguna compensación complementaria teniendo en cuenta las restricciones al dominio que surgieran de la categoría de manejo que se le asignara al área.

El procedimiento al que deben atenerse los propietarios interesados en obtener una declaración de área silvestre protegida bajo dominio privado está regulado en la Resolución 79 del 9 de mayo de 2000 “Por la cual se establecen los procedimientos para la creación legal de áreas silvestres protegidas bajo dominio privado del Paraguay”, promulgada por la entonces Dirección de Parques Nacionales y Vida Silvestre, dependiente del Gabinete del Vice-Ministro de Recursos Naturales y Medio Ambiente del Ministerio de Agricultura y Ganadería, antecesora de la Secretaría del Ambiente como Autoridad de Aplicación de la Ley 352/94.

También, ante presentaciones realizadas ante los miembros de la Comisión de Ecología, Recursos Naturales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados, ejerciendo el derecho constitucional de peticionar ante las autoridades (Art. 40 de la Constitución), el Congreso Nacional ha dado curso a proyectos de Ley en los que los titulares solicitaron voluntariamente la declaratoria de área silvestre protegida bajo dominio privado. Este es el caso de la Ley 2703/05 “Que declara como área silvestre protegida bajo dominio privado, con la categoría de manejo reserva natural, al inmueble de propiedad del Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA), denominado “Cañada El Carmen”, situado en Mayor Infante Rivarola, Distrito de Mariscal Estigarribia, Departamento Boquerón”.

Es importante destacar que en casos como el citado en el párrafo anterior y en los casos en los que el Estado mediante una Ley impusiera una declaratoria como área silvestre protegida bajo dominio privado, la justificación técnica que requiere el artículo 26 de la Ley 352/94 debe estar incorporada o referida en la Exposición de Motivos que debe acompañar a todo proyecto de Ley (Art. 203 in fine de la Constitución).

Revocatoria de áreas silvestres protegidas

En cuanto a la revocatoria de las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado solicitadas a instancia de parte por los procedimientos de la Resolución 79/00, si el Decreto de declaración no hace referencia al plazo de vigencia de la declaratoria, ésta sólo podrá realizarse transcurridos cinco años. Entendemos que si el Decreto de declaración no hace referencia al plazo de vigencia, la declaratoria seguirá surtiendo efectos hasta que se promulgue el acto revocatorio, ya que el artículo 27 de la Ley no establece la revocación automática de la declaratoria. En estos casos, entendemos que un Decreto del Poder Ejecutivo será la vía adecuada para operar la revocatoria.

En cuanto a las áreas silvestres protegidas declaradas como tales por Ley, tanto bajo dominio público como bajo dominio privado, la revocatoria sólo podrá realizarse por otra Ley (Arts. 24 y 27 de la Ley 352/94).

Categorías de manejo de las áreas silvestres protegidas

El artículo 31 de la Ley 352/94 establece que “la Autoridad de Aplicación asignará y reglamentará las Categorías de Manejo de las Áreas Silvestres Protegidas bajo dominio público y privado, para los efectos de la declaratoria legal”.

La Secretaría del Ambiente ha promulgado la Resolución 200 del 24 de agosto de 2001 “Por la cual se asignan y reglamentan las categorías de manejo; la zonificación y los usos y actividades”.

Estamos de acuerdo en que las categorías de manejo de las áreas silvestres protegidas bajo dominio público puedan ser establecidas mediante una norma reglamentaria, dado que la tierra que abarcan es tierra pública.

Ahora bien, no estamos del todo seguros en hacer esta afirmación en el caso de las categorías de manejo de las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado. Puede argumentarse que las restricciones que deberá acatar el propietario que decida limitar los derechos de uso y goce de su propiedad (limitaciones contenidas en las categorías de manejo) serán voluntarias porque nadie lo obliga a instar una declaratoria de área silvestre protegida bajo dominio privado sobre sus tierras. Es cierto, pero también es de suponer para ese propietario que esas restricciones no se agravarán en su perjuicio. Ese riesgo siempre existe en caso de que las categorías de manejo de las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado estén determinadas por Resolución de la autoridad de aplicación, y todo riesgo sobre el ejercicio de los derechos de uso y goce de la propiedad desincentiva la creación de áreas protegidas.

Por otra parte, ese argumento no es válido para los casos en que el Estado imponga una declaratoria de área silvestre protegida bajo dominio privado. En estos

supuestos, las restricciones sólo podrían pasar el filtro de constitucionalidad si estuvieran establecidas por Ley (Arg. Art. 9 párrafo segundo de la Constitución).

En suma, creemos que las categorías de manejo de las áreas silvestres protegidas bajo dominio privado deberían estar establecidas por Ley.

3.3 Cuerpo De Guardaparques

El artículo 41 de la Ley 352/94 establece que “todas las Áreas Silvestres Protegidas, bajo dominio público o privado, deberán contar con un profesional encargado de su manejo y dirección y los Guardaparques necesarios para el desarrollo y cumplimiento del Plan de Manejo del área. Estos deberán ser profesionales en campos afines al manejo de Áreas Silvestres Protegidas. El nombramiento y las funciones de las personas que prestarán servicios en las Áreas Silvestres Protegidas bajo dominio público serán reglamentados por la Autoridad de Aplicación”.

El artículo 44 establece que “los Guardaparques de las Áreas Silvestres Protegidas bajo dominio público, en ejercicio de sus funciones, quedarán equiparados a los agentes del orden público, permitiéndoseles la portación de armas dentro del límite de la jurisdicción territorial de las Áreas Silvestres Protegidas. La portación de arma será reglamentada de acuerdo a lo que establecen las normas legales vigentes en la materia”.

Finalmente, el artículo 45 establece que “el Cuerpo de Guardaparques de las Áreas Silvestres Protegidas bajo dominio público estará habilitado, dentro de los límites de su jurisdicción territorial, a efectuar arrestos, inspecciones, vigilancias, retenciones y secuestros así como tomar o solicitar medidas precautelares de seguridad, correctivas o de sanción”.

Si bien la Ley prevé que deberá haber guardaparques tanto en áreas silvestres protegidas bajo dominio público como bajo dominio privado, se limita a regular las funciones de los guardaparques en áreas silvestres protegidas bajo dominio público.

Por otra parte, limita el ámbito de actuación de estos guardaparques a las áreas protegidas bajo dominio público, no a sus zonas de amortiguamiento.

En cuanto a los arrestos que puedan efectuar los guardaparques, entendemos que deben ajustarse a las previsiones del artículo 85 y concordantes de la Ley 1286/98 “Código Procesal Penal” y sólo ante situaciones que revelen la posible comisión de un hecho punible tipificado en la Ley.

De lege ferenda, creemos que debería incluirse la regulación de los deberes y atribuciones de los guardaparques en áreas silvestres protegidas bajo dominio privado, la extensión de sus atribuciones a las zonas de amortiguamiento y una regulación más casuística de sus derechos y obligaciones ya que la tarea de portar armas y efectuar

arrestos involucra mucha responsabilidad de la persona que lo debe hacer y la efectividad de sus tareas se resiente si los parámetros legales de su actuación no son lo suficientemente claros.

3.4. Régimen De Infracciones y Sanciones Administrativas Y Penales

El artículo 58 de la Ley 352/94 establece que “las violaciones a lo dispuesto por esta Ley serán consideradas como atentatorias contra un bien social y tendrán carácter de delito de acción penal pública. Además de la violación a lo expresamente establecido en esta Ley o sus reglamentaciones también constituirán infracciones: a) La violación a los reglamentos de uso de las Áreas Silvestres Protegidas bajo dominio público o privado; b) La falsedad u ocultamiento de datos, informes de evaluación de impacto ambiental o declaraciones que tengan por fin la obtención de autorizaciones, registros, licencias o permisos; c) La desnaturalización o adulteración de las autorizaciones, registros, licencias o permisos obtenidos, así como el incumplimiento de las obligaciones asumidas para obtenerlas; y, d) Todos los actos u omisiones que aún no estando previstos en esta Ley tengan por consecuencia previsible alterar el equilibrio ecológico o destruir las condiciones naturales de las Áreas Silvestres Protegidas bajo dominio público o privado”.

No conocemos ley penal en el mundo que tenga un tipo tan vago y extenso que considere delito a la violación de todo lo dispuesto en una ley. Además, no prevé sanción penal alguna, con lo cual esta declaración grandilocuente pierde toda efectividad.

Este mismo artículo establece una serie de infracciones, las previstas en los incisos b), c) y d) que pueden todas ellas llegar a coincidir con tipos previstos en los artículos 246, 250, 251 y 252 del Código Penal. El artículo 59 trata las sanciones que puede aplicar la Autoridad de Aplicación. Por lo tanto, debemos concluir que aquellas infracciones son hechos ilícitos de carácter administrativo. Entonces, en los casos en que esas infracciones coincidieran con alguno de los delitos antes enumerados, tendríamos una derogación implícita de los mismos por aplicación de la máxima in dubio pro reo y non bis in idem.

El artículo 59 de la Ley establece que “las sanciones que podrá aplicar la Autoridad de Aplicación sin perjuicio de lo establecido en las demás normas vigentes, serán: a) Apercibimientos; b) Suspensión temporal de autorizaciones, licencias, permisos y concesiones; c) Multas hasta de un mil jornales diarios para actividades no especificados en la capital; d) Clausura o inhabilitación temporal de áreas, edificaciones, locales comerciales, o medios de transportes; y, e) Secuestro y decomiso de bienes. La calificación y gradación de las infracciones y sanciones, así como el proceso de aplicación y levantamiento serán materia de reglamentación. Los sancionados podrán recurrir por la vía administrativa, en el tiempo perentorio de 5 (cinco) días”.

En cuanto a la “calificación y gradación de las infracciones y sanciones” nos surgen observaciones. “Graduar” las infracciones por vía reglamentaria es un sinsentido.

Las infracciones no se gradúan, se establecen. Sólo las sanciones se gradúan y eso es facultad exclusiva del juzgador (sea juez administrativo o judicial).

También nos parece incorrecto que la ley haya previsto que los sancionados podrán recurrir por la vía administrativa ya que parece dar la idea de que sólo podrá acudir a dicha vía, lo cual es tanto como prever la eterna indefensión. Las sanciones administrativas se recurren por vía judicial y esa es la única forma de garantizar la defensa en juicio de los derechos. De todos modos, creemos que esta dificultad se ha visto superada con la sanción y promulgación de la Ley 1561/00, particularmente su artículo 19 que establece que “las resoluciones del Secretario Ejecutivo serán recurribles dentro del plazo de nueve días hábiles, a partir de la fecha de su notificación, ante el Tribunal de Cuentas”. Además, el procedimiento para recurrir ante el Poder Judicial las sanciones impuestas por la SEAM ya ha sido regulado por el artículo 23 de la Resolución 1881 del 8 de noviembre de 2005.

De lege ferenda, creemos que debería modificarse la redacción del artículo 58 de la Ley 352/94 estableciéndose en forma precisa la tipología de las acciones pasibles de ser sancionadas en sede administrativa, particularmente, sancionando aquellas conductas que pudieran poner en peligro la integridad de las áreas silvestres protegidas, tales como encender fuego en lugares no permitidos, arrojar basuras, realizar grandes movimientos de tierra, etcétera.

El Código Penal establece en su artículo 202 que: “1° El que dentro de una reserva natural, un parque nacional u otras zonas de igual protección, mediante: 1. explotación minera; 2. excavaciones o amontonamientos; 3. alteración del hidro-sistema; 4. desecación de humedales; 5. tala de bosques; o 6. incendio, perjudicara la conservación de partes esenciales de dichos lugares, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 2° El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con multa”.

Entendemos que por “otras zonas de igual protección” debe entenderse a todas las áreas silvestres protegidas declaradas como tales mediante los procedimientos previstos en la Ley 352/94.

También creemos que el término “reserva natural” incluye a los bosques protectores y a las reservas de bosque natural previstas en el artículo 42 de la Ley 422/73 “Forestal”. De este modo, para nosotros, ha habido una derogación tácita del artículo 4 inciso “b” de la Ley 716/96 que sanciona a “b) Los que procedan a la explotación forestal de bosques declarados especiales o protectores”.

Nos resulta francamente incomprensible que la pena máxima de este artículo se limite a dos años, cuando que por conductas similares que se realicen fuera de reservas naturales, parques nacionales u otras zonas de igual protección, la pena máxima que correspondería aplicar sería de cinco años (cfr. artículos 200 y 203 del

CP). Así, nos encontramos que para el derecho penal, las áreas protegidas pasan a ser algo así como “áreas desprotegidas”.

De lege ferenda, consideramos que debería por lo menos equipararse la pena máxima de este artículo a la de los demás artículos que sancionan en la órbita del derecho penal a las conductas contrarias a la seguridad de la vida y de la integridad física de las personas.

NORMAS FORESTALES

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Introducción

En el Paraguay, la primera norma legal que tuvo una clara vocación hacia la protección de la diversidad biológica fue la Ley 422/73 “Forestal”. Sobre la base de sus disposiciones se establecieron muchas de las áreas de reserva para Parque Nacional más emblemáticas del país, como por ejemplo, Cerro Corá (actualmente, elevada al rango de Parque Nacional por la Ley 2714/05 “Que convierte en área silvestre protegida bajo dominio público al área de reserva para Parque Nacional Cerro Corá”).

La Ley 422/73 también previó la protección de la fauna silvestre y la reglamentación de la caza y de la pesca (Art. 12, inciso “m”). Por ello, algunas de sus disposiciones han quedado hoy tácitamente derogadas por las Leyes 96/92 “De vida silvestre”, 352/94 “De áreas silvestres protegidas” y 799/95 “De pesca”.

A pesar de no ser una norma exclusivamente conservacionista, ya que regula la utilización del recurso natural forestal, esta Ley sigue integrando al día de hoy el núcleo más importante de normas legales que regulan la conservación in situ de la diversidad biológica en el Paraguay. Por ese motivo, sus disposiciones deben ser interpretadas a la luz de los artículos 7 y 8 de la Constitución y de los tratados internacionales de los cuales el Paraguay es parte, particularmente, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Ley 253/93).

La Ley 422/73 fue complementada a mediados de los noventa por la Ley 536/95 “De fomento a la forestación y a la reforestación”.

En líneas generales, la regulación que entre las dos establecen es buena; sin embargo, el principal defecto de ambas es su constante incumplimiento. Prueba de ello es el catastrófico estado de nuestros bosques o, más bien, la actual falta de ellos. Hasta antes de la sanción y la promulgación de la Ley 2524/04 “De prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques” (cuya vigencia ha sido prorrogada por la Ley 3139/06), el Paraguay registraba uno de los más altos índices de deforestación en el mundo⁷⁰⁰.

Consideramos que las causas del incumplimiento de estas leyes han sido, en primer lugar, la falta de políticas públicas orientadas hacia la conservación del patrimonio forestal del país y, en segundo término aunque muy relacionado con ello, algunos vacíos normativos importantes.

⁷⁰⁰ Por ejemplo, de las 8.600.000 hectáreas originales que abarcaba el Bosque Atlántico Interior del Alto Paraná en el Paraguay, hoy quedan poco menos de 1.000.000 (Fuente: WWF Paraguay).

En la actualidad, avizoramos un tenue cambio en la falta de políticas públicas forestales, que se manifiesta con la reciente sanción y promulgación de la Ley 3001/06 “De Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales”, la media sanción del proyecto de Ley “Que crea el Instituto Forestal Nacional” y las acciones llevadas a cabo por la Secretaría del Ambiente y el Ministerio Público en pos de aplicar la Ley 2524/04.

A continuación, mencionaremos algunas de las disposiciones que, a nuestro juicio, son positivas en las leyes 422/73 y 536/95. También mencionaremos algunas de las deficiencias y vacíos que, también a nuestro juicio, han contribuido a la defectuosa aplicación de esas normas.

Posteriormente, analizaremos en detalle el artículo 42 de la Ley 422/73, ya que la comprensión de sus reales alcances tiene fundamental importancia para la futura reglamentación y aplicación de la Ley 3001/06 de valoración y retribución de los servicios ambientales y, además, porque es uno de los temas más complejos que, en la actualidad, presenta el derecho ambiental paraguayo.

2. Las Leyes 422/73 Y 536/95

Entre las disposiciones positivas de ambas normas, podemos mencionar las siguientes:

- Se promueve la utilización racional del recurso tanto en tierras públicas como privadas (artículo 1, ley 422/73).
- Se establece como objetivo la preservación de ciertos servicios ambientales que prestan los bosques y las tierras de aptitud forestal, como la prevención de la desertificación y el cuidado de los cursos de agua y paisajes (artículo 2 incisos “c” y “d”, Ley 422/73).
- Se pretende proteger la integridad del bosque cuando se establecen previsiones para la preservación de la flora y la fauna asociadas, el control de plagas, el cuidado de la salubridad pública y la defensa nacional (artículo 6, Ley 422/73).
- Se sujeta la explotación de los bosques a la previa autorización de la autoridad de aplicación (artículo 24, Ley 422/73).
- La aprobación de planes de manejo para la forestación y la reforestación requiere de la calificación previa como suelos de Prioridad Forestal de los suelos de las propiedades en los que se vaya a desarrollar; esos planes de manejo deben contar con la participación de un ingeniero forestal o de un agrónomo especializado (artículo 4, Ley 536/95).

- Los distintos tipos de bosques se clasifican en bosques de producción, bosques protectores y bosques especiales (artículo 4, Ley 422/73). Cada uno de ellos cuenta con un régimen particular de manejo.
- Se limita la utilización de los bosques privados por razones de interés público ambiental debiendo las propiedades rurales mantener el veinticinco por ciento de su área de bosques naturales (artículo 42, Ley 422/73).
- Se establece un régimen de aprovechamiento de los bosques situados en tierras fiscales (artículos 35 y 36, Ley 422/73).
- Se crea un fondo especial para el financiamiento de programas forestales (capítulo VIII, Ley 422/73).
- Se establece la obligación de reforestar luego del corte (artículos 23 y 24, Ley 536/95).

Entre las deficiencias y vacíos de ambas normas, podemos mencionar:

- Se establecen subsidios (bonificaciones) y exenciones impositivas como incentivos fiscales para la forestación y la reforestación (capítulos II y III, ley 536/95). La falta de pago de los subsidios prometidos en la ley ha sido una de las “justificaciones” más alegadas por parte de quienes han incumplido con las normas forestales, algo así como una *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento, propia del derecho civil y no del todo irrazonable. Los subsidios son medidas que toman los Estados “ricos” y el Paraguay, ciertamente, es un país en vías de desarrollo. Una de las peores señales para la sociedad es el incumplimiento por parte del Estado de las normas que él mismo crea.
- Faltan normas que den seguridad jurídica a las inversiones forestales, como podría ser la estabilidad fiscal de las mismas. Las inversiones forestales son inversiones de mediano y largo plazo y la mejor forma de atraerlas es garantizando al inversor que no se le cambiarán las reglas de juego.
- Faltan normas que faciliten el crédito para la realización de inversiones forestales. Como ya mencionamos, las inversiones forestales son inversiones de mediano y largo plazo; por lo tanto, si no se cuentan con mecanismos jurídicos que garanticen a los bancos y a otros inversionistas financieros el repago de los créditos que otorgan y, al inversionista forestal la facilidad de poder honrar esos créditos a tasas razonables y en un plazo que atienda la naturaleza de la inversión forestal, es poco probable que el sector adquiera dinamismo. Creemos que la regulación del derecho real de superficie forestal, como derecho real de garantía, podría ser un mecanismo jurídico apropiado. La introducción de este derecho real

de garantía, aseguraría el repago de los créditos otorgados mediante una suerte “hipoteca” sobre los bosques; por supuesto, al existir una garantía real sobre los créditos que se otorgaran, las tasas de éstos serían menores que si la garantía fuera simplemente personal.

- La multa máxima que según el artículo 55 de la Ley 422/73 se puede aplicar a los infractores es de 500.000 guaraníes. Por supuesto, ellos prefieren pagar que esta multa que cumplir con la Ley.
- Debería crearse la figura del “regente forestal” que, en derecho comparado, es un funcionario depositario de la fe pública que cobra honorarios por supervisar la ejecución de los planes de manejo forestales y la emisión de guías de transporte, pero que es solidariamente responsable junto con el titular de la explotación forestal, por el cabal cumplimiento del mismo. De esta manera, este funcionario, al ser personalmente responsable por cualquier incumplimiento, es el primer interesado en denunciar las irregularidades.
- No se prevé un régimen de arrendamiento de propiedades con permisos de extracción, forestación y/o reforestación aprobados, en el cual se establezcan las responsabilidades de locador y locatario.
- Asimismo, no se prevé un sistema de certificación de origen forestal distinto al de las guías de transporte.
- No existe un procedimiento de desalojo sumario de ocupantes ilegales. Lamentablemente, la experiencia demuestra que los bosques son un atractivo especial para algunos “campesinos sin tierra”, que ven en ellos una fuente de recursos.

3. El Artículo 42 De La Ley 422/73

1. Introducción

A lo largo de este apartado analizaremos en forma detallada las implicancias de las obligaciones contenidas en el artículo 42 de la Ley 422/73 “FORESTAL” que establece: “Todas las propiedades rurales de más de veinte hectáreas en zonas forestales deberán mantener el veinticinco por ciento de su área de bosques naturales. En caso de no tener este porcentaje mínimo, el propietario deberá reforestar una superficie equivalente al cinco por ciento de la superficie del predio”.

Nuestro propósito será determinar, con el mayor grado de precisión posible, las consecuencias que las obligaciones de esta norma legal tienen respecto de los inmuebles rurales y qué deben hacer los titulares de esos inmuebles para adecuarse al marco legal

vigente y evitar las responsabilidades derivadas de la comisión de actos ilícitos ambientales.

2. Espacio geográfico en donde esta norma jurídica surte efectos

Áreas rurales que, asimismo, estén en zonas forestales. Por lo tanto, esta disposición no se aplica a áreas urbanas, ni a zonas no forestales.

La Ley no define lo que debe entenderse por “zona forestal”; tampoco deja a cargo del Servicio Forestal Nacional, como Autoridad de Aplicación de la Ley 422/73 “FORESTAL”, la determinación de lo que debe entenderse por “zona forestal”.

Sin embargo, la Ley sí define lo que debe entenderse por “tierra forestal”; esto es, “aquellas (tierras) que por sus condiciones agrológicas⁷⁰¹ posean aptitud para la producción de maderas y otros productos de maderas y otros productos forestales” (Art. 3º). La Ley deja a cargo del SFN “preparar el mapa forestal, el catastro y la calificación de los bosques y tierras forestales” (Art. 12 inciso “d”).

¿Podemos interpretar que la Ley asimila “zona forestal” a “tierra forestal”? Entendemos que sí, porque no podría haber zonas forestales sobre tierras que no tuvieran aptitud forestal. Esto es, no podría calificarse como zona forestal a un desierto o a un humedal permanente, porque ninguno de ellos está formado por tierras en las que pueda haber bosques. Repárese en que nos estamos refiriendo a tierras que puedan tener bosques, no a tierras con bosques. El hecho de que tengan o no tengan bosques es irrelevante a los fines de determinar si una tierra es o no forestal y, en consecuencia, si una zona es o no forestal⁷⁰².

Por lo tanto, entendemos que el espacio geográfico al cual se aplica el artículo 42 de la Ley 422 son las porciones del territorio nacional que estén zonificadas como áreas rurales y que estén situadas en zonas con tierras forestales.

¿Qué pasaría si el SFN no hubiera realizado la calificación de las tierras forestales? Entendemos que la definición legal de tierras forestales y, por lo tanto, de

⁷⁰¹ Agrología: Parte de la agronomía que estudia el suelo en sus relaciones con la vegetación.; Diccionario de la Real Academia Española.

⁷⁰² La delegación paraguaya ante la FAO presentó, en el año 1948, bajo el título “Los recursos forestales del Paraguay”, un informe en el que describe los recursos forestales y las regiones madereras como sigue: “Situación: La mayor parte de la zona forestal se halla al Este del río Paraguay, delimitada de un modo general; al Norte por una línea que va de Villa Rosario, en el río Paraguay, hasta Pedro Juan Caballero (en la cordillera de Amambay, sobre la frontera Norte con el Brasil); al Sur por una línea que cruza a unos 20 kilómetros al norte de Asunción, sobre el río Paraguay, hasta el puerto de Encarnación, sobre el río Paraná. La parte cubierta de bosques más densos se halla en el Delta, y tiene unas 100 millas [160.9 km.] de ancho a lo largo del río Paraná, desde el río Pirayuí al sur (50 millas [80.4 km.] al Norte de Encarnación) hasta las cataratas del Guairá y la Cordillera Maracajú, formando en total una área de unos seis millones de hectáreas. Las islas de monte y las fuentes de quebracho del Chaco se hallan esparcidas fuera de esta región”.

zonas forestales, es lo suficientemente explícita para evitar que la falta de reglamentación pueda constituirse en un obstáculo para la efectiva aplicación del artículo 42.

3. Inmuebles en los que esta norma jurídica surte efectos

Dentro de la zona que acabamos de precisar, el artículo 42 se aplica exclusivamente a los inmuebles de más de veinte hectáreas.

4. Alcance de las obligaciones contenidas en esta norma

El artículo 42 de la Ley 422 contiene dos obligaciones:

- 1.- Como regla general, en los inmuebles alcanzados por esta norma, mantener el 25% de su área de bosques naturales.
- 2.- Reforestar el cinco por ciento de la superficie de los inmuebles alcanzados por esta norma, cuando no tuvieran la cantidad mínima exigida como regla general.

La Ley 422 entró en vigencia el 1 de enero de 1974 (Art. 70); sin embargo, recién fue reglamentada mediante el Decreto 18.831 del 16 de diciembre de 1986. El Art. 180 inciso 3° de la Constitución entonces vigente establecía que “Art. 180.- El Presidente de la República tiene las siguientes atribuciones: (...) 3° Promulga las leyes sancionadas por el Congreso, y dicta las instrucciones y reglamentos para su ejecución”. Por lo tanto, podríamos argumentar que antes de la promulgación del Decreto 18.831, la Ley 422 no podía ejecutarse; si esta fuera la interpretación que adoptáramos, las obligaciones de la Ley 422 recién habrían sido plenamente exigibles a partir de la fecha de la promulgación del Decreto 18.831, esto es, a partir del 17 de diciembre de 1986⁷⁰³.

A todo evento, cabe remarcar que el Decreto 18.831 no introdujo ninguna innovación para la ejecución del artículo 42 de la Ley 422 sino que se limitó a reproducir sus términos: “Art. 11.- Todas las propiedades rurales de más de veinte hectáreas en zonas forestales deberán mantener como mínimo el veinte y cinco (sic) por ciento de su área de bosques naturales. En caso de no tener este porcentaje mínimo, el propietario deberá reforestar una superficie equivalente al cinco por ciento de la superficie del predio”. Este hecho nos hace dudar que pueda sostenerse que la reglamentación de la Ley 422 era un requisito indispensable para la plena vigencia de sus obligaciones, por lo menos la del artículo 42.

Por lo tanto, todos los inmuebles rurales de más de veinte hectáreas en zonas forestales que al 17 de diciembre de 1986 tenían áreas de bosques naturales, debían mantener el 25% de las mismas (“(...) deberán mantener el veinticinco por ciento de su área de bosques naturales”). Esta primera obligación es clara y no da mayor lugar a

⁷⁰³ Aplicación analógica del artículo 1° del Código Civil.

dudas: se debía mantener el 25% de lo que había de bosques naturales en todos los inmuebles rurales de más de veinte hectáreas en zonas forestales⁷⁰⁴.

¿Qué pasa con quienes no mantuvieron el 25% del área de bosques naturales de sus propiedades? Y, ¿qué pasa con los que no tenían bosques naturales en esa fecha a causa de tareas de desmonte previas a la entrada en vigencia de la Ley (o su Decreto reglamentario)?

En la primera frase del artículo 42, el legislador utilizó el verbo “mantener”; en cambio, en la segunda, utilizó el verbo “tener”. Si en la segunda frase se hubiera utilizado el verbo “mantener”, nuestra pregunta hubiera sido fácil de responder:

a) En el primer caso, si los propietarios de inmuebles rurales de más de veinte hectáreas en zonas forestales no hubieran mantenido el 25% del área de bosques naturales de dichos inmuebles, deberían haber reforestado el 5% del total de la superficie de los mismos.

En ciertos casos, la obligación alternativa podría haber significado reforestar una superficie mucho mayor a la que deberían haber mantenido. Ejemplo: si en una propiedad de 1.000 hectáreas, había sólo 20 has. de bosque natural, pero el propietario deforestó 17 has., ahora debería reforestar 50 has..

Sin embargo, si modificamos el ejemplo, la situación podría ser bien distinta: si en una propiedad de 1.000 hectáreas, había 500 hectáreas de bosque natural, pero el propietario deforestó 450, ahora debería reforestar sólo 50has..

Con esto queremos significar que la obligación de reforestar el 5% hubiera sido antifuncional y reñida con los fines de la Ley 422 que declara “de interés público y obligatoria la protección, conservación, mejoramiento y acrecentamiento de los recursos forestales” y, asimismo, dispone que “el ejercicio de los derechos sobre los bosques, tierras forestales de propiedad pública o privada queda sometido a las restricciones y limitaciones establecidas en esta Ley y sus reglamentos” (Art. 1º)

b) En el segundo caso, dado que quien no tenía bosques naturales no debería haberlos mantenido, nada debería haber hecho.

⁷⁰⁴ Esta obligación no puede interpretarse como que todas las propiedades rurales en zonas forestales de más de 20 hectáreas debían mantener el 25% de su área con bosques naturales. El artículo 42 se refiere al área de bosques naturales, no al área de las propiedades rurales.

Este resultado también es antifuncional y reñido con los fines de la Ley 422 que, como acabamos de mencionar declara “de interés público (el) acrecentamiento de los recursos forestales” y tiene entre sus objetivos “la protección, aumento, renovación y aprovechamiento sostenible y racional de los recursos forestales del país” (Art. 2º, inciso “a”).

Sin embargo, como ya mencionamos, el legislador utilizó en la segunda frase del artículo 42 el verbo “tener”. Por lo tanto, creemos que la interpretación correcta de las obligaciones que emanan del artículo 42 de la Ley 422 es la siguiente:

a) Quien al momento de la entrada en vigencia de las obligaciones establecidas en el artículo 42 de la Ley 422 tenía “algo” de bosque natural, debía mantener el 25% de ese “algo”, como ya mencionamos. Si no lo hubiera mantenido, entendemos que, sin perjuicio de las sanciones administrativas que le hubieran correspondido (ver Arts. 53 a 63 de la Ley 422), sería responsable de reforestar la superficie que hubiera deforestado de más hasta alcanzar el porcentaje que debería haber mantenido⁷⁰⁵ (sobre esto volveremos más adelante).

Esta interpretación es congruente con la declaración de interés público y los objetivos de la Ley 422, así como con su Decreto reglamentario cuyo artículo 1 reza: “Establécense normas de protección de los recursos naturales y de los suelos, de los bosques protectores y de las zonas de reservas naturales a cuyo fin queda absolutamente prohibido toda acción que pueda dañar o conducir a un cambio perjudicial o depredación del medio ambiente rural o de sus elementos integrantes”⁷⁰⁶.

b) Quien al momento de la entrada en vigencia de las obligaciones establecidas en el artículo 42 de la Ley 422 no hubiera tenido nada de bosque natural que “mantener”, esto es, quien no hubiera tenido el porcentaje mínimo al que se refiere la primera frase del artículo 42, debería reforestar el 5% de la superficie de su predio.

¿Por qué hemos asimilado el hecho de no tener nada de bosque natural al hecho de no tener el porcentaje mínimo al que se refiere la primera frase del Art. 42?

Porque la obligación contenida en la segunda frase del artículo 42 es alternativa a la obligación contenida en la primera frase y ésta, como ya mencionamos, obliga a

⁷⁰⁵ Creemos que una de las fuentes de la Ley 422/73 es el Código Florestal Brasileiro de 1965 (Ley 4771) que en su Art. 16 establece los porcentajes de bosques naturales que deberán mantenerse según la zona del país de que se trate y, en su Art. 44, establece que los que no hubieran cumplido con esta obligación de mantener deberán recomponer la reserva legal, regenerarla o compensarla con otra reserva de superficie equivalente en el mismo ecosistema.

⁷⁰⁶ Si bien de conformidad con el principio de legalidad, de rango constitucional (Art. 49 de la Constitución de 1967 y 9 de la Constitución de 1994), no podría establecerse obligaciones por vía reglamentaria, entendemos que estas obligaciones no son más que la manifestación de las conductas necesarias para la ejecución de las obligaciones legales y, por lo tanto, constitucionalmente válidas, aplicables y exigibles por la Autoridad.

mantener el 25% de lo que había de bosques naturales en todos los inmuebles rurales de más de veinte hectáreas en zonas forestales, así fuera ínfimo; entonces, la única forma “de no tener este porcentaje mínimo” es no teniendo bosque natural.

5. Recaudos que deberían tomar los propietarios o adquirentes de un inmueble rural de más de 20 has. en zona forestal

El artículo 1909 del Código Civil establece que “poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera”. Por su parte, el artículo 1914 del mismo código establece que “la posesión se transmite con los mismos caracteres a los sucesores universales del poseedor”, el artículo 1921 establece que “salvo prueba en contrario, se presume que la posesión conserva el mismo carácter con que fue adquirida. Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa y las cualidades o los vicios de su posesión” y, el artículo 1924 establece que “puede adquirirse la posesión por actos entre vivos y por causa de muerte”. Esto es, el adquirente tiene los mismos derechos y obligaciones en relación con la cosa poseída que los que tenían sus antecesores.

El artículo 1937 del Código Civil establece que “son obligaciones inherentes a la posesión las concernientes a las cosas y que no gravan a una o más personas determinadas, sino al poseedor de una cosa dada” y el artículo 1939 establece que “son obligaciones propias (a la posesión de cosas inmuebles) las restricciones y límites del dominio establecidas en este Código”. Además, el artículo 1957 del Código Civil establece que “el dominio de la cosa corpórea se presume exclusivo e ilimitado (...) sin perjuicio de las restricciones establecidas por la ley, sea en razón de vecindad, impuestos, prohibiciones municipales, expropiación por causa de utilidad pública o interés social, u otras limitaciones legales”.

Teniendo en cuenta las obligaciones que surgen del artículo 42 de la Ley 422 y del juego armónico de las prescripciones de los artículos 1909, 1914, 1921, 1924, 1937, 1939 y 1957 C. C., podemos concluir cuanto sigue:

- Las obligaciones del artículo 42 de la Ley 422 son típicas obligaciones inherentes a la posesión, ya que gravan al poseedor de una cosa dada.
- Sin perjuicio de lo anterior, las obligaciones del artículo 42 de la Ley 422 son obligaciones propias a la posesión de cosas inmuebles, ya que son restricciones establecidas en la ley en razón del interés social (ver Art. 1º de la Ley 422)
- Por lo tanto, quienes adquieren inmuebles rurales de más de 20 hectáreas en zonas forestales tienen las mismas obligaciones que tenían sus antecesores en el dominio en cuanto a la observancia de las obligaciones que surgen del artículo 42 de la Ley 422.

Ahora bien, resulta meridianamente claro que quien no haya cumplido con las obligaciones del artículo 42 de la Ley 422 ha cometido un acto ilícito (Art. 1834 del Código Civil) y, por tal motivo, ha quedado obligado a resarcir el daño (Art. 1833 del Código Civil) que hubiera causado. Por expresa habilitación constitucional – artículo 38– cualquier persona, en forma individual o colectiva, podría reclamar medidas para la defensa del ambiente y la integridad del hábitat⁷⁰⁷.

El Código Civil establece que “existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión” (Art. 1835).

La Constitución de la República establece en su artículo 7 que “toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado” y el artículo 8 establece que “todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar”. Si bien este derecho al ambiente está presente en la Constitución desde el año 1994, no cabe duda de que era uno de los derechos implícitos alcanzados por la Constitución de 1967 (Art. 80), ya que es un derecho íntimamente ligado al derecho a la vida y a la salud⁷⁰⁸.

Más allá de toda disquisición teórica sobre si el derecho al ambiente era o no uno de los derechos implícitos en la Constitución de 1967, lo cierto es que a partir de la promulgación del Decreto 18.831/86 quedó, por un lado, “absolutamente prohibido toda acción que pueda dañar o conducir a un cambio perjudicial o depredación del medio ambiente rural o de sus elementos integrantes” (Art. 1); y, por el otro lado, se estableció que “el Estado protegerá y será deber de todo habitante de la República, cooperar activamente en proteger las cuencas hidrográficas, fuera en relación a los cursos de aguas, sus cauces y riberas, a los lagos, sus lechos y playas, a la flora, fauna y bosques existentes⁷⁰⁹”.

El artículo 1834 del Código Civil establece que “los actos voluntarios sólo tendrán carácter de ilícitos: a) cuando fueren prohibidos por las leyes, ordenanzas municipales, u otras disposiciones dictadas por la autoridad competente. Quedan comprendidas en este inciso las omisiones que causaren perjuicio a terceros, cuando una

⁷⁰⁷ En los últimos años, la legitimación activa en defensa de intereses difusos a organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro cuyo objeto es la protección del ambiente ha sido reconocida en Acuerdo y Sentencia N° 78 del 18-08-03, en el caso IDEA c./ BNF y otro s. / Amparo, citado en la página 62 de la obra del Dr. Sosa Elizeche, *El Amparo Judicial, La Ley*, Asunción, 2004 (En la misma obra podrá encontrarse la cita de otros precedentes jurisprudenciales nacionales decididos en igual sentido).

⁷⁰⁸ “El derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado es un atributo fundamental de las personas (...) De la preservación de este medio (el medio ambiente) depende la vida humana. Aquí radica su importancia” (CSJ, Acuerdo y Sentencia número 98 del 5 de abril de 1999, caso “Viudes”).

⁷⁰⁹ La referencia en Decreto reglamentario a los “bosques existentes” refuerza nuestra interpretación de que la intención del legislador de la Ley 422 fue, prioritariamente, establecer medidas de preservación del bosque que todavía existía.

ley o reglamento⁷¹⁰ obligare a cumplir el hecho omitido; b) si hubieran causado un daño, o produjeran un hecho exterior susceptible de ocasionarlo; y c) siempre que a sus agentes les sea imputable culpa o dolo, aunque se tratase de una simple omisión”.

Entendemos que un juez, ante el reclamo de reparación o cese del daño ambiental formulado por cualquier persona (Art. 38. Constitución), necesariamente debería concluir que el hecho de no haber cumplido con las obligaciones mínimas establecidas en la Ley 422 y su Decreto reglamentario 18.831 podría considerarse como un acto ilícito que menoscaba el derecho a habitar en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Art. 7 de la Constitución) y, en consecuencia, generador de la obligación de resarcir, dado que, además del incumplimiento objetivo de esas normas, el acto ilícito habría producido un daño al ambiente (Art. 8 de la Constitución), o bien, hechos exteriores susceptibles de ocasionarlo.

Para probar el daño al ambiente se requeriría de pericias científicas que, según entendemos, no serían difíciles de producir ya que es abundante en la actualidad la literatura especializada que relaciona la pérdida de masa boscosa con daños al ambiente de toda índole. En lo que respecta al factor de atribución, entendemos que el mismo sería objetivo⁷¹¹, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1846 del Código Civil; pero, de todos modos, si no fuera entendido de esta manera, ¿podría verosímilmente el responsable alegar que de su parte no hubo culpa o dolo? También entendemos que, llegado el caso, probar la culpa de los responsables no sería una tarea difícil.

Por lo tanto, el punto más importante para poder atribuir responsabilidad por daño ambiental a quien hubiera deforestado sería probar la relación de causalidad entre este hecho y las consecuencias dañosas para el ambiente y, aquí, sí hay un obstáculo fáctico importante, ¿cómo probaría quien reclamara el cese o la recomposición o indemnización de un daño al ambiente cuál era la cantidad de bosque natural existente al momento del nacimiento de la obligación de mantener el 25% del área de bosque natural en función de la cual determinar el incumplimiento alegado?

Entendemos que si bien no sería fácil de probar, tampoco sería imposible. Existen imágenes satelitales del año 1986 (si es que tomamos ese año como línea de base). Además, entendemos que existen archivadas en el Servicio Forestal Nacional copias de los planes de manejo forestal aprobados y, ninguno de ellos podría haberse aprobado sin que previamente se hubiera contado con la información de cuánto bosque natural existía.

⁷¹⁰ Repárese en que la ley acepta como válidas las obligaciones establecidas en los reglamentos. Nosotros entendemos que esas obligaciones son válidas siempre y cuando estén relacionadas y reglamenten obligaciones legales (conforme con el Principio de Legalidad que reza: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe). En este caso particular, entendemos que las obligaciones del Decreto 18.831 son constitucionalmente válidas, tal como lo expresamos en la nota 5.

⁷¹¹ “La mayoría de los casos de daño ambiental son atrapados por la doctrina del riesgo creado”, GOLDENBERG, Isidoro H, y CAFFERATTA, Néstor, A., Daño Ambiental. Problemática de su determinación causal, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2001.

Lo mismo ocurriría con los planes de cambio de uso de la tierra que se hubieran aprobado: ninguno podría haber permitido el desmonte de más del 75% de la superficie de bosque natural de cada propiedad. En suma, si bien sería una prueba un poco complicada de producir, no creemos que fuera imposible hacerlo.

Sin embargo, este no es el único obstáculo que existiría para hacer responsable al poseedor de un inmueble rural de más de 20 hectáreas en zona forestal para que cumpla con las obligaciones del artículo 42 de la Ley 422. Todavía podría plantearse la excepción de prescripción.

Entendemos que esta excepción no debería prosperar porque si se probara que el incumplimiento de las obligaciones del artículo 42 efectivamente causó un daño al ambiente o hechos exteriores susceptibles de ocasionarlo y, la demanda no se enfocara como una demanda de resarcimiento sino, por el contrario, como una demanda de cese del daño ambiental de ejecución continuada causado o susceptible de ser ocasionado por la deforestación ilegal, entendemos que tal acción sería imprescriptible hasta tanto no se revirtieran las consecuencias dañosas⁷¹².

También hay otro aspecto importante a tener en cuenta. Nuestros tribunales ya han catalogado al derecho a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado como un derecho humano. En efecto, en el Acuerdo y Sentencia N° 78 del 18 de agosto de 2003, el Tribunal de Apelaciones del Menor y la Adolescencia de Asunción (cuando aún estaba integrado por la Dra. Alicia Pucheta de Correa) sentenció que “(en este caso) se halla en juego la protección de los intereses difusos, como indudablemente lo constituye la preservación del ambiente natural que constitucionalmente corresponde a todos los habitantes del país (Art. 7 de la C.N.) y, que dicho sea de paso, es un derecho humano”.

Nuestra Constitución no se limita a reconocer ciertos derechos humanos sino que va mucho más allá al hacerlos plenamente operativos, según lo establece su artículo 45 in fine: “La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía”.

Además, si alguna duda cupiere sobre si los derechos humanos constitucionales son o no plenamente operativos en el Paraguay, basta que nos remitamos al sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en su Opinión Consultiva número 1 del 24 de septiembre de 1982 (conocida bajo el nombre de “Otros

⁷¹² “No puede oponerse la excepción de prescripción... pues tratándose de la demanda tendiente al cese de un daño ambiental... la afectación se verifica constantemente y reviste carácter actual” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, 3-octubre-2003, Barragán c./ A.U.S.A., La Ley 2004 – C, 1019).

Tratados”) que “se puede percibir bajo la Convención (Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificado mediante ley 1/89) cierta tendencia a integrar los sistemas regionales y universales destinados a la protección de los derechos humanos. Es de suma importancia en este sentido el artículo 29 inciso b) que reza: “ninguna disposición presente en la Convención puede ser interpretada en el sentido de:... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad establecida o que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. De esta manera, al no estar limitado el goce y ejercicio de otros derechos humanos reconocidos en otras convenciones (lo que nos permite concluir que, por lo tanto, esos otros derechos están por lo menos equiparados a los reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica) se conforma un bloque de derechos humanos que no distingue entre las diversas fuentes normativas que los contienen”.

Por lo tanto, al ser el derecho a vivir en un medio ambiente sano un derecho equiparado a los derechos humanos establecidos en el Pacto de San José de Costa Rica, su efectividad se encuentra amparada por la garantía jurisdiccional prevista en el artículo 25 del Pacto, que establece: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones”.

Entonces, establecido que en nuestro medio el derecho al ambiente es un derecho humano, se aplicaría el precedente Bulacio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷¹³ en el que, en lo pertinente, se decidió: “116. En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno (supra 106.a y 107.a), este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos⁷¹⁴. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial⁷¹⁵, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana. 117. De acuerdo

⁷¹³ Sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede consultarse, entre otros, MANILI, Pablo L., La supremacía constitucional en relación al derecho internacional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional – Director: Daniel Alberto Sabsay, Editorial LA LEY 2005, 79. También, SANTAGADA, Ezequiel F., El derecho de acceso a la información pública a la luz de un precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, LA LEY Revista Jurídica Paraguaya, Año 30, número 5, Junio 2007.

⁷¹⁴ Cfr., Caso Trujillo Oroza, Reparaciones, párr. 106; Caso Barrios Altos, párr. 41; y Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo. (Art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C No. 83, párr. 15.

⁷¹⁵ Cfr., Caso Barrios Altos, párr. 43.

con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes⁷¹⁶(*infra* 142). 118. De conformidad con los principios generales del derecho y tal como se desprende del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su plena aplicación”.

Somos conscientes que esta interpretación acerca de la prescripción de la acción de recomposición del daño ambiental causado por la deforestación más allá de los límites permitidos por el artículo 42 de la Ley 422/73 (daño ambiental de ejecución continuada y/o imprescriptibilidad de la acción por tratarse de la afectación de un derecho humano) encontrará resistencias entre los abogados que no estén familiarizados con la problemática del derecho ambiental y los derechos humanos.

Sin embargo, esa es la lógica que el legislador ha empleado en el artículo 12, segundo párrafo, de la Ley 3001/06 “De valoración y retribución de los servicios ambientales” que establece que “quienes no hayan cumplido con el requisito de reserva legal de bosques naturales establecido en la Ley N° 422/73 “FORESTAL” deberán adquirir Certificados de Servicios Ambientales hasta compensar el déficit de dicha reserva legal”. Si el legislador hubiera entendido que la obligación de mantener el 25% no era exigible, está claro que no hubiera incorporado la norma citada.

Para nosotros, los recaudos que deberían tomar los adquirentes y los propietarios de inmuebles rurales de más de veinte hectáreas en zona forestal serían los siguientes:

- a) Si fuera posible, adquirir inmuebles que tengan una cobertura boscosa natural y continua superior al 25% del total del predio.
- b) Antes de realizar la operación, y como parte de las tratativas con el vendedor, debería exigírsele copia de los planes de manejo forestal y/o planes de cambio de uso del suelo que se hubieran aprobado con relación al inmueble. Ello para saber cuál era la cobertura boscosa al momento en que la obligación del artículo 42 de la Ley 422 se hizo exigible. Entendemos que sería

⁷¹⁶ Cfr., Caso “Cinco Pensionistas”; Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, párr. 112; y Caso Trujillo Oroza, Reparaciones, párr. 96.

suficiente con remontarnos a fines del año 1986, aunque si el vendedor tuviera copia de planes anteriores, sería recomendable contar con ellos.

- c) Al tomar posesión del inmueble, levantar un acta notarial en la que se describa con precisión el estado de su cobertura boscosa. De ser posible, el acta debería contener tomas fotográficas e imágenes satelitales.
- d) Si se pudiera comprobar fehacientemente que a 1986 el inmueble no contaba con cobertura de bosque natural, debería procederse a reforestar el 5% del total del predio, o bien, adquirir certificados de servicios ambientales hasta completar ese 5%.
- e) Si de la documentación entregada por el vendedor, surgiera que se ha deforestado más del 75% de la cobertura boscosa natural existente a fines de 1986, debería procederse a reforestar la superficie necesaria hasta alcanzar el 25% que debía mantenerse o adquirir certificados de servicios ambientales hasta completar ese 25%. Entendemos que la autoridad no podría poner reparos en que se reforestara lo que debía mantenerse, por más que ello significara reforestar una superficie inferior al 5% de la superficie total del predio, porque esta reforestación sería tanto como volver las cosas al estado anterior a la producción del acto ilícito (deforestar más del 75% de lo que había de bosque natural al momento en que la obligación del artículo 42 de la Ley 422 empezó a surtir efectos jurídicos).
- f) Si en el inmueble hubiera algo de cobertura boscosa natural pero fuera imposible que el vendedor proporcionara datos sobre planes de manejo forestal y/o de cambio de uso del suelo, no hubiera registro de ellos en el Servicio Forestal Nacional y, además, no fuera posible conseguir imágenes satelitales lo más cercanas posibles a diciembre de 1986, entendemos que debería dejarse constancia de esta situación en un acta notarial, haciendo mención de los esfuerzos que se hubieran realizado para conseguir tales informaciones. Asimismo, debería contratarse los servicios de un profesional que certificara que en el inmueble no quedan vestigios de deforestaciones recientes. Debe tenerse en cuenta, además, que la Ley 2524/04 “De prohibición en la región oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques” (cuya vigencia fue ampliada por la Ley 3139/06) prohíbe la transformación de superficies de bosques nativos.
- g) Si la situación fuera idéntica al supuesto anterior, pero pudiera contarse con imágenes satelitales más recientes de cuya confrontación con imágenes actuales surgiera que se ha deforestado más del 75% de lo que existía de cobertura boscosa original al momento en que se obtuvo la imagen más antigua, debería procederse igual que en el supuesto descrito en e).

En forma complementaria a estos recaudos deberá tenerse en cuenta el resto de las obligaciones jurídicas con relación a inmuebles rurales:

- Dejar una franja de bosque protector de por lo menos 100 (cien) metros a ambas márgenes de ríos, arroyos, nacientes y lagos (Art. 4° Decreto 18.831) y, si fueron removidas, reforestarlas, ya que se aplica el mismo razonamiento que hemos desarrollado con relación al artículo 42 de la Ley 422/73.
- Realizar prácticas de conservación de suelos a fin de evitar la erosión en terrenos con pendientes menores al 15% y mayores al 5% y dedicados a cultivos agrícolas (Art. 5° Decreto 18.831).
- Contar con franjas de bosque de 100 (cien) metros de ancho como mínimo cada 100 (cien) hectáreas de cultivos (Art. 6 Decreto 18.831) y reforestar en caso de no contar con esas franjas (Art. 7° Decreto 18.831).
- No utilizar para fines agrícolas o ganaderos, ni practicar rozas, tales y otros trabajos que puedan implicar la degradación de los suelos de las áreas adyacentes a las márgenes de carreteras y otras vías públicas de comunicación, con pendientes u otras características que puedan afectar su integridad (Art. 8° Decreto 18.831).
- Además, toda empresa agrícola debe:
 - i. Establecer y aplicar dispositivos y prácticas preventivas y de lucha contra la erosión, la contaminación y todo tipo de degradación causadas por el hombre.
 - ii. Evitar el sobrepastoreo que reduzca perjudicialmente o elimine la cobertura vegetal de los suelos.
 - iii. Aplicar prácticas para el mantenimiento de la fertilidad de los suelos.
 - iv. Aplicar prácticas y tecnologías culturales que no degraden los suelos y que eviten todo desmejoramiento de su capacidad de uso.
 - v. Aplicar prácticas para la recuperación de las tierras que estuviesen en cualquier forma o intensidad degradadas.
 - vi. Proteger toda naciente, fuente y cauce natural por donde permanente o intermitentemente, discurren aguas y los cauces artificiales.

Para finalizar, debemos recordar que ninguna obra o actividad susceptible de producir impactos ambientales puede iniciarse sin antes contar con la Declaración de Impacto Ambiental prevista en la Ley 294/93 “DE EVALUACIÓN DE IMPACTO

AMBIENTAL” y dicha EvIA debería tener en cuenta las obligaciones relacionadas a lo largo de este apartado.

SERVICIOS AMBIENTALES

Por Patricia Abed

1. Conceptos Económicos Relacionados Al Pago Por Servicios Ambientales (PSA)

La externalidad⁷¹⁷ es un efecto colateral de una actividad, y puede ser negativa o positiva. Si es negativa (contaminación por una actividad industrial), representa un coste para la colectividad. Si es positiva, es un beneficio para la colectividad.

Los modelos económicos han usado el concepto de externalidad principalmente para tratar temas de contaminación y efectos negativos, dando lugar a modelos que estiman la cuantía del daño para valorar posibles compensaciones, mediante impuestos u otras medidas. El pago por servicios ambientales es lo resultante de aplicar el concepto de externalidad positiva e internalizar el beneficio para la colectividad en la valoración económica de ese beneficio. En la práctica, si un bosque genera beneficios a la colectividad, se puede cuantificar en términos económicos el valor de esa contribución y pedir una remuneración por ese servicio.

Los modelos de cuantificación se basan en modelos económicos neoclásicos que cuantifican y estiman el valor de los costes o beneficios de tales externalidades. El éxito de ésta cuantificación presupone que se cumplan ciertas condiciones que en realidad no siempre se dan (ausencia de costes de transacción, información perfecta, mecanismos de mercado, fuentes de externalidades y receptores plenamente identificados).

2. Pago Por Servicios Ambientales (PSA)

El Pago por Servicios Ambientales es un mecanismo de compensación económica a través del cual los beneficiarios o usuarios del servicio hacen un pago a los proveedores o custodios del mismo. Los servicios ambientales involucrados pueden ser muy concretos tales como un caudal constante de agua dulce o el aprovisionamiento previsible de leña. En otros casos los servicios ambientales pueden ser algo más abstractos o referirse a un ámbito global: captura del carbono o belleza escénica, por ejemplo.

El pago recibido debe servir al proveedor para adoptar prácticas de manejo dirigidas a elevar o al menos mantener la calidad del servicio ambiental. En algunos casos, el pago sirve para compensar el costo de oportunidad de una actividad productiva o extractiva que pondría en riesgo el servicio ambiental.

El mecanismo de compensación puede variar desde un pago periódico directo a los proveedores individuales hasta el establecimiento de un fondo fiduciario manejado

⁷¹⁷ Pigou, 1920

por un directorio con participación de los proveedores, usuarios, sector privado, sociedad civil y el Estado. También es importante acotar que la retribución no necesariamente debe expresarse como una operación monetaria, pues también puede traducirse en una mejora de infraestructura (camino, reservorios de agua, etc.), servicios (centros de salud, escuelas, etc.) o extensión rural (talleres, equipamiento, semillas, etc.).

3. La Experiencia De Psa En Latinoamérica – Lecciones Aprendidas Y Proyección

En América Latina la mayoría de las aún contadas iniciativas de pagos por servicios ambientales se han concentrado en esquemas relacionados a calidad y aprovisionamiento de agua dulce en cuencas hidrográficas. Estas experiencias varían mucho entre sí, tanto en escala geográfica como en la naturaleza de las entidades involucradas y el marco legal o regulatorio que las acoge.

La principal lección aprendida de estos procesos es que la diversidad cultural, legal, geográfica, climática, ecológica y sociopolítica de cada país y región del continente no permite elaborar una receta mágica para implementar sistemas de pagos por servicios ambientales. Sin embargo, es posible enumerar algunas condiciones básicas:

- Identificación clara del servicio ambiental y del rol del proveedor.
- Involucramiento temprano de los potenciales proveedores del servicio.
- Reconocimiento de derechos de propiedad de facto del proveedor sobre el servicio o los factores que afectan su origen o calidad.
- Planificación a largo plazo y en etapas diseñadas bajo diversos escenarios.
- Disponibilidad de información técnica de base y mecanismos para su disseminación.
- Objetivos de conservación y sociales claramente definidos.
- Capacidad institucional mínima necesaria para el manejo de la información, la administración financiera y asegurar la participación de todos los actores sociales involucrados.
- Disposición de los usuarios para compensar económicamente a los proveedores.
- Mecanismos financieros y administrativos que aseguren la transparencia de los pagos y su transferencia final.
- Medios físicos que mantengan un flujo actualizado de información entre los usuarios y los proveedores.
- Sistema de monitoreo del desempeño del mecanismo y de la retribución efectiva del pago mediante la cantidad o calidad del servicio.

Un elemento a tomar en cuenta al momento de proponer un esquema de pago por servicios ambientales es la verosimilitud de la relación causa-efecto que sustenta el servicio ambiental. En ausencia de verificación empírica es común que se parta de clichés tales como "la reforestación aumentará la disponibilidad de agua" o "la reforestación disminuirá el riesgo de inundaciones" entre otras. Es preciso que se evalúen

científicamente estas aseveraciones antes de hacerlas públicas, ya que la credibilidad del esquema para los actores locales es su bien máspreciado. Asimismo, antes de proponer un sistema de este tipo es necesario compararlo con otras alternativas de conservación y gestión que pudieran ser más eficientes y costo-efectivas.

En resumen, los esquemas de pagos por servicios ambientales han pasado de ser una promesa y un concepto teórico a una realidad concreta en diversos lugares del continente. En este proceso, hemos aprendido que no hay recetas y que es preciso desarrollar cada esquema a la medida de las particularidades de cada situación.

El futuro de los esquemas de pagos por servicios ambientales va a depender en gran medida de que las lecciones aprendidas se continúen compartiendo entre las diversas iniciativas y que los procesos emergentes las incorporen en su diseño.

4. Normativa Aplicable En Paraguay

- Ley N° 3.001/06, "De valoración y retribución de los servicios ambientales"
El Artículo 2° establece en sus párrafos 1 y 4 que "se entiende por "servicios ambientales" a los generados por las actividades humanas de manejo, conservación y recuperación de las funciones del ecosistema que benefician en forma directa o indirecta a las poblaciones (...) Los beneficios de los servicios ambientales pueden ser económicos, ecológicos o socioculturales e inciden directamente en la protección y el mejoramiento del medio ambiente, propiciando una mejor calidad de vida de los habitantes. Incluye al stock de capital natural que combinado con los servicios del capital de manufactura y humano, producen beneficios en los seres humanos"

El Artículo 2° en su párrafo 5, Incisos c), d) y e), establece que son servicios ambientales: "(...) c) servicios ambientales relacionados con la protección y uso sostenible de la biodiversidad; protección de especies, ecosistemas y formas de vida; acceso a elementos de biodiversidad para fines científicos y comerciales; d) servicios ambientales de belleza escénica derivados de la presencia de los bosques y paisajes naturales y de la existencia de elementos de biodiversidad y áreas silvestres protegidas, sean estatales o privadas, debidamente declaradas como tales; y, e) servicios ambientales de protección y recuperación de suelos, y de mitigación de daños provocados por fenómenos naturales".

Artículo 5°: "Los propietarios o poseedores de elementos de la naturaleza que contribuyan a la generación de servicios ambientales, tendrán derecho a la correspondiente retribución por los servicios prestados".

Artículo 6°: "El Poder Ejecutivo establecerá el valor de los servicios ambientales, el que será actualizado cada cinco años, sin perjuicio del establecimiento de un índice de ajuste de precios para mantener dicho valor entre cada nueva valorización. Su

precio inicial será establecido en relación con el valor o beneficio económico, ambiental o sociocultural que satisfaga".

Artículo 7º: "A los fines de lo dispuesto en el artículo anterior, se emitirá un Certificado de Servicios Ambientales, a ser obtenido por personas físicas o jurídicas que, en virtud del proyecto que vayan a ejecutar o la actividad que realicen, estén a invertir en servicios ambientales; así como por cualquier otra persona física o jurídica, nacional o extranjera que tenga interés en prestar dichos servicios o a pagar para que un tercero lo preste, en las condiciones previstas en esta ley".

Artículo 12, Párrafo 2: "Quienes no hayan cumplido con el requisito de reserva legal de bosques naturales establecido en la Ley N° 422/73, "FORESTAL", deberán adquirir Certificados de Servicios Ambientales hasta compensar el déficit de dicha reserva legal.

- Decreto N° 10.247/07 "por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 12º, y 13º, de la ley 3.001/06 de Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales a los efectos previstos en el Artículo 2º de la ley 3139/06, que proroga la Vigencia de los Artículos 2º y 3º y amplía la ley 2.524/14 de prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques.": Art. 2º.- "Los propietarios de inmuebles rurales de la Región Oriental de más de veinte hectáreas, que hayan mantenido más del veinte y cinco por ciento (25%) del área de bosques naturales (esto es, por encima de dicho porcentaje), que se hayan inscripto en el Registro Especial de Bosques Naturales creado por medio de la Resolución MAG N° 84 del 22 de febrero de 2007 y que cumplan con los demás requisitos establecidos en la legislación vigente y en este Decreto, podrán certificar los servicios ambientales que produzcan sus bosques y luego negociar los Certificados de Servicios Ambientales que en consecuencia se emitan, según las condiciones que al efecto establezca la Comisión Nacional de Valores"
- Ley N° 422/73, "Forestal": el Artículo 42º de la Ley N° 422/73, reglamentado por el Decreto N° 18.831 del 16 de diciembre de 1986, establece: "Todas las propiedades rurales de más de veinte hectáreas en zonas forestales deberán mantener el veinticinco por ciento de su área de bosques naturales. En caso de no tener este porcentaje mínimo, el propietario deberá reforestar una superficie equivalente al cinco por ciento de la superficie del predio".
- Decreto 18.831/86 "Por el cual se establecen normas de protección del medio ambiente": "No se computará dentro de la reserva legal de bosques naturales a las franjas de bosques protectores de las márgenes de ríos, arroyos, nacientes y lagos, previstas en el Artículo 4 del Decreto 18.831/86".⁷¹⁸

⁷¹⁸ Decreto 10.247/07, Art. 5

- Ley N° 1.284/98, "De mercado de valores": En tanto título valor, la negociación de Certificados de Servicios Ambientales requerirá la autorización de la Comisión Nacional de Valores, en cumplimiento de la Ley N° 1.284/98 "De Mercado de Valores".
- Ley N° 2.524/04, "De prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosque": el Artículo 1° de esta ley, dispone: "Es objeto de esta Ley propiciar la protección, recuperación, y el mejoramiento del bosque nativo en la Región Oriental para que en un marco de desarrollo sostenible, el bosque cumpla con sus funciones ambientales, sociales y económicas, contribuyendo al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del país".

El Artículo 5° de la misma ley define como bosque al "Ecosistema nativo o autóctono, intervenido o no, regenerado por sucesión natural u otra técnica forestales, que ocupa una superficie mínima de dos hectáreas, caracterizadas por la presencia de árboles maduros de diferentes edades, especies o porte variado, con uno o más doseles que cubran más del 50% (cincuenta por ciento) de esa superficie y donde existan más de sesenta árboles por hectáreas de quince o más centímetros de diámetro medido a la altura del pecho (DAP)".

- Ley N° 3.139/06, "Que prorroga la vigencia de los Artículos 2° y 3° y amplía la Ley N° 2.524/04, "De prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosque": El Artículo 2° de esta Ley establece: "Dentro de los noventa días siguientes a la fecha de la promulgación de la presente ley, la autoridad de aplicación de la ley forestal individualizará e inscribirá en un registro especial las fincas con más del 25% de su área Original de bosques naturales, de acuerdo a lo establecido en la legislación vigente. Sus propietarios serán beneficiados con medidas compensatorias e incentivos según la legislación vigente".

El mismo artículo en su párrafo 2°, condiciona la vigencia de las restricciones y prohibiciones que ella misma contempla a "la reglamentación de las medidas compensatorias e incentivos mencionados en la presente Ley". Esta condición ha sido satisfecha con la promulgación del Decreto 10.247 del 20 de marzo de 2007.

- Resolución N° 84 "Por la cual se crea el registro especial de propiedades con bosques naturales de la región oriental en el ámbito del servicio forestal nacional (SFN) y se llama a inscripción" del 22 de febrero de 2007.

5. Institucionalidad

- Secretaría del Ambiente:

“La Secretaría del Ambiente (SEAM) determinará por resolución las condiciones bajo las cuales aquellas personas, físicas o jurídicas, en cuyas propiedades no se cumpla con el requisito de reserva legal de bosques naturales establecido en la Ley N° 422/73, "Forestal", deberán adquirir Certificados de Servicios Ambientales. Dicha resolución se elaborará teniendo en consideración la fragilidad de los ecosistemas naturales y la localización geográfica y ambiental del área sin reserva legal, y el impacto ambiental verificado y a ser compensado”.⁷¹⁹

“A los efectos de este Decreto, se adoptará la definición de "bosque" contenida en el Artículo 5º, Inciso b) de la Ley N° 2.524/04, pudiendo la Secretaría del Ambiente precisar sus alcances en función de la tecnología de imágenes satelitales que se vaya a emplear”.⁷²⁰

“La Secretaría del Ambiente establecerá mediante Resolución las demás condiciones y requisitos para poder certificar los servicios ambientales que produzcan los bosques de la Región Oriental y las condiciones y los requisitos para que los adquirentes de certificados de servicios ambientales de bosques puedan utilizarlos para compensar el déficit de reserva legal de bosques naturales, de acuerdo con la Ley N° 422/73. Asimismo, establecerá el valor nominal de cada Certificado de Servicios Ambientales”.⁷²¹

“Los títulos valores llevarán el aval del Ministerio de Hacienda y la Secretaría del Medio Ambiente, a través de la firma y sello de sus titulares”.⁷²²

“La Secretaría del Ambiente, dentro de los noventa (90) días a contar desde la fecha, estimará el valor nominal total de los servicios ambientales de los bosques naturales de la Región Oriental del país que, eventualmente, puedan llegar a ser certificados a través del mecanismo previsto en el presente Decreto, a fin de que el Ministerio de Hacienda, a través de los mecanismos legales vigentes, pueda prestar el aval previsto en el Artículo 8º, párrafo segundo, de la Ley N° 3001/06 para la emisión de los Certificados de Servicios Ambientales”.⁷²³

- Ministerio de Agricultura y Ganadería (como autoridad de aplicación de la Ley Forestal, a través del Servicio Forestal Nacional)

“El Servicio Forestal Nacional (SFN) proporcionará a la Secretaría del Ambiente los datos que se hayan generado en virtud de la Resolución MAG N° 84 del 22 de febrero de 2007”.⁷²⁴

⁷¹⁹ Ley 3.001/06, Artículo 12, Párrafos 2 y 3

⁷²⁰ Decreto N° 10.247/07, Art. 4º, Párrafo 2

⁷²¹ Decreto N° 10.247/07, Art. 7º

⁷²² Ley 3.001/06, Art. 8º

⁷²³ Decreto N° 10.247/07, Art. 8, Párrafo 2

⁷²⁴ Decreto N° 10.247/07, Art. 3

□ Ministerio de Hacienda:

"El Certificado de Servicios Ambientales es un título valor libremente negociable por quienes no están obligados en virtud de esta ley o por sentencia judicial a invertir en servicios ambientales, y podrán negociarse en el mercado internacional para el pago de compensaciones medioambientales efectuadas por las personas físicas o jurídicas obligadas al efecto por las actividades o explotaciones que realicen y que sean consideradas nocivas para el ambiente. También podrán utilizarse para la compensación de tributos locales o nacionales como el IMAGRO, el Impuesto Inmobiliario y el Impuesto a la Renta Personal. (...) Los títulos valores respectivos serán del tipo cupón cero, no generarán intereses ni serán ejecutables contra el Estado paraguayo, salvo en su modalidad de compensación impositiva de hasta un 50% (cincuenta por ciento) del impuesto adeudado. Los títulos mencionados llevarán el aval del Ministerio de Hacienda y la Secretaría del Medio Ambiente, a través de la firma y sello de sus titulares".⁷²⁵

"El Ministerio de Hacienda establecerá mediante Resolución las condiciones y los requisitos de emisión de los Certificados de Servicios Ambientales sobre los bosques que sean certificados a través de los mecanismos que al efecto establezca la Secretaría del Ambiente. Asimismo, reglamentará las condiciones en las que dichos certificados podrán ser utilizados para el pago de impuestos".⁷²⁶

□ Comisión Nacional de Valores:

"La Comisión Nacional de Valores establecerá mediante Resolución las condiciones y los requisitos a los que deberán ajustarse las transacciones de Certificados de Servicios Ambientales. Asimismo, reglamentará el procedimiento por el cual se informará al Ministerio de Hacienda sobre las transacciones que se realicen con Certificados de Servicios Ambientales".⁷²⁷

6. Conclusiones

El recientemente creado régimen de los servicios ambientales no tiene por finalidad resolver por sí solo todos o gran parte de los problemas relacionados con la conservación in situ de la diversidad biológica en el Paraguay. No puede entenderse como un régimen que releve a las autoridades estatales de cumplir con sus obligaciones fundamentales de crear, sostener y ampliar un sistema de áreas protegidas.

El régimen de servicios ambientales tal, como ha sido concebido, tiene por finalidad coadyuvar a revertir la dramática pérdida de diversidad biológica de nuestro

⁷²⁵ Ley 3.001/06, Art. 8°

⁷²⁶ Decreto N° 10.247/07, Art. 8, Párrafo 1

⁷²⁷ Decreto N° 10.247/07, Art. 9

país, facilitando los mecanismos para que el sector privado pueda tener un rol más activo en este campo y, sobre todo, introduciendo criterios de justicia a favor de aquellas personas que han cumplido con las previsiones de la Ley 422/73 “Forestal” estableciendo una carga económica sobre quienes sistemáticamente han incumplido con esta norma. Adicionalmente, tiene por finalidad valorar los servicios ambientales, con el fin de establecer un indicador de mercado que permita canalizar los recursos del sector privado hacia la conservación de la diversidad biológica.

Fuentes Consultadas:

- Legislación mencionada en el texto.
- Paper “Fundamentos de Economía Ambiental y su relación con los pagos por bienes y servicios que emanan de la biodiversidad”. Nuria Castells – Economista UNCTAD
- Artículo “Pago por Servicios Ambientales” Juan Carlos Riveros, Gerente Ciencias para la Conservación WWF Perú - publicado en la página web de WWF PERU

VIDA SILVESTRE

Por Patricia Abed y Ezequiel F. Santagada

1. Introducción

La Ley 96/92 “De vida silvestre” es la única ley que, en forma amplia, abarca todos los objetivos enumerados en el CDB: conservación, utilización sostenible de la biodiversidad y de los recursos genéticos asociados con ella. Regula, en principio, lo que está relacionado con los recursos de la flora y la fauna en territorio nacional. Estos recursos representan gran parte de la diversidad biológica (entendida en los términos del artículo 2 del CDB) y son, además, los contenedores naturales del material genético de cada una de las especies que la componen y los elementos esenciales de los ecosistemas. La ley no se refiere a los microorganismos, que sí están incluidos en el CDB.

Por “vida silvestre” se entiende a los individuos, sus partes y productos que pertenezcan a las distintas especies de la flora y la fauna silvestre que habiten en el territorio nacional, temporal o permanentemente (artículo 1).

Se define como “fauna silvestre” a todos aquellos animales, vertebrados e invertebrados que, en forma aislada o conjunta, temporal o permanentemente, tienen el territorio nacional como área de distribución biogeográfica (artículo 2). A su vez, se define como “flora silvestre” a todos aquellos vegetales, superiores o inferiores que, temporal o permanentemente, tienen al territorio nacional como área de distribución biogeográfica (artículo 3).

Dado que abarca no sólo la protección, el manejo y la conservación de la vida silvestre, sino también su incorporación a la economía nacional (artículo 4), la ley incluye una herramienta de autolimitación: la facultad otorgada a la Autoridad de Aplicación de publicar listas de especies que se encuentren excluidas de su ámbito de protección. Esta amplitud obliga a que deba calificársela como una ley general con relación a leyes especiales de utilización de la diversidad biológica. Por lo tanto, la pauta para interpretar los límites de su competencia debe ser la máxima *lex generalis non derogat legi specialis* (ni previa ni posterior).

2. Conservación

La ley promueve la conservación *in situ* (artículo 8 del CDB). En este sentido, sólo prevé la limitación del derecho de dominio de los particulares, con miras a la protección de la vida silvestre, ya que la regulación de las Áreas Silvestres Protegidas es materia de la ley respectiva. También prevé la conservación *ex situ* (artículo 9 del CDB), a través de

la regulación de las colecciones científicas y educativas, así como el establecimiento de zoológicos tanto públicos como privados.

3. Utilización Sostenible

En cuanto a la utilización de la vida silvestre, en esta ley se regula todo lo relativo a la caza y sus distintas modalidades; se faculta, además, a la Autoridad de Aplicación a establecer las listas de especies de la fauna susceptibles de apropiación, así como las áreas y épocas en que puede capturárselas y el otorgamiento de las correspondientes guías de transporte (artículos 35 a 45). También se encuentra sujeta a reglamentación la tenencia de animales domésticos.

Es sumamente importante destacar que esta Ley modifica el artículo 2030 inciso “a” del Código Civil y deroga las disposiciones del Código Rural, de la Ley Forestal y de la Ley Orgánica Municipal referidas a la caza (Art. 61). Así, los animales silvestres pasan de ser simples cosas de nadie sujetas a apropiación a convertirse en cosas de nadie a las que se debe proteger y conservar.

La utilización con fines productivos, la comercialización y el transporte de las especies de la flora quedan sujetos a la previa autorización de la Autoridad de Aplicación (artículos 32 y 33).

Asimismo, por medio de esta ley, el Estado paraguayo da cumplimiento, en parte,² a la obligación prevista en el artículo IX inciso 1 de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de la Fauna y Flora Silvestres (CITES) – Ley 583/73 y Ley 1508/99–: designar las autoridades administrativas encargadas de otorgar los certificados de importación y exportación creados por la Convención (véase también artículo 8 inciso h del CDB).

La ley exige, en principio, una Evaluación de Impacto Ambiental a todo proyecto de obra que pueda modificar el ambiente de la vida silvestre, pero deja en manos de la Autoridad de Aplicación determinarlo en cada caso particular (artículo 5 de la ley y artículo 14 del CDB). Esta disposición general ha encontrado una regulación específica en la Ley 294/93 “De evaluación de impacto ambiental”.

La introducción al país de especies exóticas requiere contar en forma ineludible con un estudio científico de Impacto Ambiental (artículo 6).

4. Recursos Genéticos

² Decimos en parte, porque todo lo relacionado con la fauna acuática se halla regulado en la Ley de Pesca.

Si bien esta ley no presenta una referencia específica al acceso a los recursos genéticos, sus términos son lo suficientemente claros como para concluir que la Autoridad de Aplicación cuenta con la facultad para negociar las condiciones y otorgar el acceso a los mismos a través del artículo 8. Según este artículo, la Autoridad de Aplicación tiene la facultad de llevar a cabo las siguientes acciones:

- realizar y fomentar la investigación científica (inciso d);
- celebrar acuerdos de cooperación con organismos nacionales e internacionales (inciso e); y
- otorgar permisos, contratos o cualquier otro tipo de concesiones para el aprovechamiento de los elementos de la Vida Silvestre con fines educativos, científicos, recreativos o económicos y ejercer el control correspondiente (inciso g). Este control debe hacerse siguiendo los criterios para la protección y la conservación establecidos en los primeros capítulos de los Títulos IV y V, entre los cuales figura “la protección de los procesos evolutivos de las especies y sus recursos genéticos” (artículo 24 inciso b).

En cuanto a los conocimientos tradicionales, la ley prevé el dictado de regulaciones específicas para las especies de la flora silvestre utilizadas en la medicina popular o destinadas a otros usos socialmente relevantes (artículo 26; véase también el artículo 10 inciso c) del CDB).

Según los términos del CDB, el Paraguay es un “país de origen de recursos genéticos”. Sin embargo, ocurre que los laboratorios que demandan tales recursos intentan evitar el intercambio con países que como el Paraguay carecen de una adecuada legislación para acceder a los mismos, o tienen una burocracia excesiva. Quienes demandan recursos genéticos estiman que el mercado se ampliará debido, entre otros motivos, a los progresos que en materia de técnicas de ADN recombinante se están produciendo y que permitirán usos hasta hace poco inconcebibles.⁷²⁸

Este estado de la situación requiere que el Paraguay tome conciencia de la oportunidad histórica que se le presenta. El CDB prevé el marco en el que deben promulgarse las legislaciones sobre transferencias de recursos genéticos y la tecnología asociada con ellos. En los próximos años, el conocimiento sobre el manejo de los códigos genéticos será un factor de poder económico.⁷²⁹ Sin embargo, para acceder a tal conocimiento son necesarios recursos humanos lo suficientemente capacitados como para entender esos procesos. Éste es el tipo de transferencia de tecnología por recursos

⁷²⁸ Kerry ten Kate & Sarah A. Laird, “The commercial use of biodiversity—Access to genetic resources and benefit sharing” Earthscan Publications Ltd., London, UK, 1999.

⁷²⁹ Juan Enríquez, director del Proyecto Ciencias de la Vida de la Escuela de Negocios de la Universidad de Harvard; “Bioestrategia”, en Revista Gestión, Vol. 7, noviembre–diciembre de 2002, Argentina.

genéticos que el Paraguay podría aprovechar. Las corporaciones necesitan de proveedores fiables y serios y estarían en condiciones de financiar programas de capacitación. Esta transferencia no sólo sería beneficiosa para las corporaciones que demandan recursos genéticos, sino también para países como el Paraguay, que carecen de científicos formados en las nuevas tecnologías.

Si bien las normas de la Ley de Vida Silvestre que hemos mencionado son las únicas que permitirían negociar y otorgar el acceso a los recursos genéticos, no son ni adecuadas ni suficientes para llevar adelante esta tarea, sobre todo porque no prevén un sistema de regalías. En este sentido, el Paraguay no sólo incumple con el CDB sino también con su propia Constitución. Además, ha firmado el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura aprobado por la FAO en noviembre de 2001, que acaba de ser ratificado mediante la Ley 3194/07 y deberá ser tenido en cuenta a la hora de diseñar la futura legislación de acceso a los recursos genéticos, ya que sus objetivos son la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria.

5. Infracciones y Sanciones

El sistema de sanciones de la ley 96/92 es incoherente y revela un desconocimiento de técnica jurídica básica, además de varios flancos a través de los cuales se podría intentar un ataque de inconstitucionalidad; en efecto, prevé sanciones que podrían ser confundidas con algunos tipos penales y otras que no pueden ser establecidas sin la intervención del Poder Judicial.

Trataremos algunas cuestiones relacionadas con los mecanismos de implementación de la ley de Vida Silvestre 96/92. Comenzaremos por el artículo 4, que establece que todos los habitantes tienen el deber de proteger la vida silvestre. Consecuencia directa de esta obligación: todos los ciudadanos tienen legitimación activa para accionar en sede administrativa y judicial en defensa de la vida silvestre (artículos 46 y 224 CPC). Negar esta legitimación sería negar la posibilidad jurídica de cumplir una obligación, lo cual constituye una contradicción. Este deber no es más que una particularización del derecho constitucional de habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado (artículo 7 de la Constitución): en este sentido, la vida silvestre hace a ese equilibrio ecológico.

Ahora bien, también las personas jurídicas que propendan a la preservación del ambiente (la Constitución habla de “personas” y no distingue entre físicas y jurídicas) en virtud del artículo 38, pueden accionar en su defensa y en defensa de la integridad del hábitat (derecho esencialmente colectivo). Del mismo modo que en el supuesto del artículo 7, la protección de la vida silvestre hace a la integridad de ese hábitat.

En refuerzo de las dos afirmaciones anteriores, cabe hacernos estas preguntas: ¿cómo podría hablarse de hábitat íntegro si su flora o fauna nativa se hallaran en peligro o extinguidas? Una vez más y en el mismo supuesto, ¿cómo podría hablarse de ambiente ecológicamente equilibrado? Esto nos revela que hábitat íntegro y ambiente ecológicamente equilibrado deben entenderse como sinónimos al referirnos a la protección de la vida silvestre y que en consecuencia, por imperio de los artículos 7 y 38 de la Constitución, tanto las personas físicas como las jurídicas se encuentran legitimadas para accionar en su defensa.

Sentado esto, algunas disposiciones de la ley carecen de sentido y podrían prestarse a confusión; por ejemplo, el artículo 8 inciso m), cuando establece que la Autoridad de Aplicación puede “obtener por sí misma otras medidas precautorias especialmente en los casos en que el éxito de la acción dependa de la perentoriedad de su ejecución”. Es en estos casos de premura cuando estas medidas precautorias pueden y deben ser solicitadas por cualquiera. Además, la mención a que es la Autoridad de Aplicación quien puede solicitarlas, podría interpretarse como que sólo la Autoridad de Aplicación está facultada a hacerlo y esto atentaría contra sus propósitos. El mismo comentario merece el artículo 15 al referirse a las facultades de los Inspectores de Vida Silvestre.

El artículo 55 es superfluo: entre los derechos que emanan del deber de proteger la vida silvestre (artículo 4) está implícita la facultad de hacer denuncias por infracciones a esta ley. Los funcionarios públicos siempre están obligados a denunciar los ilícitos sobre los cuales tuvieren noticias en ocasión del ejercicio de sus funciones (art. 57 inc. h de la ley de la función pública 1626/00).

El Título VI merece particular atención. El artículo 54 tipifica conductas que califica como infracciones y según el artículo 8 inciso i), la Autoridad de Aplicación (órgano administrativo) es la encargada de sancionar esas infracciones. Hasta aquí no habría ningún inconveniente ya que debe respetarse el derecho de defensa de los infractores (la ley habla de “sancionados”) y las sanciones administrativas son recurribles por ante la justicia ordinaria (artículo 56 último párrafo).

Sin embargo, este sistema dista de ser perfecto. En efecto, entre las conductas tipificadas en el artículo 54, algunas de ellas podrían ser supuestos de delitos previstos en el Código Penal: las conductas descriptas en los incisos a) y b), serían encuadrables en los artículos 174, 246, 247, 250, 251 y 252 del Código Penal. En estos casos, por aplicación de los principios *lex specialis derogat legi generalis* y *non bis in idem*, no podría haber condena en sede penal. Respecto de este último principio no queda claro cuál sería la distinción entre falsificar un instrumento público cualquiera y falsificar un instrumento público previsto en la ley de Vida Silvestre. Esto es, existiría la triple identidad que el principio requiere para configurarse (hechos, objeto y finalidad del bien jurídico protegido), lo cual tacharía de inconstitucional una doble sanción por el mismo hecho generador.

De todos modos, aquí no terminan los reparos. El artículo 55 en sus dos primeros párrafos prevé dos tipos de sanciones distintas: por un lado, suspensiones o inhabilitaciones temporales y apercibimientos; y por otro lado, suspensiones o inhabilitaciones definitivas y comisos. Las primeras serán dispuestas por la Autoridad de Aplicación; las segundas por la autoridad judicial. Sin embargo, no hay criterio que permita saber a qué conductas deberá aplicarse cada tipo de sanción. Veamos cuáles son las distintas posibilidades interpretativas y sus consecuencias: 1- Todas las “infracciones” deben ser sustanciadas en sede administrativa y al momento de aplicar la sanción, de corresponder, deben ser giradas a sede penal para que el Juez aplique la pena que el Juez administrativo indique. Esto es un absurdo y una flagrante violación a la garantía del Juez natural (artículo 16 CN). 2- También se sustancian todas las infracciones en sede administrativa y de concluirse allí que debe aplicarse alguna de las sanciones del párrafo segundo del artículo 55, se giran las actuaciones a sede penal para que el Juez instruya un nuevo sumario según las reglas del proceso penal. También es un absurdo porque el Juez administrativo estaría indicando el tipo de sanción que el Juez penal debería aplicar (en violación una vez más del artículo 16 C N). En este mismo supuesto, de estimar el Juez penal que no corresponde aplicar sanción alguna de las que está en la esfera de su competencia, la infracción quedaría sin punición. En resumen, de una u otra manera, jamás nadie podría ser sancionado en la forma prevista en el párrafo segundo del artículo 55.

6. Moratoria CITES

En su 49ª reunión (Ginebra, abril de 2003), el Comité Permanente acordó que se realizase una misión técnica a Paraguay para evaluar si el comercio era sostenible y proporcionar asistencia técnica para aplicar la Convención. Ulteriormente, el Gobierno de España se ofreció a financiar esta misión. Un equipo de la Secretaría, dirigido por el Secretario General, y un experto científico de España visitaron Paraguay del 16 al 19 de septiembre de 2003.

Como resultado de la labor del equipo y de las deliberaciones con representantes del Gobierno de Paraguay, la Autoridad Administrativa CITES de este país decidió adoptar, con efecto inmediato, una suspensión voluntaria del comercio de todos los especímenes de especies incluidas en los Apéndices de la CITES. Esta moratoria permanece aún en vigor.

La finalidad de esta moratoria es ofrecer al Gobierno de Paraguay la oportunidad de colaborar con la Secretaría y con otras fuentes para lograr que el país aplique la Convención y luche contra el comercio ilícito. Esta medida es particularmente relevante en el caso de *Amazona aestiva*, *Caiman yacare*, *Eunectes notaeus*, *Ramphastos toco* y *Tupinambis spp.*, aunque podría aplicarse igualmente para otras especies.

Las Resoluciones emanadas de la SEAM en relación a la moratoria son las siguientes:

- Resolución SEAM N° 949/03, “Por la Cual se Establece una Pausa Voluntaria para la Exportación de Fauna y Flora de Especies CITES”.
- Resolución SEAM N° 1162/04 "Por la cual se suspende por el periodo de un año el otorgamiento de nuevos permisos de aprovechamiento de las especies de la flora y fauna silvestres con fines comerciales y se dejan sin efecto todos los saldos de cupos”
- Resolución SEAM N° 1861/05 Por la cual se proroga la resolución 1162/04 "Por la cual se suspende por el periodo de un año el otorgamiento de nuevos permisos de aprovechamiento de las especies de la flora y fauna silvestres con fines comerciales y se dejan sin efecto todos los saldos de cupos”
- Resolución SEAM N° 610/06 “Por la cual se suspende el otorgamiento de nuevos cupos de aprovechamiento de especies de flora y fauna silvestre de especies CITES y NO CITES con fines comerciales y se deja sin efecto los saldos de cupos”.

A efectos de posibilitar el levantamiento de la moratoria, las siguientes medidas han sido implementadas:

- Se han reestructurado las Autoridades Administrativa y Científica. La Resolución SEAM N° 129/03, establece como Autoridad Administrativa a la Dirección General de Protección y Conservación de la Biodiversidad (D.G.P.C.B.), y como Autoridad Científica al Centro de Datos para la Conservación (C.D.C.). De este modo, la Autoridad Científica es independiente de la Autoridad Administrativa; puesto que en el organigrama de la SEAM, el Centro de Datos para la Conservación (CDC) es una unidad de la Dirección de Planificación, vale decir, es independiente de la Dirección General de Protección y Conservación de la Biodiversidad (D.G.P.C.B.);
- A fin de asegurar para el futuro la fiabilidad de los permisos otorgados, el desarrollo de las actividades comerciales, y el procedimiento para el establecimiento y concesión, se elaboraron los siguientes reglamentos complementarios a la Ley de Vida Silvestre:
 - Resolución por la cual se establecen los lineamientos para la conservación y aprovechamiento racional y sostenible de la vida silvestre.
 - Resolución por la cual se establecen los requerimientos para el establecimiento de zocriaderos con fines comerciales.
- Siguiendo lo establecido en la Ley 1535 de Administración Financiera del Estado, se ha creado la Unidad de Auditoria Interna dependiente del Gabinete del Ministro, que

ejerce un control de los actos administrativos y de gestión de la Secretaría del Ambiente; esta unidad se encuentra realizando una auditoria de gestión de la Dirección de Vida Silvestre y de las actividades realizadas por las Autoridades CITES, a fin de identificar los problemas y recomendar las medidas de corrección.

- Se ha publicado la Estrategia Nacional para la Conservación de la Biodiversidad. La Estrategia identifica objetivos y señala rumbos principales que se deberían seguir a largo plazo, y el plan de acción indica las medidas y actividades específicas para poner en práctica la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. El área de Desarrollo de Recursos Silvestres estableció como objetivo específico la Implementación del Sistema Nacional de la Vida Silvestre, que sentará las bases para la conservación y uso sostenible de las especies silvestres.

7. Otras Resoluciones Seam En El Campo De Vida Silvestre

- Resolución N° 156/01 Por la cual se autoriza la incineración de las carnes y pieles en descomposición y la donación de las carnes de animales silvestres.
- Resolución N° 125/03 Por la cual se establecen multas en el marco de la Ley 1561 por el incumplimiento de la Ley N° 96/92 "De Vida Silvestre"
- Resolución N° 1653/04 "Por la cual se reglamenta la comercialización dentro del territorio nacional de orquídeas nativas multiplicadas en forma artificial y se deja sin efecto la Resolución SEAM N° 698/03 de fecha 28 de julio del 2003"
- Resolución N° 1882/05 "Por la cual se reglamenta las investigaciones, las colectas, la caza y las colecciones científicas y se establecen los requisitos a seguir".
- Resolución N° 1997/05 "Por el cual se actualiza el Registro Nacional de Vida Silvestre"
- Resolución N° 524/06 "Por la cual se aprueba el listado de las especies de flora y fauna amenazadas del Paraguay"
- Resolución N° 525/06 "Por la cual se establecen los términos oficiales de referencia para la presentación de los proyectos de uso agropecuario, en el marco de la Ley 96-92 de Vida Silvestre"
- Resolución N° 527/06 "Por la cual se reglamenta las investigaciones, las colectas, la caza y las colecciones científicas y se establecen los requisitos a seguir"
- Resolución N° 1184/06 "Por la cual se establece los términos oficiales de referencia, para la introducción de especies exóticas de fauna".

- Resolución N°1185/06 “Por la cual se establece los términos oficiales de referencia, para la introducción de especies exóticas de flora”.
- Resolución N° 1607/06 “Por la cual se establecen los formatos de constancia de inscripción del registro nacional de vida silvestre, permiso de caza o colecta científica, habilitación de colecciones científicas, permisos de canje de especímenes sin fines comerciales, permiso de tenencia de mascotas, guía de traslado de mascotas, guía de traslado de animales silvestres y permiso de exposición temporal”
- Resolución N° 1610/06 “Por la cual se reglamenta la exhibición temporal de animales silvestres vivos”.
- Resolución N° 1611/06 “Por la cual se establecen los términos oficiales de referencia para el otorgamiento de licencia ambiental de zoológicos, viveros, estaciones biológicas, jardines botánicos, bioterios, terrario, serpentarios, fincas cinegéticas, orquidarios, arboretum, banco de semillas”.
- Resolución N° 1834/06 “Por la cual se establece la estructura básica de los proyectos de manejo de viveros de flora nativa y exótica”
- Resolución N° 2242/06 “Por la cual se aprueba el listado de las especies protegidas de la vida silvestre amenazadas de extinción”.
- Resolución N° 2243/06 “Por la cual se actualiza el listado de las especies protegidas de la vida silvestre en peligro de extinción”
- Resolución N° 2483/06 “Por el cual se establece el periodo de inscripción en carácter obligatorio en el registro nacional de vida silvestre de toda persona física o jurídica que desarrolle actividades vinculadas a la vida silvestre exigidos por la Ley 96/92 de Vida Silvestre”
- Resolución N° 2531/06 “Por la cual se modifica parcialmente la resolución 2243 de fecha 15 de noviembre del 2006 por la cual se actualiza el listado de las especies protegidas de la vida silvestre en peligro de extinción”.
- Resolución 26/07 “Por el cual se extiende el periodo de inscripción en carácter obligatorio en el Registro de Vida Silvestre de toda persona física o jurídica que desarrolle actividades vinculadas a la vida silvestre exigidos por la Ley 96/92 de Vida Silvestre.

- Resolución 39/07 “Por la cual se establecen los términos oficiales de referencia de los estudios de impacto ambiental para los centros de acopio y criaderos de animales silvestres”

LA REGULACIÓN DE LA PESCA

Por Alma Poletti y Ezequiel F. Santagada

1. Introducción

En nuestro país, la pesca y sus actividades conexas están reguladas por la Ley 799/95.

Esta Ley tiene por objeto reglamentar el uso sustentable del recurso. Es decir, permitir que el recurso sea aprovechado, sin dejar de lado la conservación y la preservación del mismo y del ambiente en general.

Está dividida en diez capítulos, con un total de treinta y cinco artículos. El ámbito de aplicación son los ríos, arroyos y lagos, que se encuentran bajo dominio público o privado en nuestro país.

Abarca las actividades de captura, administración, conservación y repoblación de los peces y al desarrollo pesquero, a fin de impedir el ejercicio abusivo del derecho de pesca, en perjuicio de los recursos naturales. Esta ley ha sido reglamentada posteriormente por el Decreto N° 15.487 de fecha 15 de noviembre de 1996.

La Ley originalmente encomendaba su aplicación a dos Subsecretarías dependientes del Ministerio de Agricultura y Ganadería: la Subsecretaría de Estado de Recursos Naturales y Medio Ambiente (específicamente a través de la Dirección de Parques Nacionales y Vida Silvestre) y la Subsecretaría de Ganadería (a través del Departamento de Pesca y Acuicultura). De esta forma se dividían los ámbitos de acción de la Ley entre estas dos Secretarías: la primera se encargaba de todo lo relacionado con el ambiente, y la segunda de lo referente al aprovechamiento del recurso.

La Ley 1561 del año 2000 convierte en autoridad de aplicación de la Ley de Pesca a la Secretaría del Ambiente (SEAM). En realidad, por más de que la ley 1561 no haga esta salvedad, la SEAM sólo tendrá competencia en lo que a conservación del recurso respecta. En cuanto a producción del recurso íctico se refiere, el Vice-Ministerio

de Ganadería del Ministerio de Agricultura y Ganadería reviste carácter de Autoridad, pues la SEAM tiene otra misión, que es la de conservación y protección del ambiente.

La Ley 799/95 regula también las autorizaciones y requisitos necesarios para el ejercicio de la actividad pesquera, las cuales solo podrán desarrollarse previa licencia de la autoridad competente, que será anual e intransferible.

La Ley 799/95 crea el Consejo Nacional de Pesca como organismo asesor y consultivo, el Registro General de Pescadores y el Registro Nacional de Pesca y establece como obligación del Estado propiciar el desarrollo de la actividad acuícola, otorgándole los incentivos y beneficios especiales y promoviendo la instalación y funcionamiento de estaciones o centros de producción para la investigación o fomento de la acuicultura.

También se establecen las fuentes de los recursos que solventarán la ejecución de las actividades contempladas en la ley en cuestión.

Estos puntos de la Ley no ofrecen mayores reparos, pues prácticamente se hallan cubiertas las necesidades básicas, sin mayores contradicciones y redactados con buena técnica legislativa.

La parte que a nuestro juicio merece una mayor atención, es la referente a las infracciones y sanciones, tanto en el ámbito administrativo como el penal. Por lo que nos detendremos a realizar un breve análisis de estas normas.

2. Infracciones y Sanciones Administrativas

El artículo 28 de la ley, establece las actividades que serán consideradas infracciones a la Ley de Pesca, en siete incisos.

Con la nueva redacción del artículo sexto de la Ley 716/96 “Que sanciona los delitos contra el medio ambiente”, varias de estas infracciones administrativas se han convertido en delitos ambientales. Con lo que se daría lugar a una doble sanción en la mayor parte de los casos, ya que el artículo 29 de la Ley de Pesca deja en claro que las sanciones administrativas son independientes de la eventual comisión de un ilícito penal.

Por ejemplo, el inciso “a” del Artículo 28 sanciona “la realización de actividades pesqueras y de acuicultura sin la correspondiente licencia”. La ley penal sanciona la misma conducta (artículo 6 numeral 7, Ley 716/96) con distintas palabras al castigar las actividades de “recolección o el acopio después de la captura a los fines de su comercialización, procesamiento o tráfico sin la licencia previa de la autoridad administrativa”.

En el inciso “b” del artículo 28 de la Ley de Pesca, se establece como infracción “la extracción, el transporte o comercialización de recursos pesqueros y de la acuicultura

declarados en veda o de las áreas de reserva”. Asimismo, la Ley 716 sanciona penalmente la “captura de especies de la fauna íctica en época de veda o de prohibiciones” (Art. 6° numeral 1)

También se da una coincidencia entre el inciso “c” del artículo 28 y el numeral 4 del artículo 6 de la ley penal, ya que en ambos casos, se sanciona la captura de peces con métodos o procedimientos no autorizados.

Cabe realizar, asimismo, ciertas consideraciones con respecto al artículo 29 de la Ley de Pesca, en el cual se prevén las sanciones a las infracciones establecidas en el artículo 28.

Este artículo cita una serie de sanciones que serán aplicables de acuerdo a la gravedad de la infracción. No se establece para cada infracción cual será la sanción aplicable, sino que deja a criterio de la autoridad administrativa establecerlas; lo cual no resulta muy recomendable pues la discrecionalidad da lugar en muchos casos a arbitrariedades.

Entre estas sanciones fueron previstas dos que consideramos están fuera de la órbita sancionadora de la administración. Son las previstas en los incisos “c” y “g”.

El primero de ellos establece como sanción el embargo de embarcaciones, implementos de pesca y de medios de transporte que se utilicen en infracción a la ley. A pesar de figurar en esta ley como una sanción, el embargo es típicamente una medida cautelar, utilizada para asegurar la eventual ejecución de una condena en el marco de un proceso judicial. Es decir, su naturaleza es servir de garantía, no de sanción como se pretende en esta Ley.

Igualmente, cabe mencionar que el embargo es dictado por resolución judicial, por lo que en estos casos tendría que tener intervención una autoridad judicial.

No obstante, la única infracción a la que podría aplicarse el embargo como “sanción” es la establecida en el inciso “c” del artículo 28. En el mismo se sanciona la realización de la actividad pesquera con métodos no autorizados y otros cuya naturaleza entrañe peligro para la vida humana y para los recursos pesqueros y su hábitat. Pero cabe mencionar que en el caso de que la actividad pesquera ponga en peligro la vida humana, el hecho podría ser tipificado dentro de las disposiciones de los artículos 203 o 212 del Código Penal. Por lo que ya no se trataría sólo de una infracción, sino de un delito.

El inciso “g” en cambio, prevé una pena de hasta seis meses de penitenciaría a quienes utilicen explosivos como método de pesca. La pena privativa de libertad es una sanción aplicable únicamente en un proceso penal. Por lo que su imposición en sede administrativa violaría los más elementales principios constitucionales.

Además podemos ver como un grave error de técnica legislativa, que la conducta a la cual se aplicaría esta sanción, se encuentra incluida en el mismo inciso. Y no en el artículo anterior, en el cual se encuentran citadas las demás infracciones.

Cabe mencionar también que la utilización de explosivos, es punible según el artículo 203 del Código Penal, por lo que nuevamente como en el caso anterior, nos encontramos con una doble sanción y la infracción administrativa quedaría derogada por la penal.

El Decreto Reglamentario N° 15487/1996 soluciona parcialmente estas cuestiones, al establecer en su artículo 57 que la Autoridad de Aplicación no aplicará las sanciones mencionadas en los incisos “c” y “g” del artículo 29 de la Ley de Pesca. Aunque tal aclaración nos parece innecesaria teniendo en cuenta que ninguna de esas infracciones, podría por su naturaleza ser aplicada sino por una autoridad judicial.

La misma acotación hacemos con respecto al artículo 65 del Decreto Reglamentario, en el cual se establece que: “En caso de que en el sumario administrativo correspondiente se comprobare la comisión de infracciones, pasibles de ser sancionadas con penas privativas de libertad previstas en la Ley 799/96, los antecedentes deberán ser remitidos a la Justicia Ordinaria, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan corresponder en cada caso”. Resulta innecesaria esta previsión debido a que ninguna de las infracciones previstas en la Ley de Pesca podría merecer una pena privativa de libertad, ya que este tipo de sanciones únicamente pueden ser aplicadas ante la comisión de un hecho punible.

3. Sanciones Penales

En la Ley 716/96 “Que sanciona los delitos contra el medio ambiente” para las infracciones a las normas que regulan la pesca fueron previstas penas privativas de la libertad de uno a cinco años.

En su redacción original, el artículo 6 establecía lo siguiente: “Los que infrinjan las normas y reglamentos que regulan la caza, la pesca, la recolección o la preservación del hábitat de especies declaradas endémicas o en peligro de extinción, serán sancionados con pena de uno a cinco años de penitenciaría, el comiso de los elementos utilizados para el efecto y multa de 500 (quinientos) a 1000 (mil) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas”.

El artículo fue redactado como ley penal en blanco. Opinamos que esta técnica legislativa es válida en muchos casos, especialmente en los tipos penales ambientales, en los que el carácter científico y variable de la materia justifican su utilización. Pero es también cierto que esa validez dependerá de que el vacío dejado por la ley, se refiera tan solo a un complemento de la conducta. Es decir, que la remisión a normas extrapenales sea tan solo para llenar ciertos elementos objetivos del tipo. Por ejemplo, los valores necesarios para medir el grado de lesividad ambiental de una conducta.

Tal como lo expresa la doctrina, para que la ley penal en blanco no sea tachada de ilegal, es necesario que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente castigada.

Es lo que en doctrina se denomina remisión interpretativa: el elemento típico lo establece el legislador, pero la precisión de su sentido necesita del recurso a la norma extrapenal.

Sin embargo, el artículo 6 fue redactado con la técnica de la remisión en bloque, en la cual la infracción de la normativa administrativa se convierte en la conducta prohibida. De esta forma, el espectro de conductas abarcadas por la prohibición resulta demasiado amplio, rozando los límites de la legalidad como principio fundamental del derecho penal.

Como lo mencionan los Doctores González Macchi y Casañas Levi en su libro “Comentarios a la Ley 716/96”: “como falencia se presenta la no-descripción de las conductas prohibidas, puesto que se utiliza el término infringir, con lo que se indica que cualquier violación a normas administrativas, que tampoco son precisadas, puede ser considerada penalmente relevante, pudiendo constituirse el precepto en violación al principio de legalidad”.

Con el objeto de dar una mayor protección al recurso íctico, y en vista a la depredación sufrida por el mismo en los últimos tiempos, el Congreso ha resuelto modificar el artículo sexto de la Ley 716/96, para solucionar los problemas de aplicabilidad del mismo.

Así, por Ley 2.717 del año 2005, el mismo ha quedado redactado de la siguiente forma: “El que infrinja las normas y reglamentos que regulan la caza, la recolección o la preservación del hábitat de especies declaradas endémicas o en peligro de extinción será castigado con pena privativa de libertad de uno a cinco años o con multa de quinientos a mil jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas. En ambos casos se aplicará, además, el comiso de los elementos utilizados para el efecto”.

Esta primera parte del artículo prácticamente no ha sido alterada, cometiéndose el mismo error en la técnica de redacción. Se vuelve a utilizar el verbo infringir, como verbo rector de la conducta sancionada. Con lo que nuevamente se ha obviado el principio de legalidad, debido a la falta de especificidad de las conductas prohibidas.

La verdadera modificación del artículo consiste en que se ha incluido una descripción taxativa de las conductas que afectan al recurso íctico. Así, el segundo párrafo del artículo 6 ha quedado redactado de la siguiente manera: “Serán castigados con

la misma pena establecida en el párrafo anterior, las siguientes conductas en infracción de normas y reglamentos que regulan la pesca: 1. Captura de especies de la fauna íctica en época de veda o de prohibiciones 2. Captura de especies de la fauna íctica en cantidades no autorizadas 3. Captura de especies de la fauna íctica en zonas prohibidas o restringidas 4. Captura de especies de la fauna íctica utilizando procedimientos de pesca prohibidos y artes de pesca no permitidos 5. La realización de actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración de las especies ícticas. 6. La utilización de explosivos como métodos de pesca 7. Los actos previos y posteriores a la extracción de los recursos pesqueros, las operaciones de apoyo para la extracción, la recolección o el acopio después de la captura a los fines de su comercialización, procesamiento o tráfico sin la licencia previa de la autoridad administrativa o fuera de los límites permitidos para el aprovechamiento de los recursos. En todos los casos será castigada también la tentativa”.

De esta forma los legisladores pretendieron solucionar los problemas de interpretación de la norma, definiendo cada una de las conductas prohibidas, y dando una mayor protección al recurso íctico.

Es recomendación de la técnica legislativa, para describir la conducta utilizar los verbos en tiempo presente y en modo indicativo. En este artículo sin embargo no se utiliza un verbo conjugado sino que se citan ciertas “conductas” y el verbo es utilizado en su forma sustantiva. En vez de sancionar “la captura” tendría que sancionarse al que “capturara”.

Otra imprecisión consiste en que se sanciona la captura de “especies” de la fauna íctica, cuando en realidad una especie es un “grupo de individuos que, además de los caracteres genéricos, tienen en común otros caracteres por los cuales se asemejan entre sí y se distinguen de las otras especies” (Diccionario Espasa Calpe, Madrid, 2005).

Es decir, en una especie se hallan reunidos todos los individuos que reúnen ciertas características determinadas. Es imposible capturar a toda una especie. Lo que se pueden capturar son especímenes de una especie en particular. Por lo que el artículo debería sancionar al que capturara “especímenes o ejemplares de especies de la fauna íctica”.

En cuanto al último punto del párrafo, en el cual se sancionan “los actos previos y posteriores a la extracción de los recursos pesqueros, las operaciones de apoyo para la extracción, la recolección o el acopio después de la captura a los fines de su comercialización, procesamiento o tráfico sin la licencia previa de la autoridad administrativa o fuera de los límites permitidos para el aprovechamiento de los recursos”, nuevamente mencionamos el error de no utilizar un verbo rector para describir la conducta, sino sustantivos.

Además, se cita una serie de conductas en forma desordenada, sin claridad, con lo que la interpretación del artículo se torna confusa.

Es de mencionar que, por más que sea una decisión política sancionar todos los actos de pesca ilegítima, esta norma permite sancionar penalmente cualquier conducta que infrinja las normas de la pesca. Inclusive a la persona que extraiga del agua sólo un pez. Siempre que esta extracción sea en forma ilegal, será considerada delito.

Tomando en cuenta el principio de la subsidiariedad del Derecho Penal, el mismo debería ser reservado solamente para los casos de más graves atentados contra la fauna íctica. Existiendo medios previos y más apropiados para la sanción de los casos de menor relevancia.

Es de mencionar con respecto a esta última parte, que no solo con respecto a la pesca deberían ser sancionados los actos previos y posteriores de cooperación, sino también con respecto a la caza, captura, recolección, acopio, comercialización, procesamiento, tráfico y/o exhibición de especies de la vida silvestre en peligro de extinción.

4. La Ley 3191/07

Recientemente, entró en vigencia la Ley N 3.191/07 “Que prohíbe la pesca, extracción, recolección y acopio para su posterior comercialización de la especie *Salminus Maxillosus* de nombre común Pez Dorado”⁷³⁰.

Según la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, la misma tiene por finalidad “promover la población de esta especie que está peligrando en nuestros ríos por su escasez y (para) promover la pesca deportiva”

El artículo 1 de la Ley 3.191/07 prohíbe “la pesca, extracción, recolección y acopio para su posterior comercialización, por el término de cinco años en todos los ríos, riachos, ríos interiores, arroyos, lagunas y lagos del territorio paraguayo de la especie *Salminus Maxillosus* de nombre común Pez Dorado”. Por su parte, el artículo 2 de la misma Ley sanciona a quienes infrinjan el artículo 1 con las penas del artículo 6 de la Ley 716/95 según el texto de la Ley 2717/05.

Es decir, la citada Ley prohíbe la actividad de pesca comercial y las actividades intermedias hasta su consumo final, no así la pesca de subsistencia, la pesca deportiva o la pesca con fines científicos.

La Secretaría del Ambiente, como Autoridad de Aplicación de la Ley 799/95 “De pesca” (ver Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo

⁷³⁰ Los efectos de esta Ley han sido suspendidos por la Corte Suprema de Justicia a favor de los pescadores en el marco de la acción de inconstitucionalidad caratulada “Confederación Nacional de Pescadores Profesionales y Comerciales del Paraguay y otros c./ Ley 3191/07” (Expediente 602/07).

Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”) no cuenta con ningún estudio científico que sustente la conveniencia de prohibir la pesca comercial del Dorado.

Sin embargo, este tipo de medidas deberían estar sustentadas en estudios científicos previos que evalúen los impactos positivos y negativos que su implementación acarrearía. En materia ambiental existe –en palabras del Maestro Eduardo Pigretti- una suerte de “dependencia ecológica del derecho”. Esto quiere decir que antes de regular interviniendo con normas de deber ser en el ámbito del ser (relaciones causa - efecto), adoptando posturas cerradas, debemos conocer el sustrato fáctico sobre el que pretendemos operar.

Además, si bien dentro del procedimiento formal de creación de leyes ambientales no es obligatorio que el Congreso Nacional consulte a la Secretaría del Ambiente, la participación de ésta bien podría dotar de la necesaria fundamentación técnica –si es que la hubiera o pudiera producirse- a un proyecto de ley que careciera de ella; esto es, suplir la eventual falta de razones o bien, advertir a dicho Poder del Estado la inconveniencia o irrazonabilidad de la medida propuesta. Ello no sería más que la materialización de la forma jurídica de ejercer el Gobierno “en un sistema de independencia, equilibrio, coordinación y recíproco control” (Art. 3 de la Constitución).

En el Paraguay no contamos con una Evaluación Ambiental de Planes y Programas que analice la repercusión de medidas gubernativas en materia ambiental y fomente la participación de la ciudadanía interesada; sin embargo, de hecho esta evaluación se viene dando en la instancia parlamentaria con los proyectos de leyes ambientales de mayor trascendencia. Así, por ejemplo, se han realizado Audiencias Públicas sobre la reforma a la Ley 422/73 “Forestal” y sobre la recientemente sancionada Ley de los Recursos Hídricos del Paraguay.

El Congreso Nacional suele escuchar a la población afectada antes de tomar una decisión, aplicando el principio del debido proceso (principio a partir del cual la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos de América ha desarrollado el principio de razonabilidad en el control de los actos de Gobierno de los Poderes Legislativo y Ejecutivo) en forma amplia, antes de sancionar un proyecto de ley de efectos relevantes para la sociedad. Esta práctica, una de las más sanas en lo que va de nuestra corta vida democrática, no está exenta de de sustento jurídico.

El artículo 1 de la Constitución establece que “la República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana”. Así, el Congreso Nacional, con los proyectos de Ley de mayor relevancia para el país, sin dejar de ejercer la representación del Pueblo, debe escuchar al Pueblo antes obrar en su nombre y este hecho no es una concesión graciosa, sino que tiene profundas raíces constitucionales. La Constitución pone el énfasis en la dignidad humana y uno de los más básicos presupuestos de esa dignidad es el tener derecho a participar en el proceso de toma de las decisiones que afecten a la persona, no

sustituyendo a los representantes del Pueblo –insistimos- pero sí colaborando con ellos, coordinando esfuerzos y dándoles mayores elementos de juicio para tomar decisiones razonables.

Así, la falta de sustento científico de la medida legislativa adoptada, esto es, la ausencia de una relación probada entre medios previstos y fines perseguidos, la falta de coordinación previa con la agencia del Poder Ejecutivo que podría haber dotado de fundamento a esa decisión legislativa o abortar su progreso y, finalmente, la falta de participación de los interesados cuando se trataba de una materia de interés público ambiental, que por definición afecta derechos colectivos e intereses difusos de los habitantes del Paraguay, echan un manto de sospecha en cuanto a la razonabilidad de esta norma.

5. Normas Internacionales

El Paraguay ha adoptado a nivel internacional convenios que hacen referencia a la protección de la fauna íctica. Por ejemplo la Ley N° 253/93 “Convención de Diversidad Biológica”, y la Ley N° 350/94 “Convención Ramsar”.

Sin embargo, las protecciones más directas al recurso son las que se dan en los tratados bilaterales, en los cuales nos detendremos para realizar un pequeño análisis de sus contenidos y actuales aplicaciones.

En el año 1992, surgieron desavenencias entre Argentina y Paraguay, respecto a la zona de las islas Apipé y Yacyretá, por la particular ubicación del límite internacional que hace que la isla Apipé sea un "enclave" es decir, es argentina, pero las aguas que las rodean pertenecen al Paraguay.

En esa zona se daba una gran depredación pues los peces, que son migratorios, se concentran cerca de la represa que impide su natural migración aguas arriba, lo cual permite una captura mucho mayor de la habitual en el resto de los ríos.

Esta situación preocupó a ambos países, por lo que para evitar la depredación se acordó trabajar en forma conjunta en el desarrollo de la región, regulando la pesca comercial y desarrollando otras actividades alternativas. Entre éstas se acordó trabajar especialmente en el desarrollo turístico.

Así, la República Argentina (provincias de Formosa, Chaco, Corrientes y Misiones) y la República del Paraguay firman un convenio que establece una zona de reserva íctica tres kilómetros aguas arriba y tres kilómetros aguas abajo, del eje de la presa de Yacyretá.

Posteriormente, y viendo la necesidad de mayores reglamentaciones para proteger el recurso íctico en los tramos limítrofes de los Ríos Paraná y Paraguay, el 25 de octubre

de 1996 la República del Paraguay y la República Argentina suscriben en la ciudad de Buenos Aires el Convenio sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Icticos en los Tramos Limítrofes de los Ríos Paraná y Paraguay.

Por Ley 1.074/97, nuestro país ha aprobado el mencionado Convenio. El mismo tiene por objeto regular y trabajar en forma conjunta y coordinada el aprovechamiento del recurso íctico en las aguas de los Ríos Paraná y Paraguay, en los tramos que constituyen el límite entre los territorios de las Partes Contratantes.

Los objetivos del Convenio se orientan a la adopción de medidas de conservación y manejo del recurso íctico y el ambiente fluvial, que garanticen la sustentabilidad de la actividad pesquera comercial y deportiva, como así también la promoción los trabajos de piscicultura que favorezcan la reproducción, cría y desarrollo de peces.

El Convenio establece que cada Parte Contratante debe autorizar el derecho de pesca en esos tramos fluviales dentro de los límites de su territorio, conforme a las cláusulas del Convenio, excepto en la zona de reserva íctica establecida en el Acuerdo mencionado y en otras zonas convenidas de mutuo acuerdo.

Se prevé la realización de controles en forma conjunta con la participación de funcionarios de los organismos competentes en cada tramo, a fin de precautelar el cumplimiento de las disposiciones de la Convención.

Asimismo, las Partes Contratantes acuerdan realizar en las aguas que constituyen el límite entre los territorios de Paraguay y Argentina y las áreas de su influencia, estudios conjuntos de evaluación del recurso íctico que sirvan de base para la ejecución de obras de mejoramiento y trabajos de piscicultura que favorezcan las condiciones naturales para la reproducción, la cría y el desarrollo de los peces. Además, impulsarán la instrumentación de proyectos productivos alternativos que generen recursos, especialmente en las épocas de veda.

Con el fin de lograr una mayor complementación y participación en el cumplimiento del Convenio, Argentina y Paraguay convinieron crear un Comité Coordinador, conformado por representantes de las autoridades competentes de ambos países con jurisdicción sobre los tramos limítrofes de ambos ríos. En esta tarea son asistidos por un Consejo Asesor, integrado por profesionales de distintos organismos académicos y científicos, representantes de la pesca deportiva y comercial y de las fuerzas de seguridad.

El mencionado comité tiene como funciones las siguientes:

- El control de la pesca y preservación del recurso íctico;
- La regularización de la pesca, la conservación y desarrollo de la fauna íctica;
- La regularización de las artes y métodos de pesca;

- La regularización sobre tamaños y especies de captura de peces;
- El establecimiento de áreas de reserva o tramos protegidos y sus reglamentos de pesca;
- La fijación de volúmenes máximos de captura por especie y su ajuste periódico;
- La concertación de acuerdos científicos y técnicos a que se refiere el Artículo VII;
- El mejoramiento y desarrollo de los recursos vivos incluyendo la reproducción artificial de peces y otros organismos; y,
- Cualquier otra norma relativa a la conservación y explotación racional de los recursos ícticos.

En ejercicio de sus atribuciones, el Comité Coordinador dictó el Reglamento Unificado de Pesca según el Convenio sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Ícticos en los Tramos Limítrofes de los Ríos Paraná y Paraguay, actualmente vigente entre los dos países.

Este Reglamento prevé las dimensiones mínimas que deben tener los especímenes que sean capturados, así como las artes de pesca permitidas y prohibidas.

El Reglamento también prevé que “los períodos de veda serán determinados por el Comité Coordinador, a propuesta del Consejo Asesor, de acuerdo con las condiciones hidrológicas y ecológicas que en cada caso se registren”.

Otro acuerdo bilateral de contenido similar al ratificado por la Ley 1074/96 es el Acuerdo para la Conservación de la Fauna Acuática en los Cursos de los Ríos Limítrofes. Este Acuerdo fue celebrado entre la República Federativa del Brasil y la República del Paraguay, que lo ratificó mediante la Ley 555/95. Sus previsiones se aplican a las aguas del Río Paraguay, en el tramo comprendido entre la desembocadura del Río Apa y la confluencia con el Río Negro u Otuquis; en el Río Apa, desde su desembocadura en el Río Paraguay, hasta su nacimiento principal; a lo largo del lago de Itaipú, desde la Presa hasta el antiguo Salto de las Siete Caídas o Salto del Guairá y en el tramo del Río Paraná, desde la confluencia con el Río Iguazú hasta la presa de Itaipú.

6. Conclusiones

- A nivel interno, contamos en nuestro país con la Ley de Pesca N° 799/96, la cual no ofrece mayores reparos sino con respecto a las infracciones y sanciones previstas en la misma. Como hemos mencionado, a partir de la nueva redacción del artículo sexto de la Ley 716/96, varias de las infracciones previstas en esta ley administrativa se han convertido en delitos ambientales.
- También se han realizado ciertas consideraciones con respecto a las sanciones previstas en el artículo 29, especialmente a las previstas en los incisos c) y g).

- Principalmente grave nos parece el hecho de que se hayan previsto penas privativas de libertad en una ley administrativa, aunque posteriormente se haya aclarado mediante un Decreto Reglamentario, que las mismas sólo serán aplicables por la justicia ordinaria y no por la autoridad administrativa.
- En cuanto a las sanciones penales, el artículo 6 de la Ley 716/96 adolecía originalmente de ciertos errores en la técnica de redacción, que no fueron del todo solucionados con la modificación del mismo por la Ley N° 2717 del año 2005. Y especialmente, el hecho de que toda infracción administrativa es sancionada penalmente, independientemente de la gravedad de la conducta.
- Ahora bien, como sabemos los temas ambientales no conocen de fronteras, y es el caso de la fauna íctica. Para su protección necesitamos de buenas normas internacionales, especialmente con los países vecinos.
- En ese sentido, el Convenio sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Icticos en los Tramos Limítrofes de los Ríos Paraná y Paraguay, firmado con la República Argentina, es un importante instrumento para la protección del recurso íctico. Asimismo, la creación de un Comité Coordinador con el objeto de que las decisiones que afecten al recurso sean tomadas en forma conjunta, es un importante instrumento legal.
- Además es importante recordar, que las acciones en este campo, para que sean efectivas deberán ser planificadas siempre en base a estudios científicos.

Bibliografía

- Ley 799/96 “De Pesca”
- Ley 716/96 “Que sanciona los delitos contra el Medio Ambiente”
- Convenio sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Icticos en los Tramos Limítrofes de los Ríos Paraná y Paraguay.
- Gonzalez Macchi, José I. Casañas Levi, José F. Comentarios a la Ley 716/96. Editorial Intercontinental. Asunción, Paraguay. Año 2000
- Mejoramiento del Marco Jurídico Ambiental del Paraguay, IDEA – USAID, 2003.
- Cañiza, Hugo Enrique. Merlo, Ricardo José. Derecho Ambiental. Con especial énfasis en la Legislación Paraguaya. Editorial Marben. Asunción, Paraguay. Año 2005.

SEGURIDAD EN LA BIOTECNOLOGÍA

Por Georgina Garavaglia

1. Introducción

La producción transgénica, resultante de la suma de la tecnología a la agricultura extensiva y tan en boga en la actualidad, a pesar de constituir un gran avance para la agricultura y ser benéfica en términos de mercado, implicó la aparición de la problemática en torno a los posibles riesgos que se cree puede acarrear su producción y su consumo, tanto para el medio ambiente como para la salud humana.

Esta problemática es conocida con el nombre de Bioseguridad (o seguridad en biotecnología).

A continuación, realizaremos una breve reseña de ciertos conceptos y temáticas que nos ayudarán con el objeto central de este capítulo. Esto es, analizar la normativa tanto internacional como nacional que, en esta materia, forman parte del orden jurídico paraguayo.

Para ello, haremos una revisión general del estado de la legislación internacional relacionada con la bioseguridad a la que el Paraguay ha adherido.

Luego, trataremos de identificar el resto de leyes y normas complementarias que regulan en forma directa la producción y comercialización de vegetales y animales, sean o no utilizados en la industria de alimentos, intentando detenernos en cómo se considera (o no) la prevención y el manejo de los riesgos: a la salud y la vida humana, a la propagación de plagas o enfermedades en animales o vegetales y al ambiente.

2. Algunas Nociones Conceptuales

2.1 El Surgimiento De La Biotecnología

Frecuentemente sucede que las cosas o las técnicas que más utilizamos pasan desapercibidas en nuestro quehacer cotidiano. Quizás por ello no percibimos la diversidad de lo que tenemos a nuestra disposición y que utilizamos asimismo casi inconscientemente: las distintas calidades de pan, las diferencias entre carnes de un mismo ganado, peras y manzanas ofrecen tanta diversidad en una frutería que se duda en elegir... Rosas, tulipanes, margaritas... hay en todo una tremenda variedad donde elegir.

Todo ello ha sido posible por la continua selección que el hombre ha practicado sobre plantas y animales desde que existe Agricultura⁷³¹.

Así, con la agricultura, el hombre realizó la primera labor de mejora genética, domesticando inconscientemente plantas silvestres y animales salvajes, cuando dejó de ser nómada para volverse sedentario.

El agricultor y el ganadero hacían su propia selección, reservando los mejores granos y los sementales. Es lo que actualmente conocemos como agricultura de subsistencia que, en países subdesarrollados como el nuestro, todavía sigue vigente.

En los países desarrollados prefieren encargar dicha tarea de selección a los mejoradores, que serían profesionales especializados en esa actividad. Ello produjo la disociación de la actividad agropecuaria de la de mejoramiento.

A esa disociación se suma también, desde hace varios años, la un tercer actor: el consumidor. Por ello, ya no se encontrarían en una misma persona la calidad de mejorador-agricultor-consumidor, como ocurriera otrora.

Ahora, este proceso de selección automática e inconsciente, que sometió a plantas silvestres y animales salvajes a una presión de selección muy distinta de la natural, hizo que las mismas se modificaran genéticamente.

Hoy en día esa selección se hace en forma consciente en un laboratorio.

Pero, debemos reconocer el mérito a la Nueva Agricultura (la de los países desarrollados) de ser, junto con la medicina moderna, la causa del aumento de la población y, asimismo, de haber resuelto el problema de la consecuente necesidad de mayores alimentos que la Agricultura Tradicional no pudo resolver.

No obstante ello, ahora está pendiente resolver un nuevo problema: el acceso a esos alimentos y su distribución equitativa.

Ahora bien, esta Nueva Agricultura, también hoy llamada científica, surge desde comienzos del siglo XX con la aparición en el escenario de la ciencia de la genética.

De este modo, el redescubrimiento de las leyes de Mendel en 1900 permite saber cómo se transmiten a la descendencia los caracteres hereditarios.

El nacimiento de la biotecnología se produce en 1982, con la presencia en el mercado internacional de la insulina humana, primer medicamento fabricado por las técnicas de ADN recombinante.

⁷³¹ CUBERO, José Ignacio: “Mejora genética vegetal e ingeniería genética de plantas” en IÁÑEZ, Enrique (coordinador): “Plantas transgénicas: de la ciencia al derecho”, Editorial Comares; Granada, 2002; p. 2.

Algunos autores afirman que estamos viviendo una nueva revolución industrial que no está basada en el hierro ni el petróleo, sino en la capacidad humana para mejorar la información genética e introducirla en células animales o de microorganismos, o en plantas o en animales (que son las “fábricas verdaderas”), para producir proteínas humanas que se usen como medicamentos, o para crear nuevos compuestos químicos, nuevos alimentos o combustibles⁷³².

Es que, desde los primeros productos fabricados por las nuevas tecnologías de ADN recombinante en los primeros años de la década de 1980 hasta la actualidad, son numerosos los nuevos medicamentos, nuevos diagnósticos, nuevas semillas o nuevos materiales que ya están en el mercado, y son casi innumerables los que están en desarrollo. Esto ha provocado que se estén reformando las estructuras industriales, las economías, la medicina y la fabricación de alimentos⁷³³.

No obstante, se ha dicho que la biotecnología existe desde siempre; al menos, desde que existen registros históricos. En efecto, los egipcios del siglo IV a.C., ya la usaban.

Asimismo, se la ha llamado la tecnología de “la frontera cambiante”, dado que nunca termina el hombre de alcanzarla y dominarla.

Esta tecnología se basa en el manejo de la información genética, es decir, el científico puede tomar un fragmento del ADN de los cromosomas de un organismo, eligiendo el que tiene los datos para fabricar una determinada proteína y lo coloca en otra especie para reproducirla.

Por otra parte, manejar la información genética significa controlar que un gen no funcione o que funcione (se exprese o no se exprese). Es la domesticación del gen.

Y, justamente, fue el nacimiento de la ingeniería genética a principios de la década de 1970 lo que permitió transferir genes (que son información genética contenida en una secuencia de moléculas químicas perfectamente conocidas) de una especie a otra – a bacterias, a células de animales y de plantas-, para ser usados en la fabricación de nuevos productos, como dijimos, para la salud o la alimentación o en nuevos materiales, lo que sentó las bases asimismo de una nueva industria.

En síntesis, si realizamos un parangón entre la modificación genética que realizan desde antiguo los agricultores en los animales y las plantas, con la producida a través de

⁷³² DÍAZ, Alberto: “Bio... ¿qué?: el futuro llegó hace rato. De los genes a su cocina, a la farmacia y tienda amiga”, 1ª ed., 1ª reimp.; Siglo XXI Editores Argentina S.A. (Ciencia que ladra... dirigida por Diego Golombek); Bs. As., 2006; p. 12.

⁷³³ Ídem anterior; p. 12-13.

la biotecnología (con los conocimientos de la ingeniería genética), podemos concluir que las diferencias sustanciales entre ellas están dadas porque la última permite: 1.- el pasaje de genes específicos que se han seleccionado, realizándolo en menor tiempo; y 2.- pasar información de una especie a otra.

Esto último sobre todo fue lo que hizo surgir la problemática de la seguridad en la biotecnología, tema que nos ocupa.

2.2 Su Definición

Existen varias definiciones de la biotecnología.

En general, el concepto de biotecnología se viene materializando sobre dos pilares fundamentales: el objeto sobre el que se aplica y la función a la que sirve. Puede hablarse, así, de una dimensión material, entendiendo por biotecnología la tecnología de lo vivo, la ciencia que recae sobre organismos vivos, y de una dimensión teleológica, en el sentido de que la biotecnología utiliza organismos vivos (o parte de ellos) para la elaboración o fabricación de sustancias y productos de uso humano⁷³⁴.

En este último sentido, el Convenio de Río de Janeiro de 1992 sobre la Diversidad Biológica entiende por biotecnología “toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”.

También se enrolaría en esta dimensión teleológica del concepto de biotecnología la definición de Alberto Díaz (un pionero de las investigaciones biotecnológicas de Argentina), que sostiene que “es el uso de los sistemas biológicos y sus partes para producir bienes y servicios”⁷³⁵.

Por otra parte, encontramos otros autores que han ido más allá de los mencionados conceptos. Así, se la ha definido –en su significación intrínseca y etimológica, en su logos- como el arte –o la recta razón- de comprender la vida⁷³⁶.

Ello, porque se entendió que la “Bio (tecno) logía” no es solamente, como lo han pretendido explicar muchos autores de las más variadas disciplinas, la tecnología de lo vivo, la ciencia que estudia, sin más, los seres vivientes, el nuevo conjunto de técnicas de manipulación de la esencia biológica de los seres vivos, sino que, en realidad, supone la “comprensión” y el entendimiento lógico de dichas intervenciones.

⁷³⁴ MELLADO RUIZ, Lorenzo: “Derecho de la Biotecnología Vegetal (La regulación de las plantas transgénicas)”, Instituto Nacional de Administración Pública – Ministerio de Medio Ambiente; Madrid, 2002; p. 41.

⁷³⁵ DÍAZ, Alberto, Ob. Cit.; p. 19.

⁷³⁶ MELLADO RUIZ, Lorenzo, Ob. Cit.; p. 42.

La biotecnología incluye prácticas sencillas como la fermentación de especies vegetales para la obtención de alimentos más sofisticados o la cruce de animales para la creación de nuevas especies, pero también se refiere al empleo de nuevas técnicas de utilización de ADN recombinante con el objeto de resaltar alguna característica propia, agregar nuevas cualidades o directamente crear nuevos organismos vivos a través de la modificación de estructuras genéticas.

Entonces, cuando se habla de biotecnología es preciso hacerlo en un sentido amplio, comprendiendo como proceso biotecnológico aun la mera utilización de organismos vivos.

Asimismo, estrechamente relacionado con las actividades biotecnológicas – aunque quizás se trate de una actividad biotecnológica más– encontramos el tratamiento de vegetales con fertilizantes y herbicidas o el manejo y control de enfermedades que pueden afectar a animales.

2.3 Su Relación Con La Diversidad Biológica

La conservación de la diversidad biológica constituye una condición insoslayable para la defensa de la biosfera y para la satisfacción de las necesidades humanas, especialmente en lo que respecta al abastecimiento de alimentos.

Se ha dicho que la biotecnología, a través de la diversidad de técnicas incluidas en su seno, puede contribuir eficazmente a preservar la diversidad biológica, en su triple función de abastecimiento de recursos biológicos y fuentes genéticas, mantenimiento de las condiciones vitales de la biosfera⁷³⁷ y contribución a la resolución de los problemas económicos de muchos de los países subdesarrollado que son los propietarios de la mayor cuota de la biodiversidad del Planeta⁷³⁸.

No obstante, como ha dicho el Comité de Agricultura de la F.A.O., en su 15º período de sesiones, en la ciudad de Roma, a finales de enero de 1999, la biotecnología puede contribuir a la conservación, caracterización y utilización de la biodiversidad, aumentando así su utilidad, pero sin diversidad (sin pluralidad de vida), la biotecnología como simple técnica que es, no tendría sentido, se convertiría en algo verdaderamente teórico.

También, con actitud positiva ante la relación entre biotecnología y biodiversidad, se ha dicho que la misma es multidireccional, dado que: la biotecnología

⁷³⁷ SANDS, Philippe: “Principles of International Environmental Law”, Vol. I. Frameworks standards and implementation, Manchester University Press; Manchester, 1994; p. 145/6, citado por MELLADO RUIZ, Lorenzo, Ob. Cit.; p. 438.

⁷³⁸ IWU, Maurice M.: “Implementing the biodiversity Treaty: how to make international co-operative agreements work”, Trends in biotechnology, Vol. 14, 1996; p. 81-83, citado por MELLADO RUIZ, Lorenzo, Ob. Cit.; p. 439.

aporta herramientas para evaluar la biodiversidad; posee nuevos métodos y directrices para su conservación y, por último, capacita su utilización y aprovechamientos más amplios y eficientes⁷³⁹.

Igualmente, como en todo lo relacionado a la temática de la biodiversidad, existe un gran número de autores que sostienen que la mencionada relación es negativa y que, en realidad, la biotecnología puede llevar a la pérdida de la diversidad biológica.

Por otro lado, la postura del Convenio de Biodiversidad Biológica, es más bien de cautela y precaución, como surge de su artículo 8, destinado a la conservación in situ de la diversidad biológica de las Partes Contratantes, cuyo inc. g), establece: “Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: ...Establecerá o mantendrá medios para regular, administrar o controlar los riesgos derivados de la utilización y la liberación de organismos vivos modificados como resultado de la biotecnología que es probable tengan repercusiones ambientales adversas que puedan afectar a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana;”.

Este Convenio, que es el principal instrumento internacional para todos los asuntos relacionados con la diversidad biológica, trata la temática de la seguridad en biotecnología, tomándola como aquella que atañe a la necesidad de proteger la salud humana y el medio ambiente frente a posibles efectos adversos de los productos de la moderna biotecnología; pero, también, reconociendo el gran potencial que abriga para promover el bienestar de la humanidad, particularmente en cuanto a satisfacer necesidades críticas de alimentación, agricultura y cuidados sanitarios.

Así, el Convenio sobre Diversidad Biológica reconoce tanto los aspectos positivos como los negativos de la biotecnología en su relación con la biodiversidad.

Por un lado, prevé el acceso a las tecnologías, incluida la biotecnología, y su transferencia que sean pertinentes a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica (ej., Arts. 16, párr. 1; 19, párrs. 1 y 2).

Por otro lado, como vimos (Art. 8, inc. g), trata de garantizar el desarrollo de procedimientos adecuados para mejorar la seguridad de la biotecnología en el contexto del objetivo general del Convenio de reducir todas las posibles amenazas a la diversidad biológica, teniendo en cuenta asimismo los riesgos para la salud humana. En este sentido, además, se puede ejemplificar con el artículo 19, párrafo 3, que establece el escenario para la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que atienda al asunto de la seguridad de la biotecnología.

⁷³⁹ BARLOW, B.A. y TZOTZOS, G.T.: “Biotechnology”, en HEYWOOD, V.H. (dir.): “Global Biodiversity Assessment”, United Nations Environment Program y Cambridge University Press; Cambridge, 1995; p. 678.

De esta manera, surgió su Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología que será abordado más adelante.

2.4 Seguridad En Biotecnología

El término “bioseguridad” proviene del griego “bios”, que significa vida y, de “seguridad”, que alude al atributo de ser seguro, libre de peligro, daño o riesgo. De modo tal que el concepto nos lleva a la idea de algo seguro, confiable, cierto, firme, constante, ajeno de sospecha⁷⁴⁰. Significa seguridad en la Biotecnología.

De esta manera, este término se aplica en forma habitual para cuestiones relacionadas a la manipulación y a la evaluación de riesgos referidos a organismos genéticamente modificados (OGM), pero también a la prevención y el control de plagas y enfermedades de animales.

Ahora bien, aunque esto es así, el área de influencia de la bioseguridad es más abarcadora.

La bioseguridad constituye un enfoque estratégico e integrado que engloba los marcos reguladores y normativos (incluyendo instrumentos y actividades) que analizan y gestionan los riesgos en los sectores de la inocuidad de los alimentos, la vida y la sanidad animal y vegetal, incluidos los riesgos ambientales conexos. Abarca la introducción de plagas de las plantas, plagas y enfermedades de los animales, zoonosis, la introducción y liberación de organismos modificados genéticamente (OMG) y sus productos, y la introducción y gestión de especies y genotipos exóticos invasivos, de modo tal que su concepto global impacta en forma directa sobre la sostenibilidad de la agricultura, la inocuidad de los alimentos y la protección del medio ambiente, incluida la diversidad biológica⁷⁴¹.

En el Informe del Comité de Agricultura, del 15º período de sesiones, en la ciudad de Roma, del 25 al 29 de enero de 1999 (Sala Roja, Pto. II-D), se definió a la bioseguridad “como la utilización inocua y sostenible desde el punto de vista ecológico de todos los productos biológicos y las aplicaciones para la salud humana, la biodiversidad y sostenibilidad del medio ambiente en mejora de la seguridad alimentaria mundial”.

Como punto de partida para encarar nuestro estudio, utilizaremos la definición de “bioseguridad” proporcionada por la Organización de las Naciones Unidas para la

⁷⁴⁰ ZEMAN, Claudia: “El desafío de la bioseguridad frente a los OGM: Implicancias técnicas y jurídicas”, ponencia presentada en el Primer Congreso Nacional e Internacional Agrobiotecnología, Propiedad Intelectual y Políticas Públicas, organizado por la Universidad Nacional del Nordeste –Facultades de Derecho, Ingeniería Agronómica y Veterinaria, los días 26, 27 y 28 de octubre de 2006, en la Ciudad de Corrientes –Provincia de Corrientes-, República Argentina.

⁷⁴¹ Ídem anterior.

Agricultura y la Alimentación (FAO), pues es la que mejor se adecua al significado que pretendemos dar al término.

La FAO sostiene que “bioseguridad” significa la gestión de todos los riesgos biológicos y ambientales asociados con los alimentos y con la agricultura, comprendidos la silvicultura y la pesca, además de la inocuidad de los alimentos así como la vida y la sanidad de las plantas y los animales⁷⁴².

Con posterioridad, nuevamente el Comité de Agricultura de la FAO, en su 17ª período de sesiones (en Roma), en 2003, trató el tema de la bioseguridad, denominándola “Biosecurity”. Con este término se refiere a las medidas sanitarias, fitosanitarias y zoonitarias aplicadas a los sistemas de regulación de la alimentación y la agricultura.

Así, la bioseguridad representa en términos generales el proceso y objetivo de gestión de los riesgos biológicos vinculados a la alimentación y la agricultura en forma global.

En la actualidad, si bien existe falta de certeza científica sobre cuáles podrían ser las implicancias de los productos de la Biotecnología (OGMs), dos son los riesgos que se han identificado: los ecológicos y los relativos a la salud de las personas.

Por ello, se necesita la prevención de los mencionados riesgos, para alcanzar la bioseguridad, cuyo objetivo es asegurar un nivel de protección y seguridad alimentaria en la manipulación y uso de los OGMs, destinados a la alimentación de seres humanos y animales, controlando su potencial impacto en la biodiversidad.

Ahora bien, como surge implícito de lo dicho sobre la Bioseguridad, es central en su análisis, el principio precautorio del derecho ambiental, por lo que lo trataremos brevemente, antes de abordar los específicos riesgos de la Biotecnología.

2.4.A Principio De Precaución

En la cuestión de la Bioseguridad respecto a los OGMs, es imperiosa la aplicación del principio precautorio, así como también los principios de prevención y transparencia, a efectos de una correcta valoración de los riesgos implicados en aquellas actividades relacionadas con los OGMs, dada la inexistencia de certeza científica en relación a los efectos que podría producir su uso.

El principio precautorio tuvo sus primeras incursiones en la década del 70 en Alemania, en el ámbito del derecho ambiental y luego pasó a estar reflejado en numerosos convenios internacionales ambientales.

⁷⁴² Revista “Agricultura 21” (Departamento de Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación), marzo de 2001.

Entre ellos, nos interesa mencionar la Declaración de Río de Janeiro de 1992 (principio 15), el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 (su preámbulo), el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la OMC de 1994 (art. 5) y, en particular, el Protocolo sobre Bioseguridad de 2000 (art. 10.6).

Así, el artículo 10 de este Protocolo, referido al procedimiento de adopción de decisiones (de la Parte importadora en el caso de movimientos transfronterizos de OGMs), en su punto 6, enuncia el principio precautorio de la siguiente manera: “El hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información o conocimientos científicos pertinentes suficientes sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado en la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica en la Parte de importación, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, no impedirá a la Parte de importación, a fin de evitar o reducir al mínimo esos posibles efectos adversos, adoptar una decisión, según proceda, en relación con la importación del organismo vivo modificado de que se trate como...”

La aparición de este principio implicó una modificación en el modo de concebir y ejecutar la prevención.

Antes de él, se consideraba que no debía realizarse ninguna acción, cuyo riesgo estuviera demostrado. Con su surgimiento, se sostiene que no se debe realizar ninguna acción respecto de la cual no se demuestre la ausencia de riesgo.

Es decir que se produce una inversión de la carga de la prueba, ahora en manos de quien desea realizar la actividad que puede ser productora de riesgos, quien debe probar su inocuidad para el ambiente –y la salud humana.

Por otra parte, se observan dos concepciones diferentes de este principio: 1.- restrictiva, en cuanto los Estados lo aplicarán en la medida que su grado de desarrollo así lo permita. Es decir que evaluarán la relación de proporcionalidad entre costo-beneficio al momento de tomar alguna medida precautoria; 2.- extensiva, conforme al cual los Estados se encuentran obligados a asumir obligaciones que impidan eventuales efectos nocivos de una actividad o proyecto; es decir que dicha actividad está prohibida hasta tanto no se pruebe su inocuidad, postura que invierte la carga de la prueba⁷⁴³.

Ahora, existe una distinción que debe quedar determinada con claridad. No es lo mismo “prevención” que “precaución”.

⁷⁴³ FACCIANO, Luis: “La agricultura transgénica y las regulaciones sobre bioseguridad en la Argentina y en el orden internacional. Protocolo de Cartagena de 2000”, en Actas del III Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario, publicación del Colegio de Abogados de Rosario, Ed. IE; Rosario, 2000; p. 251/2.

Asimismo, se debe tener presente que si bien estos principios son esencialmente jurídicos (más específicamente, del ámbito del derecho ambiental), tienen su basamento en fuentes políticas, toda vez que se sitúa en cabeza del Estado la facultad de adoptar todas las decisiones pertinentes, destinadas a salvaguardar los derechos fundamentales de sus habitantes a la salud y a un medio ambiente sano⁷⁴⁴.

Así, el principio de prevención (pre-venir) es un criterio formal y previo que debe inspirar la regulación procedimental de las actividades biotecnológicas, exigiendo que todos los experimentos y actividades se realicen según criterios científicos, sobre bases técnicas y teóricas sólidas, con las medidas y requisitos exigidos normalmente por la ciencia⁷⁴⁵.

Pero, en materias como la ingeniería genética, este principio no es suficiente, dado que implica unos riesgos que no se neutralizan siguiendo las pautas científicas normales.

De este modo, el principio de precaución supone un grado más de reflexión y concienciación. Supone una enfatización de las medidas preventivas. Implica, como lo ha destacado la Comisión Europea –U.E.–, en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre “El recurso al principio de precaución” –DOCE C 268, de 19 de septiembre de 2000–, “un planteamiento estructurado del análisis del riesgo, basado en tres elementos: evaluación del riesgo, gestión del riesgo y comunicación del riesgo”⁷⁴⁶. La precaución supone tomar medidas por debajo del umbral de peligrosidad⁷⁴⁷.

Es decir que no se trata sólo de prevenir o minimizar los posibles riesgos evidentes de una actividad.

Entonces, desde una perspectiva genérica, se ha dicho que el principio de cautela establece que en caso de una amenaza de daños medioambientales graves o irreversibles la carencia de total certidumbre científica al respecto no debe impedir la adopción de las medidas pertinentes dirigidas a prevenir el deterioro del medio ambiente⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ ZEMAN, Claudia, Ob. Cit.

⁷⁴⁵ MELLADO RUIZ, Lorenzo: “Derecho de la Biotecnología Vegetal (La regulación de las plantas transgénicas)”, Instituto Nacional de Administración Pública – Ministerio de Medio Ambiente; Madrid, 2002; p. 66.

⁷⁴⁶ Ídem anterior.

⁷⁴⁷ BÁRCENA, Iñaki y SCHÜTTE, Peter: “El principio de precaución medioambiental en la Unión Europea. Aspectos jurídico-políticos”, Revista de Derecho Ambiental, nº 19, 1997; p. 15.

⁷⁴⁸ MARÍÑO FERNÁNDEZ, Fernando M.: “La configuración progresiva de la política medioambiental comunitaria”, Revista de Instituciones Europeas, Vol. 20, nº 3, septiembre-diciembre 1993; p. 823.

Por lo dicho, el ordenamiento de la Biotecnología –en todo país- es –o debe ser-, por tanto, proactivo y no reactivo⁷⁴⁹. Esto es, responde antes de la producción de cualquier riesgo.

Justamente, dada la peligrosidad e irreversibilidad de las actividades derivadas de la biotecnología, el Derecho se halla constreñido a responder antes de que se produzca la posibilidad objetiva del acaecimiento de un daño, no ya el daño mismo.

En este sentido se ha dicho que, el ámbito de aplicación del principio de precaución... comprende las situaciones en que la intensidad de un riesgo todavía no representa un peligro para el medio ambiente –agregamos, y para la salud humana-, pero significa un riesgo identificable por encima del riesgo residual –dado que el riesgo cero no existe⁷⁵⁰.

Ahora bien, en base a cuál sea la preponderancia que el Estado haya dado a los principios de precaución y prevención en lo que respecta a la regulación de la bioseguridad, en el mundo encontramos ejemplos de diferentes políticas adoptadas en este sentido.

Así, E.E.U.U. prefirió una política de prevención, es decir, de confianza en la ciencia y reglamentación de mínimos para cumplir con los requisitos marcados por ésta, protegiendo bienes jurídicos concretos de daños concretos.

En cambio, la U.E. siempre estuvo más acorde con una política de precaución, basada en la anticipación de la causalidad y en el desbordamiento de las facultades del aparato administrativo, en la que no basta con cumplir los dictados de la ciencia, sino que ante la duda, o ante actividades con riesgos esencialmente graves para el ambiente o el hombre, hay que abstenerse o rigorizar los requisitos, restringiendo las mencionadas actividades por su peligro en sí, no por su previsible afectación evaluable sobre determinados bienes jurídicos⁷⁵¹.

Ahora, cabe preguntarnos cuál de estas dos posturas políticas en lo que respecta a seguridad en Biotecnología es la que ha adoptado el Paraguay o, en su caso, debería adoptar. Esta cuestión será respondida más adelante, al analizar la normativa concreta de nuestro país.

Por último, cabe destacar que esta diferenciación, entre prevención y precaución, llevó a hablar de dos tipos de controles de la biotecnología.

⁷⁴⁹ CHATAWAY, Joanna y TAIT, Joyce: “¿Influye estratégicamente la normativa sobre riesgos en la toma de decisiones del sector biotecnológico?”, *Agricultura y Sociedad*, n° 64, julio-septiembre 1992; p. 172/3.

⁷⁵⁰ BÁRCENA, Iñaki y SCHÜTTE, Peter, *Ob. Cit.*; p. 17.

⁷⁵¹ MELLADO RUIZ, Lorenzo, *Ob. Cit.*; p. 68.

Así, un control interno, de carácter científico y técnico, realizado por los propios científicos, concordaría con la idea de prevención. Y, un control externo, que versaría sobre la idoneidad y utilidad social de sus aplicaciones, es decir, que tendría en cuenta los efectos de una tecnología determinada sobre la sociedad y, consecuentemente, sobre el ambiente que la rodea y los hombres que la componen, respondería a la idea de precaución⁷⁵².

2.4.B Los Riesgos De La Biotecnología

En la actualidad, como dijimos en párrafos anteriores, con respecto a los productos de la Biotecnología (OGMs), dos son los riesgos que se han identificado: los ecológicos y los relativos a la salud de las personas.

Estos riesgos deben ser prevenidos para alcanzar la bioseguridad.

Por ello, a continuación hablaremos, por un lado, de la seguridad alimentaria y sanitaria, que se halla relacionada con aquellos riesgos biotecnológicos que tienen más que ver con la salud de las personas y, por otro, de la seguridad ecológica, vinculada a las implicancias en el medio ambiente de las actividades producidas por la biotecnología. También controlando siempre su potencial impacto en la biodiversidad.

2.4.B.I Seguridad Alimentaria y Sanitaria

Nos referiremos aquí a las aplicaciones de la biotecnología en el sector agroalimentario. Sobre todo, a las plantas transgénica y su incidencia en la salud humana. Pero, no debemos olvidar que la biotecnología ha tendido sus redes a muchos sectores, como el de la salud humana, particularmente en lo que respecta a la industria farmacéutica, el de la industria química, en veterinaria, etc.

Ahora bien, los alimentos derivados de la aplicación de la biotecnología, es decir, los OGMs, antes de llegar al mercado y, por consiguiente formar parte de la dieta de hombres y animales, son objeto de rigurosas evaluaciones sobre su seguridad alimentaria y sus cualidades nutritivas.

La finalidad de estas evaluaciones es asegurar que, como mínimo, no se altera el nivel de seguridad del producto convencional, base del transgénico.

Con respecto a ellas, muchas veces se ha sostenido que son más severas que los que se utilizan para otros productos alimenticios⁷⁵³.

⁷⁵² DÍAZ MARTÍNEZ, José Antonio: “La integración de la evaluación de tecnologías en el desarrollo de la biotecnología”, en SÁNCHEZ MORALES, María del Rosario (Coord.): “La manipulación genética humana a debate”, Cap. 9, UNED; Madrid, 1998; p. 246.

⁷⁵³ Así, IÁÑEZ PAREJA, Enrique: “Seguridad y riesgo de las plantas transgénicas”, en IÁÑEZ, Enrique (coordinador): “Plantas transgénicas: de la ciencia al derecho”, Editorial Comares; Granada, 2002; p. 29.

Ahora bien, justamente para la evaluación de la seguridad de los productos transgénicos, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), en 1993, introdujo el concepto de “equivalencia sustancial”, conforme al que si un alimento procedente de la biotecnología se puede caracterizar como equivalente al convencional del cual deriva, se supone que no plantea nuevos riesgos y se considera apto para el consumo.

La OCDE define al “alimento seguro”, como aquél que es considerado tal cuando existe razonable certeza de que ningún daño resultará de su consumo, según las condiciones previstas de uso.

Ahora, el concepto de equivalencia sustancial se aplica a la composición química, a las características moleculares y a los rasgos fenotípicos y agronómicos de la planta.

La evaluación de seguridad de un alimento modificado genéticamente, conlleva una minuciosa investigación respecto de cantidades de alimento que la población consumirá incluyendo el consumo medio y extremo; descripción detallada de la constitución del alimento y de su forma de producción; antecedentes de cualquier efecto adverso a la salud en relación a los OGMs; descripción detallada del proceso de modificación genética; evaluación de cualquier efecto adverso nutricional, toxicológico o microbiológico del mismo; evaluación de datos obtenidos con personas alimentadas con alimentos modificados genéticamente en condiciones controladas⁷⁵⁴.

No obstante, la herramienta de la equivalencia sustancial, no sustituye a otras evaluaciones de seguridad más rigurosas, sino sólo exige que la variedad genéticamente modificada sea tan segura como la convencional que la precedió.

Así, la variedad es sometida a ensayos nutricionales, inmunológicos y toxicológicos adicionales, aproximando esta evaluación al análisis de riesgos que se aplican a los plaguicidas, aditivos alimentarios y otras sustancias químicas.

La propia OCDE, creadora del concepto ha dicho que la comprobación de la equivalencia sustancial no puede limitarse a una comparación analítica (superficial) de los componentes fácilmente detectables y debe realizarse una valoración de la inocuidad de la característica nueva, teniendo en cuenta cómo actúa en el organismo original y qué técnicas de transmisión fueron aplicadas.

En el año 2000, se llevó a cabo en Ginebra, la primera consulta conjunta de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización de las Naciones Unidas

⁷⁵⁴ NUTTI, Marilia R. y WATANABE, Edson: “Segurança alimentar dos alimentos geneticamente modificados” en “Alimentos geneticamente modificados. Segurança alimentar e ambiental”, ABIA; São Paulo, 2002, citados por ZEMAN, Claudia, Ob. Cit.

para la Agricultura y la Alimentación (FAO) sobre los alimentos derivados de la biotecnología.

En ella se abordó lo referente a las metodologías y procedimientos para evaluar los riesgos de estos alimentos y, especialmente, lo que respecta a la pertinencia de aplicar el concepto de equivalencia sustancial como guía principal para dicha evaluación.

Las principales conclusiones a la que se arribaron en esa oportunidad, fueron⁷⁵⁵:

- la evaluación de seguridad debe realizarse caso por caso y paso a paso, con un enfoque comparativo que se centre en determinar las semejanzas y diferencias entre el alimento derivado de transgénesis y su homólogo convencional;
- actualmente no hay estrategias alternativas al uso correcto de la equivalencia sustancial que pudieran suministrar una mejor garantía de seguridad. La equivalencia sustancial proporciona un marco robusto de evaluación de seguridad, si bien no es la evaluación en sí misma;
- se deben desarrollar métodos para detectar y evaluar el impacto de efectos no deseados, si bien esto no es específico de la transgénesis, sino que es un fenómeno general que afecta igualmente a la mejora tradicional. Se propone que, aparte de los actuales enfoques “focalizados” en el análisis de componentes específicos del alimento, se emprenda igualmente un acercamiento “no focalizado”, basado en métodos de perfiles químicos sistemáticos (en este sentido las herramientas de la “proteómica” y “metabolómica”, derivadas en parte de los proyectos genoma, serán de gran utilidad).

Por otra parte, la FAO ha dicho que, cuando la ingeniería genética introduce un nuevo rasgo en una planta de cultivo (un alimento o ingrediente), puede suceder que⁷⁵⁶: 1.- sea sustancialmente equivalente a su análoga convencional, en cuanto a sus aspectos agronómicos y toxicológicos; 2.- sea sustancialmente equivalente a su análoga convencional, excepto por algunas pocas diferencias claramente definidas; 3.- no sea sustancialmente equivalente a la convencional (en el caso de alimentos o ingredientes, porque sus diferencias no pueden ser definidas o porque su análogo convencional no existe).

En este último caso, en lo que respecta a plantas modificadas genéticamente, la evaluación de su seguridad se realiza sin referencia comparativa a su equivalente convencional, requiriéndose respuestas a una serie de cuestiones específicas. Así: a) confirmación de que se han producido los cambios buscados por la manipulación; b) estabilidad de la construcción genética; c) búsqueda de posibles cambios no pretendidos;

⁷⁵⁵ Enumeradas por IÁÑEZ PAREJA, Enrique, Ob. cit.; p. 31.

⁷⁵⁶ www.fao.org/es/ESN/food/biotechnology.pdf

d) confirmación de que no se alteran los niveles de nutrientes ni aumentan los antinutrientes⁷⁵⁷.

Ahora bien, por mucho de lo expuesto y porque se han detectado dificultades para aplicar a los alimentos derivados de la biotecnología (por ej., en base a plantas modificadas genéticamente) los procedimientos tradicionales de ensayo toxicológico y evaluación de riesgos, se consideró necesario un enfoque más específico para evaluar la inocuidad de los mismos, incluidos aquellos producto del ADN recombinante. Justamente, para hacer frente a esta problemática se ha elaborado un método multidisciplinario de evaluación de la inocuidad que toma en cuenta los cambios intencionales o no intencionales que pueden producirse en la planta o en los alimentos derivados de ésta aplicando el concepto de equivalencia sustancial⁷⁵⁸.

Otros temores respecto al uso de plantas transgénicas fruto de la biotecnología, son el incremento de los riesgos de alergias y también la resistencia a los antibióticos.

Por otra parte, la bioseguridad también comprende la evaluación de la seguridad alimentaria respecto de los distintos contaminantes que pueden estar presentes en los alimentos. Ella se realiza conforme a los siguientes pasos: identificación del peligro, caracterización del peligro, evaluación de exposición al peligro, evaluación de seguridad y evaluación del riesgo.

Por último, la OMS y la FAO han definido al “peligro” como un agente biológico, químico o físico presente en un alimento, o en una condición del mismo, con potencial para causar un efecto adverso a la salud; y, al “riesgo”, en función a la probabilidad de un efecto adverso a la salud y que la severidad de ese efecto ocurra como consecuencia del peligro. Es decir que, el riesgo, depende del nivel de exposición al peligro y su existencia por sí sola, no implica un riesgo apreciable⁷⁵⁹.

2.4.B.II Seguridad Ecológica

En este acápite, la pregunta que debemos hacernos y tratar de responder es: ¿los transgénicos u OGMs dañan el medio ambiente?

En este sentido, existen varios riesgos que se consideran vienen de la mano de ellos: salto de barreras evolutivas⁷⁶⁰; variabilidad genética y fenotípica⁷⁶¹; escape de

⁷⁵⁷ IÁÑEZ PAREJA, Enrique, Ob. cit.; p. 34.

⁷⁵⁸ ZEMAN, Claudia, Ob. Cit.

⁷⁵⁹ Ídem anterior.

⁷⁶⁰ Es decir que se pueden transferir rasgos interesantes concretos desde cualquier otro ser vivo al organismos sobre el que se quiere realizar la modificación. En este supuesto, a través de la ingeniería genética se introducen uno o unos pocos genes de secuencia conocida y perfectamente caracterizados funcionalmente.

⁷⁶¹ O sea, la imposibilidad de controlar el sitio de integración de los genes, que es aleatoria y, la introducción de varias copias del gen -y no sólo de una-, que pueden alterar su expresión. Es el problema de los efectos

transgenes⁷⁶²; producción de malas hierbas⁷⁶³; resistencia a virus⁷⁶⁴; resistencia a insectos⁷⁶⁵; erosión genética⁷⁶⁶; etc.

En base a estos riesgos encontramos diferentes formas de regulación (por productos o por procesos) surgidas para los transgénicos.

Es que la ingeniería genética y sus productos, supuso un giro radical respecto a la cultura del riesgo que ha considerado tradicionalmente el riesgo tras los hechos. La noción clásica de riesgo se ha centrado en los productos peligrosos y ha prestado menor atención a las técnicas o procesos peligrosos⁷⁶⁷.

A continuación consideraremos, las dos opciones que existen actualmente para afrontar procedimentalmente la regulación de la biotecnología:

1.- Principio de “verticalidad” (regulación por productos)

Esta regulación vertical, reactiva, ha sido adoptada por E.E.U.U. o Japón, quienes se centran en los productos peligrosos, independientemente de las técnicas usadas para su obtención, atribuyendo la competencia para su control verticalmente a las distintas agencias encargadas de cada producto.

Este principio implica, entonces, una distribución de controles en base al producto final, por lo que cada agencia administrativa ejercerá sus competencias de control sobre los productos sometidos bajo su espectro material (las autoridades

pleitrópicos, es decir, los eventuales efectos indirectos y no previstos, que se pueden derivar de la interacción del transgén con el fondo genético previo de la planta transformada

⁷⁶² Consiste en el riesgo existente de transferencia del transgén desde una planta que ha sido manipulada genéticamente a otra no transgénica o silvestre, llevando a la contaminación genética de otras especies.

⁷⁶³ Es decir, la posibilidad de que las plantas transgénicas aumenten su capacidad de transformarse en malas hierbas o malezas difíciles de eliminar.

⁷⁶⁴ Fenómeno de la biotecnología conocido con el nombre de “resistencia derivada del parásito” y se da como consecuencia de haber sido una especie de cultivo convertida en resistente a virus mediante la inserción de genes virales en sus genomas. Los mecanismos que hacen que la variedad resista al virus todavía no son comprendidos totalmente.

⁷⁶⁵ Existe un grupo de bacterias del género *Bacillus* que, durante su proceso de esporulación (es decir, aquél proceso de diferenciación celular por el que llegan a la producción de células reproductivas dispersivas de resistencia llamadas esporas), producen unas proteínas con actividad insecticida muy selectiva (llamadas endotoxinas delta o proteínas cristalinas “Cry”) frente a las larvas de ciertos insectos (principalmente, lepidópteros y coleópteros).

De este modo, al ingerir la larva del insecto material vegetal que lleva estas sustancias, pasan al tracto digestivo del mismo, en el que al activarse causan su muerte.

Ahora bien, la ingeniería genética logró obtener plantas transgénicas con algunos de los genes de las proteínas Cry de *B. thuringiensis*; por ello llamadas plantas Bt, que resisten de este modo los ataques de insectos

⁷⁶⁶ La biotecnología puede acentuarla, trayendo consigo sus riesgos de vulnerabilidad frente a plagas y factores ambientales adversos.

⁷⁶⁷ MUÑOZ, E.: “Agricultura y biodiversidad: biotecnología y su relación conflictiva con el medio ambiente”, *Arbor* CLII, n° 603; ps. 113-131.

fitosanitarias, controlan las plantas, las de control de alimentación los productos alimenticios, las farmacéuticas los medicamentos, etc.).

Todo ello, con independencia de que en su elaboración se hayan empleado o no técnicas de ingeniería genética.

De este modo, no hay necesidad de dictar nuevas normas en lo que respecta a la seguridad de los OGMs, ya que ella habrá de ser enmarcada en la normativa general para el control de los productos peligrosos.

Esta opción de regulación se basa más en la necesidad de garantizar la total inocuidad de aquellos productos aparentemente peligrosos para el ambiente o el hombre, por lo que la evaluación de la seguridad de los OGMs debería apoyarse en la naturaleza de los mismos y en el ambiente en el que van a introducirse y, no tanto en el método por el cual han sido modificados.

Por ello, el concepto clave es el de *previously gained experience*: a mayor familiaridad con el organismo, menores controles y exámenes⁷⁶⁸.

Los E.E.U.U. han adoptado este principio vertical para los OGMs, dado que ya en 1987 su Academia Nacional de Ciencias (NAS), constató que los riesgos asociados con la introducción en el ambiente de organismos producto de las técnicas de ADN recombinante, eran de la misma clase que los que supone la introducción de organismos domésticos tradicionales o de animales y plantas silvestres fuera de sus respectivos ámbitos.

Y, en 1989, su Consejo Asesor sobre Ciencia (NRC), expresó que los cultivos modificados por métodos moleculares y celulares no suponen riesgos distintos a los de los modificados por métodos genéticos clásicos para rasgos similares.

Entonces, no hay diferencias conceptuales significativas entre la seguridad ecológica o de otro tipo de las viejas técnicas de mejora genética y la nueva biotecnología.

La conclusión de este enfoque es que los OGMs deben regularse como cualquier otro organismo, a saber, en función del tipo de uso previsto (alimento, plaguicidas, etc.) y de su riesgo intrínseco (en el caso de poseer características de toxicidad, patogenicidad, invasividad, etc.), incluyendo las previsibles interacciones con el entorno donde se pretende aplicar⁷⁶⁹.

2.- Principio de “horizontalidad” (regulación por procesos)

⁷⁶⁸ Ídem; p. 75.

⁷⁶⁹ IÁÑEZ PAREJA, Enrique, Ob. cit.; p. 43.

Esta regulación es preventiva y se estructura en torno al control de los procesos de producción y creación de los productos (y no en torno a los productos en sí, como la regulación vertical), atribuyéndose el control de los productos y actividades biotecnológicas a organismos específicos. Este ha sido el caso de la Unión Europea.

Así, este principio implica un control progresivo de los procesos de ingeniería genética.

En base al mismo, las instancias administrativas tienen competencias para el control de un proceso biotecnológico integral, desde antes del inicio de la actividad hasta la comercialización del producto final. No se regulan productos, sino los procesos de producción⁷⁷⁰.

Entonces, impone procedimientos y requisitos específicos para los productos transgénicos, reservando la aplicación de las normas generales para los productos convencionales (es decir, aquellos en los que no ha intervenido la ingeniería genética).

De esta manera, Europa ha invertido la concepción clásica del riesgo, dado que en su normativa sobre seguridad en biotecnología, no establece la constatación de si un producto es peligroso (o puede serlo) para limitar su producción y circulación, sino que trata de regular antes que el peligro emerja.

3. La Normativa Paraguaya Sobre Seguridad En La Biotecnología

La Seguridad en la biotecnología o Bioseguridad comprende las normativas necesarias para minimizar los riesgos originados por el empleo de las técnicas o insumos utilizados por la Biotecnología. Estas normas son un elemento indispensable para cualquier política de desarrollo de la Biotecnología. Además de resguardar los intereses públicos y privados, buscan facilitar el comercio y la transferencia de tecnología, estableciendo estándares y prácticas aceptadas internacionalmente, que preserven a las personas, los animales, las plantas y el ambiente⁷⁷¹.

Por ello, a continuación expondremos las normativas que tanto a nivel internacional como nacional regulan o se relacionan a la Bioseguridad dentro del ordenamiento jurídico del Paraguay.

No obstante, primeramente, mencionaremos las normas constitucionales aplicables por ser las que se hallan en la cúspide del ordenamiento jurídico paraguayo

⁷⁷⁰ ALFONSO GARCÍA, Enrique: "Legislación sectorial de Medio Ambiente", REDA, N° 137, mayo-agosto 1995; p. 74-75.

⁷⁷¹ DELLACHA, Juan M. (Arg.); CARULLO, Juan Carlos (Arg.); PLONSKY, Guilherme Ary (Bra.); EVARISTO DE JESÚS, Katia Regina (Bra.): "La Biotecnología en el MERCOSUR: Regulación de la Bioseguridad y de la Propiedad Intelectual", Ediciones UNL; Santa Fe, 2003; p. 63.

(luego seguidas por los tratados o convenios internacionales ratificados por la República y por las leyes dictadas por el Congreso). Así:

- a. La obligación del Estado de promover la calidad de vida de los habitantes (Art. 6).
- b. El reconocimiento del derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado⁷⁷² (Art. 7).
- c. El mandato al Estado de regular por Ley a las actividades susceptibles de producir alteración ambiental. La Ley también puede restringir o prohibir las actividades que califique peligrosas (Art. 8).
- d. La prohibición de introducir al país de residuos tóxicos (Art. 8).
- e. El reconocimiento de que las fuentes públicas de información son libres para todos (Art. 28).
- f. La obligación del Estado de proteger y promover la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad, estableciéndose que nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas (Art. 68).
- g. El mandato al Estado de velar por el control de la calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos en las etapas de producción, importación y comercialización (Art. 72).
- h. El reconocimiento de que la propiedad privada es inviolable, pero también que su contenido y límites serán establecidos por la Ley, atendiendo a su función económica y social (Art. 109).
- i. El derecho de las personas a reclamar, individual o colectivamente, ante las autoridades públicas, medidas para la defensa de los intereses difusos, entre los que incluye, al ambiente y la integridad del hábitat (Art. 38).
- j. La garantía de que la falta de Ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía (Art. 45).

Finalmente, la Constitución establece que ella es la Ley Suprema de la República y que los instrumentos internacionales válidamente celebrados y aprobados por el Congreso, tienen un mayor grado de prelación que las leyes de derecho interno (Arts. 137 y 141).

⁷⁷² El Paraguay ha ratificado el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) mediante Ley 1040/97. Por lo tanto, el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado debe ser considerado en el Paraguay como un derecho humano (Art. 11 del citado Protocolo). Por otra parte, los tribunales paraguayos ya han calificado como tal a este derecho (Tribunal de Apelaciones del Menor y la Adolescencia, Asunción, Acuerdo y Sentencia N° 78 del 18-8-03 in re “IDEA c/ BNF y otro s./ Amparo” y Tribunal de Apelación de Encarnación, Primera Sala, Acuerdo y Sentencia N° 121/04/01 del 10-6-04 in re “Municipalidad de Encarnación c/ Entidad Binacional Yacyretá s./ Amparo constitucional”).

Esto es, las leyes internas del Paraguay deben subordinarse a lo que establezcan la Constitución y los compromisos internacionales de la República incorporados a su ordenamiento jurídico, en ese orden de prelación, bajo pena de ser declaradas inválidas.

3.1 Normativa Internacional

En ella encontramos el ámbito más genérico de regulación de la biotecnología.

A continuación brevemente la referiremos, dado que Paraguay ha aprobado y ratificado en gran parte la misma.

Asimismo debemos recordar que actualmente se habla de un Derecho Internacional de la Biotecnología, como rama más novedosa y reciente del Derecho Internacional del Medio Ambiente⁷⁷³.

La importancia de la instancia internacional en la regulación de los OGMs surge del proyecto de acción de las Naciones Unidas para la consecución de un Desarrollo Sostenible Global en el s. XXI, esto es, de la Agenda 21 que, en el punto 16,29, dispone: “Es necesario un mayor desarrollo de los principios internacionalmente consensuados sobre valoración del riesgo y tratamiento de todos los aspectos de la Biotecnología, lo que debería contribuir al desarrollo de los principios a nivel nacional. Sólo cuando sean adoptados procedimientos adecuados y transparentes de control y seguridad será la Comunidad suficientemente capaz de obtener los máximos beneficios de la Biotecnología, y de responder adecuadamente a sus riesgos”

En esta declaración de intenciones, encontramos muchas claves que inspiran la actual problemática sobre la regulación de la Biotecnología –y su seguridad-, que deberían ser tenidas en cuenta en nuestro país, dado que constituyen objetivos para las distintas opciones normativas, no sólo a nivel internacional, sino también interno.

Algunas de ellas serían⁷⁷⁴: internacionalización de normas, consenso en los requisitos exigidos para la manipulación de organismos genéticamente modificados, tratamiento uniforme de las diversas aplicaciones, compatibilización de las instancias supraestatales con las regulaciones internas –caso del MERCOSUR-, necesidad de procedimientos ágiles y efectivos, fiscalización objetiva de los experimentos, calibración adecuada, tanto a corto como a largo plazo, de los riesgos y los beneficios, metodologías para el manejo de la incertidumbre y la calidad de la información, etc.

⁷⁷³ MELLADO RUIZ, Lorenzo: “Derecho de la Biotecnología Vegetal (La regulación de las plantas transgénicas)”, Instituto Nacional de Administración Pública – Ministerio de Medio Ambiente; Madrid, 2002; p. 86.

⁷⁷⁴ Ídem anterior; p. 80.

No obstante, a nivel internacional, lo más preocupante actualmente es, justamente, la ausencia de una normativa común sobre el uso y las aplicaciones de la Biotecnología, en aras a la homogenización en el tratamiento de esta temática que, en sus implicancias tanto ambientales como sobre la salud humana, no admite fronteras geográficas ni soberanías estatales.

Es que, una liberación de OGMs al ambiente, por ejemplo, necesita, ineludiblemente, un régimen de seguimiento, control y vigilancia de ámbito global, abierto, sin regulaciones que pierdan su eficacia tras la frontera del país autorizante⁷⁷⁵.

Específicamente, en lo que a cuestiones de seguridad de la moderna Biotecnología respecta, el Preámbulo del Voluntary Code of Conduct for the Release of Organisms into the Environment, elaborado por la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (U.N.I.D.O.), con la asistencia del International Centre for Genetic Engineering and Biotechnology (I.C.G.E.B.), para el grupo de trabajo sobre Bioseguridad –nacido en 1990 con el objeto de establecer unas directrices prácticas para facilitar la aplicación de la Biotecnología- conformado por UNIDO, UNEP (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente), WHO (Organización para la Salud en el Trabajo) y FAO, en julio de 1991, dispuso para los nuevos organismos que tienen el potencial de producir efectos transfronterizos, “la necesidad de desarrollar un código internacional de conducta y práctica y establecer un marco general y unas directrices que aseguren su seguridad en la investigación, desarrollo, producción, comercio y uso”.

En 1992, encontramos otra referencia en el Informe –General A/CONF. 151/26 (Vol. I)- de las Naciones Unidas sobre la Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo –o Cumbre de la Tierra- que, convocada por la Asamblea General y desarrollada en Río de Janeiro en junio del mismo año, tuvo entre sus principales objetivos promover el desarrollo del Derecho Internacional del Medio Ambiente y, particularmente, la posibilidad y oportunidad de definir los derechos y deberes de los Estados en ese ámbito.

Así, el Capítulo 16 del mentado Informe menciona a “la Biotecnología, como un campo de emergente desarrollo científico, constituye un abanico de técnicas susceptibles de producir específicos cambios en el ADN, o material genético, en plantas, animales y sistemas microbiales, y posibilitar la producción de productos y tecnologías útiles”.

Este Capítulo 16, que desarrolla los objetivos generales plasmados por las diferentes delegaciones nacionales en la Agenda 21 o Programa 21, se estructura sobre cinco áreas de actuación determinadas: 1) Incremento de alimentos y materias primas; 2) Mejora de la salud humana; 3) Mejora de la protección del Medio Ambiente; 4) Seguridad y desarrollo de la cooperación; 5) Desarrollo de una Biotecnología respetuosa con el Medio Ambiente, y pretende, en última instancia, compatibilizar las enormes

⁷⁷⁵ Ídem; p. 81.

posibilidades que se desprenden de las nuevas técnicas de ingeniería genética (salud, seguridad alimenticia, prácticas agrícolas sostenibles, salubridad del agua, desarrollo industrial de materias primas, reforestación y tratamiento de aguas residuales) con la prudencia de un control eficaz, el realismo de su adaptación a las técnicas tradicionales y la necesidad de fiscalizar su incidencia sobre el medio ambiente.

3.1.A La Organización Para La Cooperación y El Desarrollo Económico (OCDE)

Es una organización internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados de economía de mercado.

En ella, los representantes de esos países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros.

Constituye una de las organizaciones internacionales productora de publicaciones en economía y asuntos sociales, documentos de trabajo y otros productos sobre las áreas de trabajo de la misma.

Los objetivos de la organización, definidos en la convención de la OCDE que fue ratificada por todos los países miembros, son de promover las políticas tendientes a⁷⁷⁶:

- Realizar la mayor expansión posible de la economía y el empleo y un progreso en el nivel de vida dentro de los países miembros, manteniendo la estabilidad financiera y contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial.
- Contribuir a una sana expansión económica en los países miembros, así como no miembros, en vías de desarrollo económico.
- Contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria conforme a las obligaciones internacionales.

Ahora, aunque nuestro país no integra la OCDE nos interesa resaltar su existencia porque gran parte de sus acciones, como surge de sus objetivos, están encaminadas a contribuir con los países no miembros en vías de desarrollo.

Asimismo, porque ha trabajado en temas de bioseguridad y estos productos deberían ser tenidos en cuenta por nuestro país como herramientas importantes al momento de tomar decisiones y de elaborar regulaciones al respecto.

Así, los países miembros trabajan en la elaboración de reglamentos armonizados para la biotecnología a través de dos Grupos: el Grupo de Expertos sobre Armonización

⁷⁷⁶ En http://www.oecd.org/pages/0,3417,es_36288966_36288120_1_1_1_1_1,00.html (página web visitada el 21/06/2007)

de Vigilancia Reglamentaria en Biotecnología y el Grupo Especial sobre la Inocuidad de Alimentos Nuevos para uso humano y animal.

Estos Grupos han desarrollado Documentos de Consenso enfocados hacia la evaluación de la inocuidad de manera científica, lo cual es común a todas las agencias nacionales que regulan las plantas mejoradas genéticamente⁷⁷⁷.

Entonces, estos documentos podrían ser aprovechados por los organismos paraguayos encargados de las materias referidas a la bioseguridad.

3.1.B Convenio Sobre Diversidad Biológica (Ley 253/93)

En 1992, el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) quedó abierto a la firma, entrando en vigor en 1993. Paraguay lo aprueba a través de la Ley 253, ese mismo año.

Aquí, nos interesa este Convenio dado que al suponer la biotecnología la aplicación tecnológica en la utilización de organismos vivos o de sus derivados para la creación, modificación o elaboración de productos, su “materia prima” justamente es la diversidad biológica. Ella no sólo es utilizada sino que también puede ser combinada con alguno de esos productos: los organismos genéticamente modificados (OGM).

Dos son entonces las actividades que tienen el potencial de reducir y/o alterar la diversidad biológica: su excesiva y/o mala utilización sin que medie modificación genética alguna y, la introducción en los ecosistemas de OGM sin una previsión y un control de los eventuales riesgos a que pudiera dar lugar.

Este Convenio establece en su artículo 1, entre sus objetivos, dos que particularmente se relacionan con la bioseguridad: la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes (los restantes, son: la distribución justa y equitativa de los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos y la conservación de los conocimientos de las comunidades autóctonas, incluyendo el acceso apropiado de los recursos genéticos y la transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes).

Además, obliga a cada Parte Contratante a establecer los “medios para regular, administrar o controlar los riesgos derivados de la utilización y la liberación de organismos vivos modificados como resultado de la biotecnología que es probable tengan repercusiones ambientales adversas que puedan afectar a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana” (Art. 8, inc. g).

Ahora, avanzando un poco más en el tiempo, su Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología (o Protocolo de Cartagena) adoptado en el año 2000 y aprobado por el

⁷⁷⁷ DELLACHA, Juan M. y otros, ob. cit.; p. 66.

Paraguay a través de la Ley 2309 de 2003 -que abordaremos con mayor detenimiento más adelante-, pretende “contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna, que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica”, conforme su artículo 1.

Este protocolo se ocupa sólo de los movimientos transfronterizos de OGM. No obstante, el CDB obliga, asimismo, a sus signatarios a conservar la diversidad biológica (incluido lo relativo a OGM) dentro de sus fronteras (Artículo 4), y a cooperar en la conservación de la diversidad biológica de los demás países, en especial de los países en desarrollo (Art. 5).

En resumen, el Convenio sobre la Diversidad Biológica obliga a conservar la biodiversidad per se y a tener en cuenta los riesgos para la salud humana.

La biodiversidad es el sustrato material que se utiliza en los procesos biotecnológicos, los cuales, por su parte, no deben alterar ni degradar la biodiversidad y deben ser inocuos para los seres humanos.

Actualmente, la seguridad y la inocuidad de esos procesos son reguladas por instrumentos internacionales que centran su atención en el tráfico comercial internacional, es decir, en tanto y en cuanto sean funcionales a su ordenación.

Como consecuencia, la legislación nacional relativa a Bioseguridad debe contemplar adecuadamente el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Convenio sobre Diversidad Biológica, más allá de lo que se refiere al comercio internacional, y, asimismo, debe estar en condiciones de implementar lo que está estipulado en aquellos instrumentos en relación con el CDB.

3.1.C La Organización Internacional Para La Agricultura Y La Alimentación (FAO) Y El Compromiso Internacional Sobre Los Recursos Fitogenéticos

Por su parte, la Organización Internacional para la Agricultura y la Alimentación (FAO), también implicada en el desarrollo y promoción de las aplicaciones agrícolas y alimentarias de la Biotecnología vegetal -sobre todo-, se ha ocupado en varias oportunidades de las Biotecnologías, sosteniendo que “son un grupo de poderosas herramientas para la investigación y el desarrollo actuales ... (aunque) deberían ser usadas conjuntamente con las tecnologías tradicionales para la solución de problemas y sus aplicaciones dirigirse más a las necesidades que al desarrollo de la tecnología en sí”⁷⁷⁸.

⁷⁷⁸ FAO, “Biotechnology in Agriculture, Forestry and Fisheries: Fao policies and strategies –Introducción”, en *Agricultural biotechnology in the developing World*; 1995, todo ello motivado por la “necesidad de

Y, en enero de 1999, en un el Informe “La FAO y la biotecnología” se declaraba expresamente que “unida a otras tecnologías, la biotecnología puede aportar nuevas soluciones para algunos de los problemas antiguos que obstaculizan el desarrollo rural sostenible y la consecución de la seguridad alimentaria ...La FAO reconoce la necesidad de adoptar un criterio equilibrado y amplio para el desarrollo biotecnológico, planteando su integración en diversos sectores del programa de trabajo de la Organización”.

Ahora, la norma internacional que nos interesa también reseñar es el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, adoptado a través de la Resolución 3/2001, de una Conferencia Intergubernamental auspiciada por la FAO, el 3 de noviembre de 2001, que recién entra en vigor el 29 de junio de 2004, tras su ratificación por cuarenta gobiernos. Paraguay, lo ratificó recientemente a través de la Ley 3194/07.

Constituye el primer compromiso internacional sobre recursos fitogenéticos para la agricultura y la alimentación, siendo aprobado con la finalidad de promover la armonización de actividades relacionadas con el acceso a los recursos fitogenéticos.

Trata de "asegurar la prospección, conservación, evaluación y disponibilidad, para el mejoramiento de las plantas y para fines científicos, de los recursos fitogenéticos de interés económico y/o social, particularmente para la agricultura".

Su importancia en la temática radica en que, los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, fundamentales para alimentar a la población mundial, constituyen las materias primas que los agricultores y los fitomejoradores utilizan para mejorar la calidad y la productividad de nuestros cultivos. Y, mediante este tratado, los países acuerdan establecer un sistema multilateral eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y compartir los beneficios de manera justa y equitativa.

Define a los recursos fitogenéticos como "cualquier material genético de origen vegetal de valor real o potencial para la alimentación y la agricultura".

Y, para lo que nos convoca en este capítulo, el tratado tiene como objetivos, los siguientes: la conservación y utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria. Asimismo, a lo largo de su articulado, encontramos múltiples referencias a la temática de la seguridad en biotecnología.

acelerar el desarrollo de nuevos y mejores alimentos” (FAO/WHO, “Biotechnology and Food Safety - Introducción”, Informe del Acuerdo Conjunto FAO/WHO; Roma –Italia-, septiembre-octubre, 1996).

Además, otra finalidad del mismo es facilitar el intercambio de semilla y otros germoplasmas entre los Estados miembros destinados a la investigación, el fitomejoramiento y al desarrollo de cultivos.

Para cumplirla, establece un sistema multilateral, concediendo un acceso facilitado a los Estados miembros y a sus nacionales. Este sistema está conformado por un fondo común de semillas, a cambio de cuyo acceso, los fabricantes de productos comerciales que incorporen recursos fitogenéticos provenientes del mismo deberán pagar un porcentaje de sus beneficios a favor de un fondo administrado por el Órgano Rector del Tratado, constituido por los gobiernos que lo hayan ratificado.

Es que, el futuro de la agricultura depende de la cooperación internacional y del intercambio abierto de los cultivos y sus genes, que durante más de 10.000 años los agricultores de todo el mundo han desarrollado e intercambiado. Ningún país se basta a sí mismo. Todos dependen de los cultivos y de la diversidad genética de esos cultivos que proceden de otros países y regiones⁷⁷⁹.

3.1.D Unión Internacional De Protección De Variedades De Plantas (Ley 988/96)

Hay que tener presente también, las Actas que nacen en el seno de la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), que constituyen importantes instrumentos para la cooperación internacional en materia de protección del derecho de los obtentores.

Ello, dado las implicancias que presentan en materia biotecnológica, pues, el objeto de estas Actas justamente consiste en reconocer y garantizar un derecho al obtentor de una variedad vegetal nueva.

Así, contemplan uno de los sistemas mediante los que se puede proteger la propiedad intelectual en el campo de la biotecnología, es decir, el de derechos de obtentor. El otro sistema es el de patentes.

La Primera Acta de la UPOV fue redactada en 1961 principalmente por gobiernos industrializados que deseaban dar protección a los obtentores tanto en sus mercados locales como en sus mercados exteriores. El Convenio UPOV fue con posterioridad revisado por las “Actas” adoptadas en 1972, 1978 y 1991⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ <http://www.fao.org/AG/cgrfa/Spanish/itpgr.htm> (página web visitada el 18 de abril de 2007)

⁷⁸⁰ LOWENSTEIN, Vanesa: “Impacto de la Negociaciones de Propiedad Intelectual en el área de la Biotecnología”, en Oficina de Biotecnología –Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesa y Alimentos de la República Argentina -LEMA, Martín (Coordinador): “Introducción a las Negociaciones Internacionales en Agrobiotecnología”, Editorial Ayamed; Buenos Aires, 2006; p. 40.

Las diferentes Actas no se hallan abiertas a negociación y, la adhesión a alguna de ellas, tiene distintas consecuencias en la protección del obtentor -que no serán abordadas en este capítulo porque ello excluiría su objeto.

Ahora, Paraguay ha aprobado el Acta de la UPOV de 1978, a través de la Ley 988, de julio de 1996. Coherentemente, la Ley 385 “De semillas y protección de cultivares”, sigue sus lineamientos (así, sus arts. 23, 34, 35, 37).

Y, como dijimos, a pesar de que el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales de 1978, no hace mención expresa alguna a la seguridad derivada de las obtenciones - salvo, los límites que se reconocen basados en las exigencias del interés público de los Estados de la Unión-, hay que tenerlo en cuenta porque constituye una de las regulaciones internacionales de la biotecnología en el área de los vegetales.

3.1.E Convención Internacional De Protección Fitosanitaria (Leyes 48/92 Y 2721/05)

La utilización de la diversidad biológica sin la mediación de procesos biotecnológicos de modificación genética está regulada asimismo, en parte y en principio, por la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria⁷⁸¹, aprobada por nuestro país a través de las Leyes 48/92 y 2721/05, cuyo principal objetivo es “prevenir la difusión e introducción de plagas de las plantas y productos vegetales, y de promover las medidas para combatirlas”.

La temática de esta Convención, como vimos, también forma parte de la bioseguridad. No obstante, remitimos al Capítulo sobre “Manejo integrado de plagas y agroquímicos” en el que se la desarrolla de manera exhaustiva.

Asimismo, allí se aborda su relación con los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (AMSF) –aprobados en nuestro país por la Ley 444/94–. En la actualidad, los primeros cumplen la función de proporcionar los parámetros científico-técnicos que marcan el límite de lo que puede ser considerado un obstáculo al comercio, contrario al espíritu de la OMC, según los segundos.

Ahora, sólo adelantamos aquí que, el acuerdo sobre OTC es más general que el de AMSF; abarca tanto cuestiones sanitarias y fitosanitarias como de seguridad nacional, de intereses de los consumidores y de protección ambiental, todas las cuales pueden constituir, con la debida justificación, barreras lícitas al comercio internacional.

⁷⁸¹ Decimos “en principio”, porque ya existen contactos entre esta Convención y el Convenio sobre Diversidad Biológica para estudiar y eventualmente regular lo relacionado a la problemática de los vegetales que son OGM. Por otra parte, la Convención sobre Protección Fitosanitaria no regula en forma directa este asunto simplemente porque es anterior a que siquiera existieran OGM, aunque por sus objetivos perfectamente podría ser un tema que cayera bajo su ámbito de acción.

El Acuerdo de AMSF tiene por finalidad enunciar derechos y obligaciones más claros y detallados que los que están previstos en el de OTC, pero sólo con respecto a medidas sanitarias y fitosanitarias. Deja entonces librado a las previsiones de este último la consideración de lo que puede ser un obstáculo lícito al comercio por cuestiones de seguridad nacional, protección del ambiente e intereses de los consumidores.

3.1.F Codex Alimentarius

El Codex Alimentarius es un organismo intergubernamental que se enmarca en el Programa Conjunto de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) sobre Normas Alimentarias, en cuyo ámbito los países negocian la armonización internacional de normas con la finalidad de proteger la salud de los consumidores en relación con los alimentos y las prácticas equitativas en el comercio.

A pesar de que las decisiones del Codex implican sólo recomendaciones para los países que integran el organismo, cada vez más son interpretadas como el mínimo reglamentario que deben cumplir los gobiernos para garantizar que los alimentos que llegan al consumidor sean inocuos y seguros. Se la considera la autoridad más destacada con relación a la inocuidad alimentaria.

Sobre todo, ha adquirido particular importancia para el comercio internacional de alimentos a partir de la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y la aprobación del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias que lo reconoce como el organismo de referencia en materia de inocuidad de alimentos. Asimismo, cumple la misma función para el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, a pesar de que el texto de este último, no lo reconozca en forma expresa.

Ahora bien, con la eclosión del fenómeno biotecnológico, se introdujo en el Codex el tema de los alimentos derivados de esta tecnología. El origen de ello estuvo en la preocupación de algunos países respecto de la necesidad de diferenciar estos alimentos a través del etiquetado, por los riesgos para la salud humana y teniendo presente las prácticas leales de comercio.

Así es que, el organismo en su 23° sesión, en 1999, decide crear un “Grupo de Acción Intergubernamental Especial sobre los Alimentos Derivados de la Biotecnología” –presidido por Japón y con un plazo de 4 años para concluir su tarea.

Este Grupo debía: establecer principios, estándares y directrices relativos a los alimentos derivados de la Biotecnología y colaborar con otros Comités del Codex que trabajaran sobre el tema, teniendo en cuenta toda la información científica generada por los gobiernos nacionales, la FAO, la OMS y otras organizaciones internacionales especializadas en esta temática.

A su vez, sus decisiones debían basarse en la evidencia científica y de acuerdo a los principios del análisis del riesgo y, cuando fuera apropiado, deberían tener en cuenta otros factores para proteger la salud de los consumidores y las prácticas leales de comercio.

Paralelamente, la FAO y la OMS iniciaron ciertas consultas de expertos sobre los alimentos derivados de la biotecnología⁷⁸², a efectos de abordar cuestiones específicas que preocupaban a los Miembros del Codex.

Entonces, en julio de 2003, en base a la experiencia acumulada por los países y a las recomendaciones y conclusiones de las consultas realizadas a los expertos científicos, la Comisión del Codex Alimentarius aprobó tres normas internacionales. Ellas fueron, en una síntesis apretada, las siguientes:

1.- Principios para el análisis de riesgos de los alimentos obtenidos por medios biotecnológicos modernos.

Esta norma ofrece un marco para la realización del análisis de riesgos en relación con los aspectos nutricionales y de inocuidad de los alimentos obtenidos por medios biotecnológicos modernos –no aborda los aspectos éticos, medioambientales, morales o socioeconómicos o de otra índole-, estableciendo que para la caracterización y gestión de esos riesgos debe adoptarse un criterio coherente, debiendo evitarse diferencias injustificadas en el nivel de riesgos que presentan los alimentos OMG y los convencionales similares;

2.- Directrices para la realización de la evaluación de la inocuidad de los alimentos derivados de plantas con ADN recombinante.

Apoyan los principios de Análisis de Riesgo de la norma anterior y abordan los aspectos nutricionales y de inocuidad de los alimentos que consisten, o derivan, de plantas que tienen un historial de uso seguro como fuentes de alimentos y han sido modificadas por medios biotecnológicos modernos o han sido alteradas mediante la utilización de otras técnicas, con el objeto de que adquieran nuevos rasgos. Pero, no se aplican a los piensos de origen animal ni a los animales que los consumen.

El enfoque adoptado consiste en la comparación del alimento derivado de nuevas variedades de plantas, incluidas aquellas de ADN recombinante, con su homólogo convencional que tenga un historial de uso inocuo, teniendo en cuenta factores

⁷⁸² Así, estas consultas versaron sobre los aspectos de la seguridad de alimentos genéticamente modificados de origen vegetal, 2000; evaluación de riesgos de alimentos derivados de microorganismos genéticamente modificados y alergenicidad de alimentos modificados genéticamente, 2001; evolución de riesgos de alimentos derivados de animales genéticamente modificados, incluidos los peces, 2003

intencionales como involuntarios, con el objetivo de establecer cuáles son los peligros nuevos o alterados con respecto justamente a ese homólogo convencional.

El punto de partida para estructurar esta evaluación es el concepto de equivalencia sustancial –no obstante no constituir este concepto la evaluación de inocuidad en sí.

Uno de los aspectos destacados de estas directrices, lo constituye la distinción entre efectos intencionales y no intencionales de la aplicación de la biotecnología.

Los primeros, se presentan cuando un fitogenetista introduce a una planta secuencias definidas de ADN, para resaltar un rasgo específico. Los segundos, son los que pueden tener lugar como resultado de la mencionada introducción y que provoquen la aparición de rasgos adicionales o la pérdida o modificación de características que la planta poseía. Justamente, lo más importante es que la evaluación tiene en cuenta estos últimos efectos, que pueden ser perjudiciales (aunque también benéficos o neutrales) para la salud de la planta o con relación a la inocuidad de los alimentos que derivan de ella;

3.- Directrices para la realización de la evaluación de la inocuidad de los alimentos producidos utilizando microorganismos con ADN recombinante.

Estas directrices establecen que el marco para la evaluación de riesgos de este tipo de alimentos debe basarse los dos principios y directrices desarrolladas en los puntos anteriores, pero teniendo presente las particularidades específicas.

Ahora bien, no obstante el dictado de las normas precedentes, como quedaron varias cuestiones para resolver en esta materia de armonización internacional de normas para evaluar la inocuidad de los alimentos genéticamente modificados, en el mes de julio de 2004, durante la 27ª sesión de la Comisión del Codex, se le dio un nuevo mandato al Grupo de Acción.

Así, los temas que revistieron mayor interés, fueron: alimentos de origen animal: animales transgénicos, incluido el pescado, animales clonados; alimentos de origen vegetal: que incluye plantas con sustancias bioactivas, o plantas mejoradas nutricionalmente, vegetales con genes de resistencia múltiples, plantas con sustancias farmacéuticas u otras sustancias no alimenticias; baja presencia de alimentos genéticamente modificados no autorizados en alimentos autorizados; análisis comparativo de la composición de los alimentos.

3.1.G Protocolo De Cartagena Sobre Seguridad De La Biotecnología (Ley 2309/03)

Ahora veremos con mayor detenimiento algunas cuestiones del Protocolo de Cartagena, por constituir el documento internacional ratificado por Paraguay (a través de la Ley 2309/03) destinado específicamente a regular la bioseguridad.

Este Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica fue adoptado el 29 de enero de 2000 y, su ámbito de aplicación, lo encontramos explicitado en sus artículos 4 y 5.

El primero de ellos establece que el mismo se halla centrado en “el movimiento transfronterizo, el tránsito, la manipulación y la utilización de todos los organismos vivos modificados que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana” y, el segundo, determina lo que queda fuera de ese ámbito, al excluir del mismo a los “organismos vivos modificados que son productos farmacéuticos destinados a los seres humanos que ya están contemplados en otros acuerdos u organizaciones internacionales pertinentes” (es decir, OMS).

El Protocolo tiene como objetivo principal, garantizar que el movimiento transfronterizo de organismos vivos modificados genéticamente se haga en condiciones seguras para la conservación de la biodiversidad y la salud humana.

A efectos de cumplir con este objetivo, estipula el modo de comunicar la intención de introducir un organismo vivo modificado a un país; los mecanismos para dar el consentimiento para que tal introducción se realice y el acuse de notificación (Acuerdo Fundamentado Previo).

Asimismo, define los requisitos mínimos que se deben cumplir con relación a la transferencia, manipulación y utilización seguras de los OGMs.

Sus anexos indican la información requerida para el cumplimiento del Acuerdo Fundamentado Previo (previsto en art. 7), en supuestos de movimiento transfronterizo de OGMs para su introducción deliberada en el medio y, la que corresponde para el supuesto del art. 11, para el movimiento transfronterizo de los destinados al uso directo como alimento humano o animal o al procesamiento.

Así vemos que este Protocolo aborda temas de gran importancia y sobre los que la comunidad internacional en muchos de ellos todavía no logró un consenso (principio de precaución; procedimiento para la importación de los OGMs; identificación de los productos que contengan OGMs; sus relaciones con los Acuerdos de la OMC, etc).

En lo que respecta a la inclusión del principio precautorio en el Protocolo, adoptó una formulación combinada muy innovadora en comparación con otros tratados multilaterales que lo contienen, ya que contribuye a reforzar sus estatus en el ámbito

internacional, gracias a la referencia general y, en el nacional, a causa de las disposiciones en la parte operativa del texto⁷⁸³.

Ello dado que contiene dos referencias a la precaución relativa al Principio 15 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), en su Preámbulo y en su art. 1 y, dos más precisas en sus artículos 10, incisos 8 y 11, relativos a la toma de decisiones, que posibilitan por tanto la adopción de medidas precautorias en el ámbito nacional.

En este sentido, son sumamente importantes los artículos mencionados en último término que se refieren a la necesidad de identificar “efectos adversos potenciales”, antes de adoptar estas medidas, que deben basarse en una evaluación científica lo más completa posible y considerarse “caso por caso”⁷⁸⁴.

A continuación, veamos cómo es el procedimiento para la importación/exportación de OGMs, para luego abordar con mayor detenimiento la regulación del riesgo contemplada por el Protocolo.

Para importar un OGM en forma segura, el Protocolo de Cartagena establece como procedimiento a esos efectos el Acuerdo Fundamentado Previo, cuya información mínima que debe contener la notificación prevista para el mismo la encontramos en el Anexo I.

El Protocolo establece que este Acuerdo se aplicará “antes del primer movimiento transfronterizo intencional de un organismo vivo modificado destinado a la introducción deliberada en el medio ambiente de la Parte de importación” (art. 7.1). Este supuesto se refiere al caso de las semillas, dado que el procedimiento previsto para el caso de los organismos vivos modificados destinados a su uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento está regulado en el artículo 11 del Protocolo.

Otra excepción a la aplicación de este Acuerdo, la encontramos en art. 7.4, que se refiere a la hipótesis de “movimiento transfronterizo intencional de los organismos vivos modificados incluidos en una decisión adoptada por la Conferencia de las Partes que actúa como reunión de las Partes en el Presente Protocolo en la que se declare que no es probable que tengan efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana”.

Con posterioridad, la parte de exportación notificará, o requerirá al exportador que garantice la notificación por escrito, a la autoridad nacional competente de la Parte de importación antes del movimiento transfronterizo intencional previsto en el artículo 7.1

⁷⁸³ Conforme, BARAHONA NIETO, Elisa: “El Protocolo de Cartagena sobre Bioseguridad”, en IÁÑEZ PAREJA, Enrique (Coord.), Ob. cit.; Cap. Noveno, p. 257.

⁷⁸⁴ Ídem anterior.

mencionado (art. 8.1). Y, como mencionamos, el contenido mínimo de esta notificación se halla en el Anexo I del Protocolo⁷⁸⁵. Asimismo, el artículo 8, en su segundo inciso, establece que la Parte de exportación velará porque la exactitud de la información facilitada por el exportador sea una prescripción legal.

El paso siguiente a la notificación referida es el acuse de recibo de la misma por escrito, a cargo de la Parte de importación, debiendo incluir la fecha en la cual la recibió, si contiene la información pertinente y cómo será el procedimiento de adopción de decisiones (si se va a proceder con arreglo al marco reglamentario nacional de la Parte de importación o con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 10 del Protocolo).

Y, por último, nos interesa resaltar que “la ausencia de acuse de recibo de la notificación por la Parte de importación no se interpretará como su consentimiento a un movimiento transfronterizo intencional” (Art. 9.4).

Al respecto se ha dicho que, esta oración implica que, si no existen en el país capacidades para actuar según lo que establece el Protocolo, o no existen intenciones de hacerlo o cualquiera sea el motivo, valedero o no, la inacción está totalmente protegida por el Protocolo⁷⁸⁶.

Ahora, veamos lo que estipula el Protocolo sobre la evaluación de riesgo que debe llevarse a cabo conforme lo dispuesto en su Anexo III.

Debemos aclarar al respecto, que esta evaluación es un requisito estatuido por los otros dos Anexos del Protocolo –I y II- referidos como vimos, en un caso, al procedimiento para el movimiento transfronterizo de semillas transgénicas y, en otro, al supuesto de organismos vivos modificados para el uso directo para consumo humano o animal o para procesamiento.

El artículo 15 del Protocolo se refiere a la evaluación del riesgo y el artículo 16 a la gestión del mismo.

El primero de estos artículos, en su inc. 1, estipula que “las evaluaciones de riesgos...se llevarán a cabo con arreglo a procedimientos científicos sólidos, de conformidad con el anexo III y teniendo en cuenta las técnicas reconocidas de evaluación de riesgo. ...se basarán como mínimo en la información solicitada de conformidad con el artículo 8 (Anexo I, en el caso de semillas transgénicas) y otras pruebas científicas disponibles...”. Establece asimismo que la finalidad de las evaluaciones consiste en determinar y evaluar los posibles efectos adversos de los organismos vivos modificados

⁷⁸⁵ La información necesaria para el movimiento transfronterizo de organismos vivos modificados para el uso directo para consumo humano o animal o para procesamiento se halla en el Anexo II del Protocolo.

⁷⁸⁶ Ídem, p. 14.

para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana.

Por otra parte, esta evaluación debe realizarse de forma transparente y científicamente competente, caso por caso y teniéndose en cuenta el asesoramiento de los expertos y las directrices elaboradas por organizaciones internacionales pertinentes⁷⁸⁷.

El Anexo III, indica algunas etapas que deben seguirse en la evaluación.

Así: identificación de cualquier característica del organismo vivo modificado que pueda tener efectos adversos en la biodiversidad y en el probable medio receptor, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana; evaluación de la probabilidad de que esos efectos ocurran y de las consecuencias si ocurriesen; estimación del riesgo; recomendación sobre si los riesgos son aceptables o manejables o no; y, por último, ante la incertidumbre del nivel de riesgo, posibilidad de solicitar más información o poner en práctica estrategias de control de riesgo y/o vigilar el organismo vivo modificado en el medio receptor.

En sus incisos finales, el artículo 15, establece que la Parte de importación será la que velará por que se realicen las evaluaciones de riesgo para poder adoptar una decisión. También que podrá requerir a la Parte de exportación que realice la evaluación, como que se haga cargo de los costos de la misma.

En el artículo 16 del Protocolo está regulado lo relativo a la gestión del riesgo. Así, en cumplimiento a lo estipulado en el inc. g) del artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁷⁸⁸, las Partes tienen que establecer y mantener mecanismo, medidas y estrategias adecuadas para regular, gestionar y controlar los riesgos determinados con arreglo a las disposiciones sobre evaluación del riesgo del Protocolo relacionados con la utilización, la manipulación y el movimiento transfronterizo de OGMs.

Asimismo, establece que se impondrán estas medidas basadas en la evaluación del riesgo en la medida necesaria para evitar efectos adversos de los OGMs en la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, en el territorio de la Parte de importación. Sin perjuicio de lo cual, cada Parte tratará de asegurar que cualquier OGM (ya sea importado

⁷⁸⁷ Ídem.

⁷⁸⁸ Este artículo en su inc. g), dice: “Conservación in situ. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: ...g) Establecerá o mantendrá medios para regular, administrar o controlar los riesgos derivados de la utilización y la liberación de los organismos vivos modificados como resultado de la biotecnología que es probable tengan repercusiones ambientales adversas que puedan afectar a la conservación y a la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana; ...”

o desarrollado en el país) haya pasado por un período de observación pertinente a su ciclo vital o a su tiempo de generación antes de que se le dé su uso previsto (Art. 16.4).

Otras medidas que cada Parte tendrá que tomar, son las oportunas para prevenir movimientos transfronterizos involuntarios de organismos vivos modificados, incluidas también aquellas como la exigencia de una evaluación del riesgo antes de la primera liberación de un OGM.

Y, por último, en el inciso 5, de este artículo 16, se resalta la cooperación de las Partes, con el objeto de determinar los OGMs o los rasgos específicos de ellos que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana; y, para adoptar las medidas adecuadas para el tratamiento de esos OGMs o rasgos específicos.

Ahora, este artículo 16 no se aplica al “primer movimiento transfronterizo de organismos vivos modificados destinados a su uso directo como alimento humano o animal o para procesamiento”, ya que en este caso es de aplicación el art. 11 del Protocolo.

3.2 Normativa MERCOSUR

En el ámbito regional, a nivel MERCOSUR, el Subgrupo de Trabajo N° 8 “Agricultura” y, en menor medida, el Subgrupo de Trabajo N° 6 “Medio Ambiente” han sido las principales fuentes de normativas en bioseguridad.

Asimismo, otras normativas complementarias a disposiciones generales anteriores se han originado en Recomendaciones del Subgrupo de Trabajo N° 3 “Normas Técnicas”.

Ahora, a partir del año 2004, como veremos, el Grupo Mercado Común (GMC), creó el “Grupo Ad Hoc sobre Biotecnología Agropecuaria”.

No obstante, consideramos importante en primer lugar abordar el Acuerdo Marco de Medio Ambiente del MERCOSUR (aprobado el 22 de junio de 2001, por los Estados Partes) aprobado por Paraguay por Ley 2068 del año 2003.

Su objetivo consiste en el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población.

El Acuerdo manda a los Estados Partes que acuerden pautas de trabajo que contemplen las áreas temáticas previstas en su Anexo, dándole a las mismas sólo un carácter enunciativo y estableciendo que deben desarrollarse en consonancia con la

agenda de trabajo ambiental del MERCOSUR. En dicho Anexo, figura como uno de los capítulos de la temática referida a la gestión sustentable de los recursos naturales, la bioseguridad.

Con posterioridad, como adelantáramos, en junio de 2004, el Grupo Mercado Común (GMC), creó el “Grupo Ad Hoc sobre Biotecnología Agropecuaria” (GAHBA), como un foro dependiente de este Grupo (Res. N° 13/2004 GMC).

Los motivos que impulsaron la creación de este Grupo Ad Hoc, fueron: la especial relevancia que ha adquirido el desarrollo de la Biotecnología moderna en la producción agropecuaria, siendo uno de los sectores más importantes en la economía de los Estados Partes; las discusiones en torno a la bioseguridad agropecuaria y de los alimentos, que podrían generar restricciones al intercambio comercial y al tránsito de productos; la necesidad de un mecanismo de amornización y coordinación de las distintas políticas referidas a biotecnología agropecuaria que aplica cada Estado Parte.

Por ello, los objetivos del GAHBA, entre otros, son: realizar consultas entre los Estados Partes para coordinar posiciones en el marco de las Negociaciones Internacionales (OMC, CODEX, Protocolo de Cartagena, etc.); armonizar y coordinar los Marcos Regulatorios sobre Bioseguridad y las normativas relacionadas entre los Estados del MERCOSUR; analizar la posibilidad de coordinar las aprobaciones comerciales de OGM y las implicancias del etiquetado de alimentos derivados de la biotecnología agropecuaria en el plano regional e internacional.

La última reunión del GAHBA se fijó del 10 al 12 de abril de 2007.

Asimismo, quisiéramos agregar que, a nivel regional y fuera del ámbito del MERCOSUR, encontramos el Consejo Agropecuario del Sur (CAS), que nace en el mes de abril de 2003, a partir de la firma de su Convenio Constitutivo por los Ministros de Agricultura de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, surgiendo así un foro ministerial de consulta y coordinación de acciones regionales.

Este órgano se constituyó, pues, como un mecanismo de diálogo, consulta y concertación de acciones de carácter regional entre los Ministerios de Agricultura de los países que suscribieron el mencionado Convenio, en asuntos que conciernen al desarrollo sostenible del sector agropecuario, forestal y pesquero (toda vez que esta actividad sea competencia de los Ministerios de Agricultura), la sanidad animal y vegetal, la inocuidad de alimentos, así como a las negociaciones internacionales sobre comercio de productos agropecuarios, pesqueros y forestales.

Dentro del ámbito del CAS existe también un Grupo de Trabajo específico en Políticas en Biotecnología Agropecuaria. Este organismo, en julio de 2004, a través de la Res. N° 10, encomendó a la Red de Coordinación de Políticas Agropecuarias (REDPA)

realizar una recopilación de la situación de la Biotecnología Agropecuaria en cada uno de sus países integrantes y elaborar y desarrollar una agenda de trabajo.

Algunos de los temas de esta agenda, fueron: armonización de los marcos regulatorios y la posible sincronización de las aprobaciones de los eventos de transformación; aspectos de comercialización y negociaciones en foros internacionales; investigación, información y comunicación al público.

Algunas de las acciones desarrolladas por este Grupo de Trabajo, han sido las siguientes: elaboración de un informe sobre el estado de la Biotecnología Agropecuaria en cada país integrante del CAS, focalizando especialmente la situación de las políticas y regulaciones sobre aprobación y etiquetado en materia de OGM; la situación con respecto al Protocolo de Cartagena; los aspectos de comercialización; el estado de los debates políticos, técnicos y sociales en materia de OGM; los análisis de coexistencia de los diferentes sistemas de producción; aspectos relativos a la información y comunicación al público.

Por último, quisiéramos mencionar algunas otras normas a nivel regional, como por ejemplo, el Convenio del Programa Cooperativo para el Fondo Regional de Tecnología Agropecuaria (FONTAGRO), que nuestro país ha aprobado a través de la ley 1463 de 1999. Ello dado que este Fondo podría ser aplicado para la investigación en biotecnología, incluyendo, obviamente, temas de seguridad en la misma.

Este Convenio fue firmado en la ciudad de Cartagena de Indias –Colombia-, el 15 de marzo de 1998, entre nuestro país, Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay, República Dominicana, Venezuela, el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID) y, como testigo de honor el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), a quien se encargó en la etapa inicial del Programa la administración del Fondo y los servicios de depositario y otros relacionados con las actividades del mismo.

El Convenio se suscribió teniendo en cuenta que el desarrollo del sector agrícola (pecuario, forestal, pesquero y alimentario) era fundamental para el desarrollo económico, para la conservación de los recursos naturales y para la reducción de la pobreza de la mayoría de los países de América Latina y el Caribe. Asimismo que, para alcanzar un desarrollo sostenible del sector agropecuario en los países de la región era esencial potenciar el desarrollo tecnológico en áreas estratégicas de interés común que fomenten la productividad y competitividad del sector a nivel regional y subregional.

3.3 Normativa Nacional

Paraguay no dispone de una ley específica que reglamente lo referente a plantas transgénicas. Las implicancias de la utilización de los materiales transgénicos son

analizadas en el marco general de la legislación del país, aplicando la Ley 253/93 “Que aprueba el Convenio sobre la Diversidad Biológica”, la Ley 2309/03 “Que aprueba el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”, la Ley 988/96 “Que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales”, la Ley 444/94 “Que ratifica el Acta Final de la Ronda del Uruguay del GATT”, la Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”, la Ley 385/94 “De Semillas y Protección de Cultivares”, la Ley 123/91 “Que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitarias”, Ley 96/92 “De Vida Silvestre”, la Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”

En el nivel nacional, la ley vinculada con los vegetales que contiene todas estas cuestiones es la 123/91, de protección fitosanitaria.

Ella regula el control de plagas vegetales, permite o prohíbe la utilización de plaguicidas y fertilizantes, establece los parámetros generales para la fijación de límites a los residuos de esos plaguicidas y fertilizantes que pueden estar presentes en los vegetales, como medida para proteger la salud de la población y preservar el medio ambiente.

Además, se ocupa de regular el transporte de productos vegetales dentro del territorio nacional, como el ingreso y egreso de productos vegetales por las fronteras del país conforme lo establecen los instrumentos internacionales en la materia.

Con respecto a este último punto, se observa una doble regulación entre esta ley y la de Semillas y Protección de Cultivares, pero actualmente con una única autoridad de aplicación.

En efecto, la autoridad de aplicación es el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE), creado por Ley 2459/04, como persona jurídica de derecho público, autárquico, con patrimonio propio y de duración indefinida, que mantiene sus relaciones con el Poder Ejecutivo de la República por conducto del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG).

Con anterioridad a la Ley 2459/04, la autoridad de aplicación de la Ley 123/91 era la Dirección de Defensa Vegetal (DDV) y, la de la ley de semillas era la Dirección de Semillas (DISE), ambas dependientes del MAG (conforme la Ley 81/92 orgánica de este Ministerio).

En la actualidad, ambas Direcciones fueron absorbidas por el SENAVE, como así también la Oficina Fiscalizadora de Algodón y Tabaco (OFAT) y el Departamento que atiende lo relativo a estándares y normas para la comercialización interna y externa de los productos y subproductos vegetales, de la Dirección de Comercialización del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

Ahora bien, tanto la Ley 123/91 como la Ley 385/94 disponen la intervención de la autoridad de aplicación en los trámites de exportación e importación de semillas y, gracias a la unificación de la misma, se superó el peligro de la presencia de dos autoridades con distintos criterios de protección que podían llevar a resultados contradictorios, situación que se hubiera agravado en materia ambiental.

Ello dado que, si bien la Ley 385/94 requiere para la importación de semillas el cumplimiento previo de las normas sobre protección fitosanitaria, la presencia anterior de dos autoridades podía derivar en el mencionado peligro.

Por otra parte, todo lo que respecta a las cuestiones medioambientales en la aplicación de las Leyes 385/94 y 123/91 constituye una función conferida a la Secretaría de Medio Ambiente (SEAM).

Así, la Ley 1561/00 de creación de la SEAM, en su artículo 14, enumera varias leyes disponiendo que, con respecto a ellas, la Secretaría es autoridad de aplicación en los asuntos ambientales en coordinación con las demás autoridades competentes de esas normativas.

Y, en el inciso f) del mencionado artículo, expresamente contempla a la Ley 123/91 "Que adopta nuevas formas de protección fitosanitarias", pero no incluye en la enumeración a la Ley 385/94.

No obstante este olvido, consideramos que la SEAM es también autoridad de aplicación de la Ley 385/94 en las cuestiones ambientales, apoyándonos en lo dispuesto por la Ley 1561/00 en su artículo 12, in fine, en el que luego de disponer en diferentes incisos las diversas funciones, atribuciones y responsabilidades de la Secretaría, establece: "Además de los objetivos, atribuciones y responsabilidades que estén citados en esta ley, los que sean complementarios o inherentes a ellos; todos aquellos que siendo de carácter ambiental, no estuvieran atribuidas expresamente y con exclusividad a otros organismos".

Pero veamos un poco más sobre las disposiciones de la Ley 385/94 "De semillas y protección de cultivos" referidas a cuestiones de biotecnología.

En su artículo 1 establece como objeto de la ley "promover una eficiente actividad de obtención de cultivos; producción, circulación, comercialización y control de calidad de semillas; asegurar a los agricultores y usuarios en general la identidad y calidad de la semilla que adquieren y proteger el derecho de los creadores de nuevos cultivos, en armonía con los acuerdos intra regionales firmados o a firmarse y con las normas internacionales en materia de semillas".

En esta última parte del artículo encontramos la relación de esta ley con muchas de los tratados y convenios internacionales firmados por nuestro país que fueron mencionados con anterioridad.

En su artículo 2, entre diversas definiciones que da la ley, encontramos la de “creación fitogenética” (“cultivar o variedad, cualquiera sea su naturaleza genética, obtenida por descubrimiento o por incorporación o transferencia y/o aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas”) y la de “fitomejorador” (“persona natural, especializada en mejoramiento genético, dedicada a descubrir, crear, desarrollar y mantener variedades de plantas cultivadas”)

En el artículo 5, se hallan las funciones de la autoridad de aplicación de esta Ley 385/94, esto es, el SENAVE. Entre ellas, las que nos interesan destacar por estar íntimamente relacionadas a la temática que nos ocupa son las siguientes: “a) Elaborar y/o proponer planes y programas que ayuden al mejoramiento de la producción semillera nacional; b) Orientar y prestar asistencia técnica a los semilleros; c) Controlar la producción y comercio de semillas a los efectos de asegurar la disponibilidad de semilla de buena calidad; d) Efectuar la certificación de semillas, conforme a las normas nacionales y/o de organismos internacionales a las que el país adhiera; e) Estimular la obtención de variedades mejoradas y la producción y comercialización de semillas de dichas variedades; ... h) Coordinar las actividades que, en cumplimiento de la presente ley, desarrollen organismos e instituciones públicas o privadas; i) Proponer al Ministro de Agricultura y Ganadería el otorgamiento del título de obtentor y su extinción o nulidad en los casos que la ley prevé; j) Proponer al Ministro de Agricultura y Ganadería, previo parecer favorable del Consejo Nacional de Semillas, la contratación de personas naturales o jurídicas, con idoneidad en la materia, para la ejecución de los servicios que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de la presente ley; ... ll) Expedir el certificado oficial de análisis de semillas y fiscalizar la expedición del certificado de análisis de semillas emitidos por los laboratorios de semillas registrados en la Dirección de Semillas; m) Controlar la importación y exportación de semillas; ... ñ) Realizar ensayos de laboratorio y de verificación a campo de acuerdo a lo previsto en la presente ley; o) Promocionar y fomentar la utilización de semilla obtenida bajo los sistemas de certificación y/o fiscalización; p) Proponer a quien corresponda los proyectos de trabajos, los convenios o acuerdos internacionales en materia de semillas y/o protección de cultivares que el Paraguay deba celebrar, aprobar o ratificar y así mismo velar por el cumplimiento de los mismos; y, q) Fomentar y cooperar en la conservación de los recursos naturales y del medio ambiente”.

Esta ley regula asimismo lo referido a la introducción de variedades foráneas y, como surge del artículo 5 expuesto, la autoridad de aplicación (SENAVE) atiende todo lo relacionado con materiales de propagación (por ej., los ensayos de laboratorio y de verificación a campo de las nuevas variedades mejoradas), incluyendo expresamente el fomento y la cooperación en la conservación de los recursos naturales (vemos aquí la

responsabilidad por la seguridad ecológica de las variedades mejoradas del país o foráneas).

No obstante, con anterioridad a la Ley 2459/04 que dio nacimiento al SENAVE y a la Ley 2426/04 que creó el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Animal – SENACSA-, con competencias en agrobiotecnología y bioseguridad en el sector pecuario, ya existía en el país un organismo encargado específicamente de bioseguridad englobando el sector agropecuario, esto es, la Comisión de Bioseguridad (COMBIO) creada por el Decreto 18.481/97, aún vigente.

Esta Comisión fue creada con el objeto de atender, analizar y recomendar en todo lo referente a la introducción, ensayos de campo, investigación y liberación al ambiente de plantas transgénicas en el país y todo lo relacionado a la biotecnología, constituyéndose en la instancia asesora del Ministerio de Agricultura y Ganadería y del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

Así, este Decreto fue dictado a efectos de atender la necesidad disponer de un marco regulatorio para asegurar y garantizar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la salud y el medio ambiente ante la entonces inminente liberación al comercio de productos genéticamente modificados, sobre todo en el ámbito del MERCOSUR.

En el artículo 2 del Decreto 18.481/97 se encuentra la conformación de la Comisión: “La Comisión de Bioseguridad estará conformada por representantes de: Ministerio de Agricultura y Ganadería; Gabinete del Viceministro de Agricultura: - Dirección de Investigación Agrícola (DIA), - Dirección de Defensa Vegetal (DDV), - Dirección de Semillas (DISE); Gabinete del Viceministro de Recursos Naturales y Medio Ambiente: - Dirección de Ordenamiento Ambiental; Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; Facultad de Ciencias Agrarias y Organizaciones no gubernamentales (ONGs), que realizan actividades de defensa al medio ambiente y se hallan relacionadas específicamente al campo de la Biotecnología”.

Ahora, en este artículo la mención a la Dirección de Defensa Vegetal y a la Dirección de Semillas actualmente debe referirse al SENAVE que las ha absorbido en el año 2004.

De este modo, la Coordinación de Biotecnología de la Dirección General Técnica del SENAVE actúa como Secretaría Técnica de la Comisión de Bioseguridad, siendo sus funciones: recepcionar las solicitudes sobre: introducción, ensayo de campo y liberación de organismos transgénicos y todo lo relacionado con la Biotecnología agropecuaria, igualmente del archivo y documentaciones de la Comisión⁷⁸⁹.

⁷⁸⁹ Ver http://www.senave.gov.py/comision_bio.php (página web visitada el 29 de junio de 2007)

Entonces, todo interesado en introducir plantas transgénicas en el país deberá llenar un formulario especialmente habilitado para tal efecto y entregarlo en la mencionada Secretaría Técnica de la Comisión.

En varias oportunidades la Comisión no aprobó esta introducción de transgénicos. Así también el MAG, a través de varias resoluciones, prohibió temporalmente la utilización comercial de cualquier material u OGM, argumentado ambos organismos que Paraguay ha ratificado el principio de precaución o principio 15 de la Agenda 21 consagrada en la Cumbre de la Tierra de 1992, con el dictado de la Ley 253/93 que dispone: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución, conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”, y “que es necesario un marco regulatorio que asegure y garantice las medidas de Bioseguridad indispensables para proteger el potencial de los agro-ecosistemas”.

No obstante, actualmente, esta situación se ha revertido y ya se ha aceptado el ingreso de varios OGMs al país, como también dentro del propio Paraguay se han aplicado técnicas de la biotecnología en el sector agropecuario.

En base a lo dicho, parecería que nuestro país pasó de una política de precaución a una más basada en la prevención.

Entonces, ahora veamos a modo de conclusión cuáles son las principales instituciones en agrobiotecnología y bioseguridad de la República, siguiendo un documento de trabajo elaborado por la Oficina en Paraguay del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), de abril de 2007⁷⁹⁰. Así:

En el sector público encontramos instituciones dependientes del Ministerio de Agricultura y Ganadería, como la Dirección General de Planificación (DGP), la Dirección de Investigación Agrícola (DIA), la Dirección de Investigación y Producción Animal (DIPA) y la (CECII, una de las comisiones especiales del MAG) con sus institutos regionales de investigación.

Así también, las autonomías normativas ambiental y sectoriales creadas más recientemente como la Secretaría del Ambiente (SEAM), el Servicio Nacional de Calidad

⁷⁹⁰ Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA), Oficina en Paraguay: “Estado actual y necesidades en agrobiotecnología y bioseguridad en Paraguay”, Documento de Trabajo N° 1; Asunción (Paraguay), abril de 2007; p. 10. Es documento constituye un informe que incluye la caracterización del estado y los avances de las acciones relevantes en el ámbito de la agrobiotecnología y la bioseguridad de acuerdo a la óptica de los principales estamentos involucrados; así como las principales limitantes para la implementación de una política nacional al respecto.

y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE) y el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Animal (SENACSA).

Y, agregamos nosotros dentro de este sector, otros organismos que regulan e intervienen en áreas vinculadas al desarrollo del campo de la biotecnología. De este modo, en lo referente a la salud humana hallamos al Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social y al Instituto Nacional de Alimentación y Nutrición, que es la entidad responsable de la aplicación del Codex Alimentarius. Por ello, sus funcionarios realizan de rutina las inspecciones y análisis sanitarios para habilitación de establecimientos para el expendio de alimentos en cualquier punto de la cadena, desde la industria hasta el punto de expendio minorista, así como estudios de laboratorio y vigilancia en base a riesgos epidemiológicos⁷⁹¹.

En el sector académico, se destacan la Facultad de Ciencias Agrarias (FCA) y la Facultad de Ciencias Veterinarias (FCV), ambas de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Asimismo, relacionadas con la Dirección General de Investigación Científica y Tecnológica de esa misma Universidad, encontramos a la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales (FACEN), a la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA), al Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Salud (IICS) y al Centro Multidisciplinario de Investigación Tecnológica (CEMIT).

Asimismo, surge el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), como un ente público dependiente de la Presidencia de la República y de conformación mixta, que tiene a su cargo la dirección, coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, así como del Sistema Nacional de Calidad. Es decir, es la entidad formuladora de políticas y responsable de la promoción de la ciencia, tecnología e innovación dentro del país.

A nivel horizontal aparecen, dentro del sector público, la Comisión Nacional de Bioseguridad (COMBIO) y, a nivel privado el Instituto Nacional de Biotecnología (INBIO), para el desarrollo y promoción de biotecnologías agrícolas.

4. Conclusiones

Por todo lo expuesto, vemos que nuestro país se halla constreñido a priorizar la problemática de la seguridad en la biotecnología, no sólo desde el ámbito internacional, sino también desde el regional.

Asimismo que, a pesar de existir en el ordenamiento jurídico paraguayo varias normas referidas a la biotecnología y a la bioseguridad, en muchos supuestos sólo de un modo indirecto, se advierte como el vacío más importante: la falta de una ley de bioseguridad que encare todas estas cuestiones en forma global y coherente.

⁷⁹¹ Ídem anterior; p. 16.

Es decir, una legislación que proporcione el marco en el cual se pueda decidir, por ejemplo, la conveniencia o no de la utilización de determinado tipo de material transgénico y las condiciones de su eventual uso.

Una norma así podría salvar las falencias e inadecuaciones a los avances registrados en la temática biotecnológica, de la normativa actual.

Y, quizás, la razón de ello sea, como también lo ha resaltado el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura en el citado trabajo, la inexistencia de una política global sobre biotecnología en general y, en especial, sobre agrobiotecnología y bioseguridad. Tampoco se advierte una planificación estratégica a mediano y largo plazo⁷⁹².

Como lo ha dicho el IICA, más bien ha habido en el país en estas materias una sucesión histórica de acciones puntuales e inconexas en programas de lento desarrollo de capacidades institucionales, concentradas en biotecnologías de menor complejidad relativa y mayor aplicación pragmática.

También advertimos una superposición organismos públicos competentes en las cuestiones de bioseguridad a pesar de existir uno específico, como es la Comisión Nacional de Bioseguridad (COMBIO), cuyos dictámenes por otra parte sólo constituyen recomendaciones.

Y, en este sentido consideramos que, en el ámbito biotecnológico y de la bioseguridad, sobre todo al haber Paraguay ratificado el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad en Biotecnología, necesita fortalecer su capacidad institucional, técnica y humana en el desarrollo de los mecanismos de control de productos transgénicos.

Podemos concluir que, por un lado, nuestro país ha adoptado más bien el principio de “verticalidad” para afrontar procedimentalmente la regulación de la biotecnología, en lo que a la seguridad ecológica respecta. Y, por otro, una política con tintes preventivos más que precautorios, en la actualidad.

⁷⁹² Ídem; p. 7.

SEMILLAS. PROTECCIÓN DE CULTIVARES. ACCESO A RECURSOS GENÉTICOS

Por Aldo Pedro Casella

1. El Sistema De Protección De Creaciones Fitogenéticas Y Acceso A Los Recursos Genéticos En La República De Paraguay. Legislación Incluida

La ley 385/94 de Semillas y Protección de Cultivares regula en un mismo cuerpo normativo la producción y comercialización de semillas y la propiedad intelectual sobre cultivares o variedades vegetales. Comparte así la opción seguida en algunos derechos nacionales de incluir ambas materias en una única ley, mientras otros dedican una ley especial a la propiedad intelectual sobre variedades vegetales⁷⁹³.

En esta última materia la ley paraguaya consagra el sistema protectivo de las creaciones fitogenéticas conocido como “Derecho del Obtentor”. Mediante este sistema el “obtentor” adquiere derechos temporales exclusivos de producción para la comercialización del material de reproducción de la variedad vegetal inscrita, mientras el agricultor conserva la facultad de reservar su propia semilla obtenida de la siembra de la variedad protegida para su nueva siembra y los fitomejoradores pueden utilizar el cultivar protegido para la creación de una nueva variedad.

A continuación desarrollaremos los aspectos sobresalientes de este sistema y sus variantes actuales, para comentar luego su recepción en la legislación paraguaya integrada por la ley 385/94, su decreto reglamentario 7797/00, y la Ley 988/96 que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones de Vegetales. Sin embargo, no se agota allí la legislación relacionada con el régimen de propiedad intelectual sobre innovaciones vegetales, pues la regulación de esta materia se integra con la Ley 444/94 que ratifica el Acta Final de la Ronda del Uruguay del GATT e incluye entre sus anexos el Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, la Ley 1630/00 de Patentes de Invenciones, y la Ley 253/93 que aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica que contiene principios y reglas trascendentes en relación con la soberanía y acceso a los recursos genéticos.

De modo que las normas involucradas en el régimen de protección de innovaciones vegetales y acceso a los recursos genéticos en la República del Paraguay son las siguientes:

- Ley 444/94 que ratifica el Acta Final de la Ronda Uruguay del Gatt
- Ley 1630/00 de Patentes de Invenciones
- Ley 385/94 de Semillas y Protección de Cultivares

⁷⁹³ Argentina sigue la misma orientación. Otros países, como España, lo regulan en cuerpos separados.

- Decreto 7.797/00 por el cual se reglamenta la Ley 385/94
- Ley 988/96 que aprueba el Convenio Internacional para la protección de Obtenciones de Vegetales
- Ley 253/93 que aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992

2. Los Compromisos Del Acuerdo Sobre Aspectos De La Propiedad Intelectual Relacionados Con El Comercio Y La Exclusión Del Patentamiento De Plantas

El Acuerdo sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (frecuentemente designado ADPIC en su sigla en español y TRIPs en inglés), ratificado dentro de la ley 444/94, constituye actualmente, desde 1994, la norma internacional fundamental en materia de propiedad intelectual. Ante la oportunidad que le brindaba la Ronda Uruguay del GATT y con la fuerza de su importancia en el comercio mundial, las principales potencias y empresas multinacionales desarrollaron allí una intensa gestión para lograr un compromiso internacional sobre propiedad intelectual funcional a sus intereses y acorde a la globalización de mercado⁷⁹⁴.

El resultado fue la adopción de este Acuerdo que incluye todos los aspectos de la propiedad intelectual. En la materia que nos interesa declara el art. 27 que, mediando los habituales requisitos de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones “sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología”, lo que incluye la biotecnología, y particularmente la agrobiotecnología, superando las controversias que al respecto se suscitaban en este campo. No obstante, a continuación el inciso 3, b) del mismo artículo concede a los miembros la posibilidad de excluir de la patentabilidad “las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos”.

Como se observa, aunque la norma posibilita excluir la patentabilidad de plantas y animales y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, aludiendo con ello a los métodos de mejoramiento tradicionales, compromete la patentabilidad de microorganismos, y de los procedimientos no biológicos o microbiológicos”, lo que apunta a consagrar, a veces a expensas de alterar principios básicos de la biología, la posibilidad de patentamiento de células, componentes celulares y genes, e innovaciones basadas en la ingeniería genética .

La ley de Patentes de Invenciones 1630/00, en una elección trascendente para el sistema de propiedad intelectual en vegetales, opta por la exclusión que posibilita el art.

⁷⁹⁴ Sobre los antecedentes del Acuerdo ADPIC y las acciones referidas, me remito a mi trabajo, CASELLA, A: “Recursos Genéticos, Patentes y Biodiversidad”, en Revista de Derecho Ambiental, n° 4, octubre/Diciembre 2005, LexisNexis, Buenos Aires, pag. 139 y ss

27 inc.3, b) del ADPIC, sin perjuicio de incluir los supuestos de patentabilidad comprometidos en la misma norma. Es así que en el inc. b) del su art. 5 establece textualmente que son materias excluidas de protección por patente “las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos”.

Ahora bien, el mismo art. 27 inc. 3,b) del ADPIC, luego de permitir esas exclusiones, agrega: “Sin embargo, los miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de aquéllos y éste”. El sistema “sui generis” por definición para la protección de obtenciones vegetales es el Derecho del Obtentor Vegetal (DOV), que adopta la legislación paraguaya con lo que satisface el compromiso contraído por el ADPIC.

3. El Derecho Del Obtentor Vegetal Como Sistema “Sui Generis” De Protección De Obtenciones Vegetales. El Convenio Internacional Para La Protección De Las Obtenciones Vegetales De Upov En Sus Diversas Versiones; Trascendencia De Sus Diferencias

El Derecho del Obtentor Vegetal fue ideado como resultado de la búsqueda de un sistema especialmente adaptado para las innovaciones vegetales. La inquietud provino de los fitomejoradores que reclamaban una protección de sus creaciones no amparadas por las leyes de patentes. Además de las reservas que suscitaba su eventual aplicación a estas innovaciones en vegetales, el sistema de patentes se consideraba inadecuado, y en la proyección del sistema especial se tuvo en cuenta particularidades que hacen al carácter incremental de la innovación, al precedente, y constante, aporte de los agricultores a la conservación y al mejoramiento, al carácter autorreproducible del producto, al interés público en la continuidad del mejoramiento y la producción vinculada a la satisfacción de necesidades fundamentales que podía arriesgarse por eventuales consecuencias monopólicas en el caso de protección por patentes, etcétera⁷⁹⁵. Este sistema “sui generis” de propiedad intelectual sobre innovaciones vegetales, aunque ya tenía antecedentes en legislaciones nacionales, se concreta a nivel internacional en el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales en 1961, con la creación de la respectiva Unión(UPOV).

El sistema DOV se genera, entonces, como una alternativa en materia vegetal frente al tradicional sistema de patentes del que se diferencia. Señalando las diferencias más trascendentes, que determinan aspectos centrales de la exclusividad del titular del “derecho de obtentor” o del “derecho de propiedad” de la variedad como lo denominan algunas leyes, ante todo se destaca que si bien la innovación protegida es una variedad

⁷⁹⁵ VINOLI, G. “Aspetti giuridici delle attività genetiche in agricoltura”,Giuffrè ,Milano,1986,pag,118/119,y, asimismo 23 y ss.

vegetal caracterizable por su entero genoma que lograda por mejoramiento o descubrimiento cumpla con las condiciones de novedad, distinción, homogeneidad y estabilidad, la exclusividad de la explotación de la innovación protegida se restringe a su material de reproducción y no alcanza a toda la planta ni a sus productos. Que la exclusividad que otorga el DOV no se extienda a los productos es trascendente y lo diferencia sustancialmente del derecho de patente, pues implica que el titular no puede imponer condiciones sobre el producto de la cosecha, que es libremente disponible por el agricultor sin precisar de la autorización previa de aquél. Pero además, al menos en su concepción original y en la plasmada en el Convenio de 1961, la exclusividad de uso del material de reproducción por el titular está circunscripta a su producción y disposición con fines comerciales, a su comercialización “en cuanto tal”; como bien lo expresara VIGNOLI, la exclusividad del obtentor se refiere no tanto a la producción del material ‘genético’ cuanto a su comercialización⁷⁹⁶. Nuevamente, cabe destacar una consecuencia fundamental derivada del señalado ámbito de exclusividad: la utilización que haga el agricultor del producto de su cosecha, o de una parte “reservada” del mismo, como material de reproducción para su nueva siembra está fuera de la exclusividad del titular. Al agricultor le está vedado comerciar el material de reproducción de la variedad protegida “en cuanto tal”, en cuanto “semilla”, o, en una concepción más amplia, entregarlo a cualquier título para ser utilizado para reproducción o multiplicación, pero puede libremente utilizar el obtenido en sus cosechas en sus sucesivas siembras, pues es un acto que excede la exclusividad del titular, no requiere su autorización ni puede imponerle condiciones; esta característica, cabe señalarlo, se ha convertido en el núcleo de los conflictos atinentes a propiedad intelectual en semillas de los últimos años: el “uso de semilla propia” del agricultor es, en efecto, el cuestionamiento principal y el objeto no solo de controversia sino de ofensivas para su restricción o, lisa y llanamente, eliminación, por parte de las empresas semilleras y de agrobiotecnología. Finalmente, una característica relevante del sistema DOV, que también lo aleja del derecho de patente, es el de la posibilidad de utilizar la variedad protegida, sin necesidad de autorización de su titular, para la creación de una nueva variedad, posibilidad conocida como “excepción del fitomejorador”.

De modo que, sintéticamente, las características diferenciales sobresalientes del DOV que merecen ser tenidas en cuenta son: 1) la posibilidad de obtención por mejoramiento o descubrimiento de la variedad vegetal; 2) la exclusividad de explotación restringida al material de reproducción de la variedad protegida; 3) el alcance de la exclusividad delimitada por la disposición del material de reproducción con fines comerciales; y, 4) la denominada “excepción del fitomejorador” que permite la libre utilización de la variedad protegida para la creación de una nueva variedad. Fácilmente se advierte que la protección por derecho de patentes tendría un alcance mucho más amplio. La gran mayoría de los países, incluida la Unión Europea, excluye del patentamiento a las variedades vegetales. Lo admite en cambio, luego de una decisión por mayoría de su Corte Suprema de Justicia, Estados Unidos de América, que además en los acuerdos

⁷⁹⁶ VIGNOLI, G. , op.cit., pag. 115.

comerciales regionales o bilaterales que negocia postula su adopción por los Estados contratantes en sus respectivas legislaciones, con el beneplácito de las compañías que lograrían con ello una mayor posibilidad de control sobre toda la cadena productiva y, consecuentemente, mayores ganancias y rentas.

Ahora bien, la versión original del Convenio UPOV sufrió revisiones posteriores que inciden sobre el sistema DOV emergente de ese instrumento internacional y luego sobre los derechos nacionales. En efecto, el Convenio de 1961 fue primeramente revisado en 1972 y en 1978; esta versión, denominada Acta de 1978 o UPOV'78 conserva los lineamientos del sistema que hemos descripto. En 1991 se somete el Convenio a una nueva revisión, resultando la versión UPOV'91 o Acta de 1991 que avanza en aspectos fundamentales, especialmente en cuanto al alcance de la exclusividad y al "uso de semilla propia" por el agricultor, y aún guardando su particularidad se acerca al sistema de patentes. Las dos versiones están vigentes. Muchos países, entre ellos Paraguay y todos los miembros del Mercosur⁷⁹⁷, adhirieron oportunamente al Convenio UPOV'78, luego incluso de aprobado el Convenio UPOV'91, pero este último fijaba límites temporales para adherir a la versión anterior, que para los países en desarrollo era el 31 de diciembre de 1995, de modo que actualmente solo pueden hacerlo al Acta de 1991; no es casual, pues esta versión profundiza los derechos de los obtentores, en coincidencia con las acciones antes referidas para la ampliación de los derechos de propiedad intelectual en todos los campos del conocimiento, que poco después se expresa en el Acuerdo ADPIC o TRIP's de 1994.

Efectivamente, la diferencia del alcance del Derecho del Obtentor entre el Acta UPOV'78 y el Acta UPOV'91 es relevante. Si bien en ambas versiones el obtentor tiene la exclusividad de explotación del material de reproducción, en el Acta de 1991 el ámbito de exclusividad es mucho más amplio pues, a diferencia de la versión de 1978, no se restringe a su explotación, producción, uso y disposición, con fines comerciales o para su comercialización, sino que alcanza toda utilización prescindiendo de su finalidad. Es así que el art. 5 de UPOV'78 declara que el derecho concedido al obtentor tendrá como efecto someter a su autorización previa: la producción con fines comerciales, la puesta en venta, la comercialización, del material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en su calidad de tal, de la variedad; en cambio, el ACTA de 1991, en su art. 14, omitiendo ya la finalidad de comercialarlo, establece muy ampliamente que se requerirá la autorización del obtentor para realizar respecto del material de reproducción o de multiplicación los actos de producción o reproducción (multiplicación), preparación a los

⁷⁹⁷ La Decisión 1/99 que aprobó el Acuerdo de Cooperación y Facilitación sobre la Protección de las Obtenciones Vegetales, declara que las legislaciones de los Estados Partes sobre protección de las obtenciones vegetales se adaptan al Acta 1978 de la UPOV y se remite a la misma en su articulado. Sobre la legislación de estos países y los derechos de obtentor en el derecho comparado, remito a CASELLA, A.: "Los derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y el derecho comparado", en IV Encuentro de Colegios de Abogados sobre temas de Derecho Agrario – Rosario, 2002, p. 190; también incluido en Patentamiento y Regalías en Semillas – Un país que resigna soberanía", publicación de Federación Agraria Argentina, Rosario, 2005, p. 68 y ss.

finde de la reproducción o de la multiplicación, la oferta en venta, la venta o cualquier otra forma de comercialización, la exportación, la importación, la posesión para cualquiera de los fines mencionados anteriormente, agregando que el obtentor podrá subordinar su autorización a condiciones y limitaciones.

La diferencia en relación al uso de su propia semilla por el agricultor es notoria. Mientras, como dijimos, en el sistema originario conservado en la versión de UPOV'78 el material de reproducción, o "semilla", obtenido de su propia cosecha puede ser libremente utilizado por el agricultor para su nueva siembra, ya que es evidente que es una utilización sin finalidad de comercialarlo "en cuanto tal" –luego comercialará el "grano", el producto de sus cosechas, pero no como material de reproducción -, y por lo tanto no es un acto alcanzado por la exclusividad del obtentor, en el sistema de UPV'91, con su amplitud y la omisión de la finalidad de comercialización, la utilización en la nueva siembra puede, en principio, ser considerado como un acto incluido en la exclusividad del obtentor, sujeto a su autorización, con sus limitaciones y condiciones. Atemperando las consecuencia, el Acta de 1991 en su art. 15 establece como "excepción facultativa" la posibilidad reconocida a los Estados Contratantes de restringir el derecho de obtentor respecto de toda variedad, dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor, con el fin de permitir a los agricultores utilizar a fines de reproducción o de multiplicación, en su propia explotación, el producto de la cosecha que hayan obtenido por el cultivo, en su propia explotación, de la variedad protegida.

Se introduce así la llamada excepción del agricultor. Algunos comentaristas, netamente partidarios de la adopción de este nuevo instrumento, y por ello difusores de las que consideran como sus bondades, sostuvieron que a diferencia del Acta de 1978 en la de 1991 por primera vez se hace expresa referencia al "privilegio" o excepción del agricultor⁷⁹⁸. Sin embargo, ello no implica una consagración de la posibilidad de uso de su propia semilla por el agricultor, sino, en relación UPOV'78, una clara restricción a favor de una ampliación del alcance de la exclusividad del obtentor: en el Acta de 1978 la limitación de la exclusividad a la comercialización del material de reproducción determina que la utilización de la semilla de la variedad protegida cosechada por el agricultor para una nueva siembra es un acto no comprendido en la esfera del derecho de propiedad intelectual reconocido al obtentor, por lo que la norma no precisa siquiera aludir expresamente a la posibilidad de darle ese uso, que es libre; el Acta de 1991 invierte la situación, amplía el alcance de la exclusividad del obtentor sobre el material de reproducción incluyendo todos los actos antes enumerados y sin la restricción a la finalidad de comercialización, lo que significaría que, como regla, también la reutilización de la semilla cosechada por el agricultor requiere de autorización y queda sujeta a limitaciones y condiciones, como puede ser la de pagar remuneraciones o

⁷⁹⁸ HARRIES, Adelaida: "¿Por qué cambia el Convenio de la UPOV? La Evolución del Convenio a raíz del Acta de 1991", en Cascardo-Gianni-Piana, Variedades Vegetales en Argentina, Buenos Aires, 1998, p. 126.

“regalías” por el nuevo uso⁷⁹⁹. A partir de allí la posibilidad de utilizar la semilla propia por el agricultor pasa a ser la “excepción” prevista por el art. 15 de UPOV’91, que, además, al ser facultativa dependerá de que el derecho nacional la reconozca, y a la vez solo podrá hacerlo “dentro de límites razonables y a reserva de la salvaguardia de los intereses legítimos del obtentor”.

Por lo tanto en este aspecto el cambio de perspectiva es trascendente, pues mientras en el sistema de UPOV’78 la posibilidad de utilizar la semilla propia por el agricultor es la regla, ya que no se trata de una utilización con finalidad de comercialización y está fuera de la exclusividad reconocida al obtentor, en el sistema de UPOV’91 esa posibilidad pasa a ser una excepción según sea determinada por una ley nacional. Debemos tener en cuenta que el grado de libertad de uso de la semilla por el adquirente, usuario o agricultor, está determinado por el alcance de la exclusividad otorgada al titular de la propiedad de la variedad. En el sistema de UPOV’78 estos dos extremos definen el ámbito de exclusividad: recae sobre el material de reproducción y su disposición con fines comerciales, en cuanto tal. Fuera de este ámbito de exclusividad los actos del usuario no pueden ser alcanzados por las atribuciones prohibitivas del obtentor, constituyen usos libres que no integran la esfera del derecho de propiedad intelectual reconocido por el sistema jurídico. De modo que el obtentor tiene la potestad de impedir o autorizar la multiplicación con fines comerciales o la comercialización de semillas de la variedad protegida con el consiguiente pago de las remuneraciones o regalías convenidas, pero no puede impedir la resiembra del agricultor ni imponerle pago de regalías, ni impedir o condicionar su venta como materia prima a la industria⁸⁰⁰.

4. El Derecho Del Obtentor En La Legislación Paraguaya

La legislación paraguaya al consagrar en materia de protección de variedades vegetales el sistema de Derecho del Obtentor, adhiere claramente a la orientación originaria mantenida a nivel de fuentes internacionales en el Acta UPOV de 1978. Surge así de la regulación integrada por la Ley 988/96 que, precisamente, aprueba “el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones de Vegetales, firmado el 2 de diciembre de 1961 y revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978”, y la Ley 385/94 y su Decreto reglamentario 7.797/00.

⁷⁹⁹ La autora recién citada, pese a que luego subraya que por primera vez el derecho a guardar semilla es consagrado expresamente en el Acta de 1991, previamente razonaba, como una consecuencia del art. 5 del Acta de 1978: “Si la producción de semilla, por ejemplo, no se realiza con fines comerciales, sino para replantar en el ámbito de la propia explotación de un agricultor, entonces queda fuera del alcance del derecho del obtentor. Este rasgo del Acta de 1978 crea, implícitamente, el llamado privilegio del agricultor”. Op. cit., 125. En nuestra opinión, siguiendo precisamente el mismo razonamiento, en ese sistema la utilización de la semilla por el agricultor para su nueva siembra no es una excepción ni un privilegio, sino un acto no alcanzado por la exclusividad del obtentor.

⁸⁰⁰ GHIDINI, G. Y HASSAN, S.: “Biotecnologie, Novità Vegetali e Brevetti”, Giuffrè, Milano, 1990, p.78; véase asimismo, VIGNOLI G., op.loc.cit. y CASELLA, A., op.cit.

La Ley 385/94 en su artículo 2, incisos “d”) y “e”) describe al cultivar o variedad, denominaciones que utiliza como sinónimos, como conjunto de plantas cultivadas que son claramente distinguibles de las demás de su especie y que cuando son reproducidas mantienen sus características distintivas, considerando “creación fitogenética” al cultivar o variedad “obtenida por descubrimiento o por incorporación o transferencia y/o aplicación de conocimientos científicos al mejoramiento heredable de las plantas”, lo que traduce uno de los presupuestos diferenciales del sistema de Derecho de Obtentor. La definición de cultivar o variedad incluye los requisitos habituales de “distinguibilidad”, “homogeneidad” y “estabilidad”, que luego el artículo 12 especifica y exige para la inscripción en el Registro Nacional de Cultivares Comerciales; para su inscripción en el Registro Nacional de Cultivares Protegidos, que tiene por objeto salvaguardar el derecho del obtentor, el artículo 25 exige además que cumpla con el requisito de “novedad” tal como la misma norma define.

El alcance del “derecho de obtentor” está en primer lugar determinado por su definición en el artículo 23, al establecer que “consiste en someter a la autorización previa del obtentor...la producción y comercialización de la simiente de la variedad protegida”. Aparecen allí los dos extremos que, según dijimos antes, definen el ámbito de exclusividad del obtentor, esto es, que recae sobre el material de reproducción -no alcanza a toda la planta ni a sus productos - y su disposición con fines comerciales, en cuanto tal. La producción del material de reproducción protegida es la realizada, como surge del articulado del Convenio UPOV 78 aprobado por la Ley 988/96 antes transcrito, con fines de comercialización. Por su parte el Decreto 7.797/00 al reglamentar el art. 23 y enumerar los actos respecto del material de reproducción que requieren autorización previa del Obtentor, alude en primer lugar a la “producción, reproducción, multiplicación o propagación (con fines comerciales)”, agregando a continuación el “acondicionamiento y almacenamiento con fines de reproducción, multiplicación o propagación comercial”, lo que cobra importancia para definir las operaciones comprendidas en la “reserva” de semilla del agricultor⁸⁰¹.

Aunque se deriva necesariamente de la delimitación resultante de esas normas, el artículo 35 determina expresamente la situación del usuario de semillas de la variedad protegida, al disponer que “no lesiona el derecho del obtentor el agricultor que siembra y reserva semilla del cultivar protegido para su propio uso, o usa o vende como materia prima o alimento el producto obtenido de dicho cultivar”. La reglamentación de esa norma por el artículo 21 del Dec. 7.797/00 no hace sino abundar en el mismo sentido, al aclarar que la autorización del obtentor no será requerida cuando “un agricultor use para fines de propagación en su propia explotación el producto de la cosecha que ha sido

⁸⁰¹ Frente a interpretaciones reduccionistas, que de aceptarse determinarían que el agricultor no podría trasponer con la semilla reservada los límites de su explotación sin autorización del obtentor, sostenemos que la “reserva” del agricultor comprende todas las operaciones necesarias para destinar el material de reproducción para su propia siembra: CASELLA, A.: “Derechos del Obtentor y del Agricultor...”, cit.

obtenida al sembrar en su propia explotación el material adquirido, con la autorización de dicho titular o derivada del material así adquirido”.

Finalmente, completando el cuadro de expresiones propias del sistema de Derecho de Obtentor, el artículo 34 recepciona la “excepción del fitomejorador”, al prever que “la protección sobre un cultivar no impide que otras personas lo utilicen con fines experimentales o para la creación de un nuevo cultivar, que podrá inscribirse a nombre de su creador sin el consentimiento del obtentor del cultivar original que utilizó para obtenerlo, y siempre que el cultivar original no se utilice en forma permanente para producir el nuevo”.

Resulta de estas normas que el Derecho del Obtentor, como modalidad “sui generis” adoptada por el derecho paraguayo para la protección de obtenciones vegetales asume las características que resumíamos al comenzar este comentario, esto es, siguiendo los lineamientos originarios del sistema conservados hasta el Acta UPOV’78, protege al obtentor de la variedad vegetal con la exclusividad de producción con fines comerciales y/o la comercialización de semillas de la variedad, reconociendo a los fitomejoradores la posibilidad de utilizarla para obtener una nueva, y dejando fuera de la exclusividad los actos del agricultor de disposición del producto y de utilización de la semilla reservada de su cosecha para sus sucesivas siembras, actos que por lo tanto no pueden ser sometidos a condición alguna ni al pago de remuneraciones o regalías por el obtentor.

5. Incidencia Del Convenio Sobre Diversidad Biológica En El Régimen De Propiedad Intelectual Sobre Obtenciones Vegetales Y Agrobiotecnología. Soberanía Sobre Los Recursos Genéticos Y Régimen De Acceso

La aprobación del Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992 (CDB) por la Ley 253/93 incide también en el régimen de propiedad intelectual sobre obtenciones vegetales y mucho más ampliamente sobre todas las innovaciones agrobiotecnológicas. Es que la materia prima de las innovaciones biotecnológicas son los recursos genéticos, y este instrumento introduce principios y reglas determinantes sobre el acceso a los mismos, al punto que se han señalado aspectos contradictorios con los establecidos por el ADPIC.

En esa materia el CBD en su artículo 4 reconoce definitivamente como principio el derecho soberano de los Estados sobre sus propios recursos, de donde luego deriva la facultad que les cabe de regular el acceso a los recursos genéticos, desterrando la tesis que a partir de considerarlos patrimonio común de la humanidad facilitaba su apropiación. El CBD define “recursos genéticos” como el “material genético” de valor real o potencial, y a su vez a éstos como “todo material de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia”. Esto revela que la regulación del acceso y régimen de propiedad en ejercicio de los derechos soberanos sobre los recursos genéticos se relaciona, fundamentalmente, no tanto con la propiedad de entidades físicas en cuanto tales, sino con la “propiedad intangible” sobre la información genética que contienen, pues, como pone de relieve CORREA es allí donde

radica el valor real de los recursos y donde los problemas jurídicos son particularmente complejos⁸⁰², y por ello se vincula estrechamente con el régimen de propiedad intelectual sobre innovaciones biotecnológicas.

En sus normas más relevantes sobre acceso a los recursos genéticos el artículo 15 del CBD establece que está sometido a la legislación nacional, comprometiendo no obstante a los Estados a crear condiciones de facilidad para los otros Estados y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del Convenio. La concesión del acceso queda sometida a condiciones mutuamente convenidas y al consentimiento fundamentado previo del Estado que proporciona los recursos. Este es uno de los puntos más notorios de conflicto con el ADPIC, que al respecto nada prevé facilitando la apropiación y la denominada “biopiratería”, lo que ha llevado a algunos países a promover la reforma del ADPIC ante la Organización Mundial del Comercio⁸⁰³.

La aprobación del CBD por la ley 253/93 permite aplicar estos principios y normas a los derechos de propiedad intelectual sobre innovaciones que incluyan utilización de recursos genéticos. Sin embargo, al igual que otros países de la región, la República del Paraguay aún no cuenta con una legislación apropiada sobre acceso a los recursos genéticos⁸⁰⁴, salvo alguna referencia tangencial de la Ley de Vida Silvestre 96/92 al facultar en su artículo 8 a la Autoridad de Aplicación a otorgar permisos, contratos o concesiones para el aprovechamiento de sus elementos con fines científicos o económicos.

6. Conclusiones Y Observaciones

La legislación paraguaya sobre propiedad intelectual en vegetales cumple los parámetros comprometidos en el artículo 27 inc.3 b) del ADPIC aprobado por la ley 444/94, adecuándose a las opciones allí previstas; mientras la Ley de Patentes de Invenciones 1630/00 excluye como materia patentable a las plantas, las leyes 988/96 y 385/94 con su

⁸⁰² CORREA, Carlos: “Derechos Soberanos y de Propiedad sobre los Recursos Fitogenéticos”, FAO, Roma, 7-11 de noviembre de 1994.

⁸⁰³ Al respecto, con fecha 2 de marzo de 2004 el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio distribuyó la comunicación del 26 de febrero de 2004 de Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, India, Perú Tailandia y Venezuela titulada “La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre Diversidad Biológica”(IP/C/W/420), y anteriormente, el 24 de junio de 2003(IP/C/W/403), la promovida por los mismos países más República Dominicana “La relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre Diversidad Biológica y la protección de los conocimientos tradicionales”. Precedentemente se había distribuido igualmente a los Miembros del Consejo una comunicación sobre el mismo tema del 24 de junio de 2002(IP/C/W/356), presentada por la Misión Permanente de Brasil, en nombre de aquellos países, y además China, Pakistán, Zambia y Zimbawe. Sobre las contradicciones entre las normas del ADPIC y las del CBD, remito a CASELLA, A.: “Recursos Genéticos, Patentes y Biodiversidad”, loc.cit., p. 151 y nota bibliográfica.

⁸⁰⁴ En Argentina se han presentado distintos proyectos de ley, pero aún no se cuenta con una ley de acceso a los recursos genéticos.

Decreto reglamentario 7797/00 adoptan para la protección de obtenciones vegetales el sistema “sui generis” de Derecho de Obtentor con las características y alcances referidos.

La clara exclusión de patentabilidad de las plantas a tenor del artículo 5 inciso “b” de la Ley de Patentes de Invenciones 1630/00 resulta trascendente para el sistema de propiedad intelectual en innovaciones vegetales y agrobiotecnología, tal como anteriormente lo destacáramos. En efecto, si bien el sistema DOV adoptado por las leyes 988/96 y 385/94 descarta la posibilidad de proteger por derecho de patentes las variedades vegetales de las especies enumeradas en el artículo 24 de la última, y de las que en el futuro se incluyan, la exclusión de patentabilidad de plantas descarta también la posibilidad de patentar obtenciones vegetales que no respondan a los requisitos de las variedades vegetales. En este sentido, puede mencionarse el caso de la Directiva 98/44/CE sobre protección jurídica de invenciones biotecnológicas de la Unión Europea que si bien declara que no serán patentables las variedades vegetales establece a la vez la posibilidad de patentar invenciones que tengan por objeto vegetales si la viabilidad técnica de la invención no se limita a una variedad vegetal, con lo que abre el camino a las patentes de plantas “nuevas”, como por ejemplo soja, maíz, o algodón genéticamente modificados, y que muchos señalan como verdaderas patentes de especies⁸⁰⁵. Estas posibilidades de patentamiento no tienen cabida en la legislación paraguaya.

Ha quedado igualmente claro que, de acuerdo al alcance de la protección otorgada al obtentor de variedades vegetales por la legislación vigente, está fuera de sus atribuciones imponer condiciones al usuario de semillas o al agricultor sobre el producto de su cosecha o de cualquier modo impedir o condicionar la utilización de las semillas de la variedad reservadas de su cosecha para sus sucesivas siembras. Esto elimina también la posibilidad de imponerle al agricultor el pago de remuneraciones o “regalías” por esa utilización, tal como actualmente pretenden algunas compañías. En el caso de que se trate de una variedad que incluya un gen o evento patentado en la República del Paraguay, podría plantearse una situación particular por la convivencia de dos regímenes protectivos, el de DOV y el de patentes. Esta situación puede alentar la pretensión de requerir pagos por la reutilización de las semillas invocando el derecho de patentes sobre el gen o evento, en atención a que la protección alcanzaría las sucesivas utilidades para la siembra. No obstante, al tratarse de variedades inscriptas en el Registro Nacional de Variedades Protegidas, la protección queda sujeta al alcance que la ley asigna al derecho del obtentor, para todo tipo de variedades sin distinguir entre convencionales o transgénicas, y no debería incidir en ello y, en particular, en la situación del usuario o

⁸⁰⁵ Los “considerandos” de la Directiva explican estos supuestos a partir de que la variedad vegetal se caracteriza por la totalidad de su genoma y posee, por ello, individualidad y puede ser diferenciada claramente de otras obtenciones vegetales, mientras que un conjunto vegetal caracterizado por la presencia de un gen determinado (y no por la totalidad de su genoma) no es objeto de la protección de variedades, por lo que no está excluido de la patentabilidad aun en el caso de que este conjunto abarque variedades vegetales, aclarando en cambio que cuando una invención se limite a modificar genéticamente una variedad vegetal y se obtenga una nueva variedad vegetal la invención estará excluida de la patentabilidad aunque sea el resultado de un procedimiento biotecnológico (Considerandos 29, 30, 31 y 32).

agricultor, la variación o característica de la variedad obtenida a partir de la incorporación del gen patentado. De modo que tampoco en este supuesto parece legítima la imposición de condiciones sobre el producto o la semilla, incluida la de pago de regalías por la nueva siembra. Sin perjuicio de ello, sería de auspiciar una expresa solución legislativa. Al respecto cabe nuevamente aludir a la Directiva europea sobre invenciones biotecnológicas que también en este sistema de patentes, al igual que en el DOV sobre variedades vegetales, dispone en su art. 11 que la venta de material de reproducción a un agricultor implica “el derecho de este último a utilizar el producto de su cosecha para reproducción o ulterior multiplicación realizada por él mismo en su propia explotación”, en los términos del Reglamento (CE) n° 2100/94 sobre protección de obtenciones vegetales; la norma de esta manera soluciona, entre otros supuestos, el caso de coexistencia de sistemas de protección cuando, como en el caso de variedades transgénicas, se trata de una variedad protegida por derecho de obtentor que a la vez incorpora un material patentado como invención biotecnológica .

Finalmente, aunque la vigencia del Convenio sobre Diversidad Biológica aprobado por la Ley 253/93 incide en el régimen de propiedad intelectual en biotecnología no obstante sus contradicciones con el ADPIC, la ausencia de una regulación de acceso a los recursos genéticos en ejercicio de su soberanía sobre los mismos es una notoria falencia de la legislación paraguaya. Por otra parte, si bien la República del Paraguay ha ratificado recientemente, a través de la Ley 3194/07, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de 2001, que avanza en esa materia, ello no supliría la ley nacional de acceso a los recursos genéticos.

CAPÍTULO VII

AGUA

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Introducción

En el presente capítulo nos limitaremos a hacer una rápida descripción del marco jurídico de las aguas actualmente vigente en el Paraguay, sin hacer un análisis detallado. Ello se debe a que concomitantemente con la culminación de esta obra ha sido sancionada y promulgada la Ley 3239 “De los Recursos Hídricos del Paraguay”.

Por ello, sólo analizaremos brevemente las modificaciones que ha experimentado el régimen de dominio de las aguas establecido en el Código Civil y el régimen de los derechos de uso sobre las aguas públicas, enunciaremos las normas ambientales que hoy por hoy están relacionadas con el cuidado de las aguas, haremos un breve análisis sobre el régimen jurídico que regula la provisión de agua potable y el servicio de alcantarillado sanitario, así como sobre las normas internacionales sobre recursos hídricos transfronterizos. Finalizaremos nuestro trabajo con algunas consideraciones de carácter general sobre la nueva Ley 3239/07.

2. Régimen De Dominio De Las Aguas

El Código Civil regula el dominio de las aguas de la siguiente manera:

- El artículo 1898, según la redacción establecida por el artículo 1 de la Ley 2559/05, establece: “Son bienes del dominio público del Estado: (...) b) los ríos y todas las aguas que corren por sus cauces naturales, y estos mismos cauces, así como las aguas subterráneas; (...) d) los lagos navegables y sus álveos”.
- El artículo 1902 establece que: “La propiedad de los lagos y lagunas que no sean navegables, pertenece a los propietarios ribereños”.
- El artículo 1908 establece que: “Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen en propiedad, uso y goce al dueño de la heredad”.
- El artículo 2004 establece que: “Las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades donde cayesen, o donde entrasen, y pueden disponer libremente de ellas, o desviarlas, en detrimento de los terrenos inferiores, si no hay derecho adquirido en contrario”.
- Finalmente, el artículo 2005 establece que: “Los dueños de terrenos en los cuales surjan manantiales, podrán usar libremente de ellos y cambiar su dirección natural, sin que el hecho de correr sobre los fundos inferiores conceda derecho alguno a sus propietarios. Cuando sean aguas que corran naturalmente,

pertenece al dominio público, y el dueño del terreno sobre el cual corran no podrá cambiar su dirección. Le será permitido, sin embargo, usar de tales aguas para las necesidades de su heredad”.

El artículo 6 de la Ley 3239/07 prevé que: “En la República del Paraguay los recursos hídricos superficiales y subterráneos son bienes del dominio público del Estado”.

Por lo tanto, la nueva Ley sólo afecta a los artículos 1902 y 1908 del Código Civil; no así los restantes artículos, que seguirán plenamente vigentes.

Con respecto al artículo 1902, como regla general los lagos y lagunas no navegables pasan a ser bienes del dominio público del Estado, a menos que sus aguas sean de origen pluvial. Ello, porque las aguas pluviales, en la Ley 3239/07, siguen perteneciendo a los dueños de las heredades donde cayesen, o donde entrasen, y estos dueños pueden disponer libremente de ellas o desviarlas.

En efecto, el artículo 6 menciona a las aguas superficiales y subterráneas, no a las atmosféricas. A su vez, el artículo 50 de la Ley 3239/07 establece que “en los casos de estado de emergencia declarada por Ley, y en tanto dure la misma, la autoridad de los recursos hídricos se encuentra habilitada a disponer de manera temporal y para usos humanos, de aquellos cuerpos de agua provenientes de recursos hídricos atmosféricos, independientemente del dominio de los mismos”. Si los cuerpos de agua de origen atmosférico no pudieran ser bienes del dominio privado, la última parte de este artículo no tendría sentido. En consecuencia, las aguas atmosféricas recolectadas en tajamares, tanques Australianos o mediante cualquier otro método, son bienes de los particulares.

En cuanto al artículo 1908, entendemos que las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad pasan a ser bienes del dominio público del Estado. Primero, porque son aguas superficiales. Segundo, porque claramente no son aguas pluviales “colectadas”, sino aguas que integran sistemas más amplios de origen subterráneo; esto es, son manantiales vinculados a sistemas de aguas subterráneas o sistemas de aguas subterráneas y superficiales que, inclusive para el Código Civil, son aguas del dominio público del Estado.

Esta modificación viene a dar razonabilidad al régimen de dominio de los recursos hídricos. Las aguas están en constante movimiento, formando parte de un ciclo. Así, puede llegar a ser lógicamente posible que las aguas atmosféricas sean apartadas de ese ciclo por medio de su apropiación antes de su infiltración pero, una vez que esa infiltración se ha producido, no podemos concebir cómo podría determinarse con carácter de permanencia cuándo se trata de agua pública y cuándo de agua privada. Es que el dominio privado de las aguas sería momentáneo, habría tal derecho de dominio mientras la sumatoria de las partículas de agua estuvieran “pasando” a través de una propiedad privada, antes de infiltrarse en acuíferos (bienes del dominio público del Estado) y de allí pasar a cauces superficiales del dominio público. Mantener esta diferenciación podría

llevar a que en ejercicio de un derecho de dominio, un particular extrajera tal cantidad de agua que afectara el ciclo normal, causando un evidente perjuicio a la sociedad y a los ecosistemas, y ello sería posible por el ejercicio de un derecho momentáneo sobre cierto bien, en nuestro caso, el agua.

No hemos considerado hasta aquí las previsiones del Código Rural, porque éste no establece derechos de dominio privado sobre las aguas, sino sólo derechos al uso de las aguas. A continuación haremos una referencia sobre cómo la Ley 3239/07 ha impactado en este Código.

3. Derechos Al Uso De Las Aguas

El artículo 1899 del Código Civil establece que las personas particulares tienen el uso y goce de las aguas del dominio público del Estado “sujetas a las disposiciones de este Código y a las leyes o reglamentos de carácter administrativo”. Esto es, por regla general todos los particulares tienen el uso y goce de las aguas públicas, las excepciones están contempladas en el propio Código Civil y, ahora, también en la Ley 3239/07.

Es importante destacar que la Ley 3239/07 prevé en su artículo 15 que: “los recursos hídricos superficiales y subterráneos de uso para fines domésticos y de producción familiar básica que sean utilizados de manera directa por el usuario, sin intermediación de ningún tipo, son de libre disponibilidad, no están sujetos a permisos ni concesiones ni impuestos de ningún tipo y deberán estar inscriptos en el Registro Nacional de Uso y Aprovechamiento de los Recursos Hídricos, al solo fin de su contabilización en el Balance Hídrico Nacional”.

El uso y goce de las aguas públicas que vayan a ser utilizadas dentro de procesos productivos, estará sujeto al otorgamiento de permisos o concesiones. El régimen de permisos y concesiones parte de un supuesto fundamental: el respeto de los caudales ecológicos, esto es, los caudales mínimos que permiten la viabilidad de los ecosistemas asociados a dichos caudales. Esta disposición tiende a evitar la sobreexplotación de los cuerpos de agua y su lógica es incuestionable: un cuerpo de agua sobreexplotado genera consecuencias negativas para las poblaciones (porque no pueden utilizarlo para abastecerse de agua), para el sector productivo (porque encarece los costos de depuración) y para el ambiente (altera el equilibrio ecológico).

El sistema de permisos y concesiones establece como pautas para la fijación de los cánones que deberán abonarse por la utilización de las aguas públicas que sean insumos de la producción a: 1) la naturaleza de la inversión, 2) el impacto sobre el recurso hídrico utilizado y, 3) la utilidad social del emprendimiento (Arts. 38 y 46). Esto es, se respeta el principio fundamental de toda economía de mercado, la ley de la oferta y la demanda: cuanto más agua disponible haya, menor será el canon; cuanto menos agua haya, mayor será el canon.

Entendemos que quienes puedan probar que han aprovechado las aguas de arroyos y manantiales durante diez años en forma ininterrumpida, tendrán derecho a seguir utilizando esas aguas en las mismas condiciones, de acuerdo con lo que establece el artículo 349 del Código Rural (Ley 1248/31). En este caso, la autoridad de aplicación deberá formalizar el derecho de estas personas a través de permisos o concesiones definitivos (esto deberá preverse en la reglamentación de la Ley). Sin embargo, la utilización que los titulares de estos permisos o concesiones hagan no podrá afectar los caudales ecológicos; asimismo, los permisos o concesiones que tuvieran podrán extinguirse por cualquiera de las causas establecidas en la Ley 3239/07 (Arts. 42 y 48), excepto, por supuesto, por vencimiento del plazo.

4. Normas Jurídicas Ambientales Relacionadas Con El Cuidado De Las Aguas

La Constitución de la República del Paraguay no contiene ninguna referencia explícita sobre los recursos hídricos en su función de elementos de los ecosistemas. Las bases constitucionales de la regulación hídrica en materia ambiental deben buscarse y derivarse de los artículos que se refieren a la calidad de vida (artículo 6), al derecho a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado (artículo 7) y, al derecho a la salud (artículo 68).

Las normas sobre protección ambiental de las aguas se encuentran dispersas en distintas leyes ambientales. A continuación, las mencionaremos.

4.1 En la legislación forestal

El artículo 6 de la Ley 422/73 “Forestal” establece que: “Son bosques o tierras forestales protectores aquellos que por su ubicación cumplan fines de interés para: a) regularizar el régimen de aguas; b) proteger el suelo, cultivos agrícolas, explotación ganadera, caminos, orillas de ríos, arroyos, lagos, islas, canales y embalses; c) prevenir la erosión y acción de los aludes e inundaciones y evitar los efectos desecantes de los vientos; d) albergar y proteger especies de la flora y de la fauna cuya existencia se declaren necesarias; e) proteger la salubridad pública; y, f) asegurar la defensa nacional”.

Este artículo ha sido reglamentado por el Decreto 18.831 del 16 de diciembre de 1986 que establece en su artículo 3 que: “A los efectos de la protección de ríos, arroyos, nacientes y lagos se debe dejar una franja de bosque protector de por lo menos 100 (cien) metros a ambas márgenes de los mismos, franja que podrá incrementarse de acuerdo al ancho e importancia de dicho curso de agua”.

Asimismo, el artículo 9 del Decreto 18.831/86 establece que: “Todo propietario, tenedor por cualquier título, empresas concesionarias o cualquier otra forma de sociedad o asociación que tengan o desarrollen explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales o cualquier combinación de estas, deberán: (...) f) Proteger toda naciente, fuente y cauce

natural por donde permanente o intermitentemente, discurran aguas y los cauces artificiales”.

La obligación establecida en el artículo 3 del Decreto 18.831/86, que reglamenta la obligación legal de contar con bosques protectores, ha sido asumida por la Ley 3239/07 que en su artículo 23 establece: “Las márgenes bajo dominio privado adyacentes a los cauces hídricos estarán sujetas, en toda su extensión, a las siguientes restricciones: a) Una zona de uso público con un ancho de cinco metros para zonas urbanas y de diez metros para zonas rurales. Dentro de las actividades que la reglamentación defina como de uso público, no podrá imponerse los usos recreativos, derecho reservado al propietario. Quedará a cargo de las municipalidades definir y reglamentar los alcances de la zona de uso público sin perjuicio de las competencias que puedan ejercer las demás autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones. b) Una zona de protección de fuentes de agua de un ancho de cien metros a ambas márgenes, en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que allí se realicen, conforme a lo que establezcan las normas jurídicas ambientales. La zona de policía no incluirá a la zona de uso público y estará adyacente a ésta. c) A los efectos del inciso “b”, los propietarios ribereños cuyos inmuebles hubieran tenido o hubieran debido tener bosques protectores deberán restablecerlos o reforestar la superficie necesaria para recuperarlos y conservarlos”.

4.2 En el Código Sanitario

Los artículos 67 y 68 de la Ley 836/80 “Código Sanitario” establecen: “Art. 67.- El Ministerio determinará los límites de tolerancia para la emisión o descarga de contaminantes o poluidores en la atmósfera, el agua y el suelo y establecerá las normas a que deben ajustarse las actividades laborales, industriales, comerciales y del transporte, para preservar el ambiente de deterioro. (...) Art. 68.- El Ministerio promoverá programas encaminados a la prevención y control de la contaminación y de polución ambiental y dispondrá medidas para su preservación, debiendo realizar controles periódicos del medio para detectar cualquier elemento que cause o pueda causar deterioro de la atmósfera, el suelo, las aguas y los alimentos”.

Los artículos 82 y 83 del mismo Código establecen: “Art. 82.- Se prohíbe descargar desechos industriales en la atmósfera, canales, cursos de aguas superficiales o subterráneas, que causen o puedan causar contaminación o polución del suelo, del aire o de las aguas, sin previo tratamiento que los convierta en inofensivos para la salud de la población o que impida sus efectos perniciosos. (...) Art. 83.- Se prohíbe arrojar en las aguas de uso doméstico y de aprovechamiento industrial, agrícola o recreativo, sustancias que produzcan su contaminación o polución y que puedan perjudicar, de cualquier modo, la salud del hombre y de los animales”.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”, la Secretaría del Ambiente “ejercerá autoridad en los asuntos que conciernan a su ámbito

de competencia y en coordinación con las demás autoridades competentes en las siguientes leyes: (...) c) 836/80 “Código Sanitario”. Haciendo ejercicio de la autoridad que le confiere esta disposición legal aunque sin haber coordinado sus acciones con el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, que es lo que hubiera correspondido ya que este Ministerio no dejó de ser autoridad de aplicación del Código Sanitario, la SEAM promulgó la Resolución 222 del 22 de abril de 2002 “Por la cual se establece el padrón de calidad de las aguas en el territorio nacional”, posteriormente ampliada por la Resolución 255/06 “Por la cual se establece la clasificación de las aguas superficiales de la República del Paraguay”.

Sobre este punto, el artículo 27 de la Ley establece: “Corresponderá a la Secretaría del Ambiente (SEAM) en coordinación con el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social la determinación de los niveles de calidad que deberán tener las aguas superficiales, subterráneas y atmosféricas, según las distintas clasificaciones que al efecto realice. También corresponderá a la Secretaría del Ambiente (SEAM) en coordinación con el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social la determinación de los niveles de calidad, a los que deberán ajustarse los vertidos que se realicen desde fuentes móviles o fijas a cuerpos receptores de agua. Para ello, se tendrá en cuenta los niveles de calidad que deberán tener las aguas, la capacidad de dilución de las aguas, la sustentabilidad de la biodiversidad y los potenciales usos que se pueda hacer de estos cuerpos receptores de agua”.

4.3 En la Ley Orgánica Municipal

El artículo 42 de la Ley 1294/87 “Orgánica Municipal” establece que: “Sobre Higiene, Salubridad y Servicio Social, corresponde a la Junta Municipal, atendiendo las disposiciones pertinentes del Código Sanitario: (...) b) regular todo lo relativo a higiene de acueductos, alcantarillas, piscinas y baños públicos, playas turísticas, riberas de ríos, lagos y arroyos, servicios higiénicos, depósitos y tratamiento final de basuras, terrenos no edificados, canales, pozos, aljibes y toda obra instalación sanitaria de uso público”.

4.4 En la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental

Todo proyecto que implique uso de aguas está abarcado, en principio, por las disposiciones de la Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”. En efecto, esta Ley prevé que la construcción y operación de conductos de agua, aguas servidas y efluentes industriales, así como todas las obras hidráulicas en general requieren de una Evaluación de Impacto Ambiental (EvIA) y la consecuente expedición de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) para poder llevarse a cabo.

El artículo 5 del Decreto reglamentario (14.281/96) de esta ley precisa el alcance de esas disposiciones al establecer que son actividades sujetas a EvIA y consecuente presentación del EIA (Estudio de Impacto Ambiental) y su respectivo RIMA (Relatorio de Impacto Ambiental), como requisito indispensable para su ejecución, la “construcción

y operación de sistemas de abastecimiento de agua, tratamiento y disposición de aguas servidas, y descargas de efluentes industriales a ríos o cuerpos de agua” (inciso 7); “las presas con áreas de embalse superior a las 5 has. y/o que estén proyectadas en cercanías a áreas de protección de la vida silvestre y/o afecten a poblaciones situadas aguas abajo” (inciso 8); y, finalmente, incluye un rubro especial, “Proyectos que podrán requerir de EIA de acuerdo a las características naturales y socioeconómicas de las áreas en donde se desarrollarán los mismos: - Canalizaciones; - Muros de contención; - Puentes; y - Tuberías para desagüe cloacal y drenajes” (inciso 20).

El artículo 28 de la Ley 3239/07, concordantemente con estas disposiciones establece: “Previo a su realización, todas las obras o actividades relacionadas con la utilización de los recursos hídricos deberán someterse al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental previsto en la Ley N° 294/93 “DE EVALUACION DE IMPACTO AMBIENTAL” y sus reglamentaciones. Quedan exceptuados de esta obligación los usos relacionados con el ejercicio del derecho previsto en el Artículo 15 de la presente Ley”.

4.5 En la Ley de Áreas Silvestres Protegidas

En esta Ley se establece como uno de los objetivos del Sistema Nacional de Áreas Protegidas “la preservación y el manejo de las cuencas hidrográficas y de los humedales; (y) el control de la erosión y la sedimentación” (artículo 16, inciso b, Ley 352/94).

También, el Paraguay ha ratificado el Convenio de Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional (Ley 350/94). Como ejemplos de ASP que cuentan además con la designación internacional de “Sitio Ramsar”, podemos mencionar: - el Área Silvestre Protegida “Lago Ypoá” con categoría de manejo Parque Nacional que cubre 100.000 hectáreas entre los Departamentos de Paraguari y Ñeembucú, en la zona sur del país y que fue establecido mediante Decreto 13.681/92 (Sitio Ramsar número 728); - el Área Silvestre Protegida “Estero Milagro” con categoría de manejo Parque Nacional que cubre una superficie de 22.500 hectáreas en el Departamento de San Pedro en la zona centro-este del país y que fue establecido mediante Decreto 19.431/95 (Sitio Ramsar número 731); - el Estero Patiño, dentro del Área Silvestre Protegida “Tinfunqué” con categoría de manejo Parque Nacional de 280.000 hectáreas en el Departamento de Presidente Hayes, en el suroeste del país, establecido mediante Decreto 18.205/96 y que está asentado en su totalidad sobre tierras de propiedad privada (Sitio Ramsar número 730); el Área Silvestre Protegida “Río Negro” con categoría de manejo Parque Nacional que cubre 30.000 hectáreas en el ecotono Chaco/Pantanal, Departamento de Alto Paraguay, en el extremo norte del país (Sitio Ramsar número 729); y el Área Silvestre Protegida “Laguna Chaco Lodge” con la categoría de manejo Reserva Privada, que cubre 2.500 hectáreas en el Departamento de Presidente Hayes, en pleno Chaco Paraguayo, al oeste del país (Sitio Ramsar número 1330). Por último, la zona denominada Humedales del Ñeembucú, al sur de la Ruta IV que une San Ignacio en el Departamento de Misiones con Pilar, la capital del Departamento de Ñeembucú, en el

extremo sur del país, cercana a la zona de los Esteros del Iberá en la Provincia de Corrientes, en la República Argentina.

En completa articulación con la Ley 352/94, el artículo 25 de la Ley 3239/07 establece: “Se privilegiará la declaración de áreas protegidas en: las zonas de nacientes o manantiales de agua, los ecosistemas de humedales, las zonas de recarga de acuíferos y las zonas necesarias para la regulación del caudal ambiental de las aguas”.

A su vez, los artículos 29, 30 y 31, proporcionan una protección jurídica adicional a los humedales, ya que establecen: “Artículo 29.- El Estado reconocerá a los humedales como ecosistemas de gran importancia para la sociedad, para los procesos hidrológicos y ecológicos que en ellos ocurren y la diversidad biológica que sustentan, y que proporcionan, mantienen y depuran las aguas, siendo el agua el factor fundamental que controla el ambiente. Por lo tanto, su conservación y manejo sustentable posibilitará el adecuado funcionamiento de los recursos hídricos en general. (...) Artículo 30.- La conservación y manejo de los humedales requerirá de los conceptos siguientes: a) La necesidad de desarrollar su uso sustentable. b) Bajo la perspectiva de un enfoque integrado. c) El desarrollo de Planes de Manejo. (...) Artículo 31.- Serán reconocidas las funciones de los humedales relacionadas con el ciclo hidrológico las siguientes: 1. El almacenamiento de agua: retención de aguas superficiales, regulación de caudales, mitigación de las inundaciones, recarga de aguas subterráneas y descarga de aguas subterráneas. 2. El control de la calidad del agua: purificación del agua, retención de nutrientes, retención de sedimentos y retención de agentes contaminantes. 3. La regulación del clima local: estabilización del clima local, regulación de las precipitaciones y la temperatura y la reducción de la evapotranspiración. (...) La protección y, en caso necesario, la restauración de los humedales será uno de los medios de mantener el suministro de agua para diversos usos del ser humano”.

4.6 En el Código Penal

El artículo 197 de la Ley 1160/97 “Código Penal” establece: “1° El que indebidamente ensuciara o, alterando sus cualidades, perjudicara las aguas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Se entenderá como indebida la alteración cuando se produjera mediante el derrame de petróleo o sus derivados, en violación de las disposiciones legales o de las decisiones administrativas de la autoridad competente, destinadas a la protección de las aguas. 2° Cuando el hecho se realizara vinculado con una actividad industrial, comercial o de la administración pública, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años. 3° En estos casos será castigada también la tentativa. 4° El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 5° El que conociera de un ensuciamiento o de una alteración de las aguas, que hubiera debido evitar, y omitiera tomar las medidas idóneas para desviar o reparar dicho resultado y dar noticia a las autoridades, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 6° Se entenderán como aguas, conforme al inciso 1°, las subterráneas y las superficiales junto con sus riberas y cauces”.

Dado que este artículo sólo entiende como indebida la alteración de las aguas cuando se produjera mediante el derrame de petróleo o sus derivados, en la práctica pierde mucha de su efectividad.

En los casos que la alteración indebida de las aguas no involucre el derrame de petróleo o sus derivados, puede acudir al artículo 200 del Código Penal que establece: “1° El que tratara, almacenara, arrojará, evacuará o de otra forma echara desechos: 1. fuera de las instalaciones previstas para ello; o 2. apartándose considerablemente de los tratamientos prescritos o autorizados por disposiciones legales o administrativas⁸⁰⁶, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2° Se entenderán como desechos en el sentido del inciso anterior las sustancias que sean: 1. venenosas o capaces de causar enfermedades infecto-contagiosas a seres humanos o animales; 2. explosivas, inflamables, o, en grado no bagatelario, radioactivas; o 3. por su género, cualidades o cuantía capaces de contaminar gravemente las aguas, el aire o el suelo. 3° En estos casos, será castigada también la tentativa. 4° El que realizara el hecho mediante una conducta culposa, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa. 5° El hecho no será punible cuando un efecto nocivo sobre las aguas, el aire o los suelos esté evidentemente excluido por la mínima cuantía de los desechos”.

4.7 En el Estatuto Agrario

El artículo 25 inciso d) de la Ley 1863/01 “Estatuto Agrario” prevé que en los asentamientos agrícolas se incentivarán prácticas productivas para la utilización adecuada y la preservación de los recursos hídricos y acuíferos y, en el artículo 37, se obliga a los beneficiarios de campos comunales a cuidar de los humedales, esteros, manantiales, cursos hídricos, cobertura vegetal, arroyos, micro cuencas y bosques existentes en los mismos.

4.8 En la Ley de Servicios Ambientales

El artículo 2, párrafo 5, inciso 2 establece: “Son servicios ambientales: 2) servicios ambientales de protección de los recursos hídricos para diferentes modalidades de uso (energético, industrial, turístico, doméstico, riego, etc.) y sus elementos conexos (acuíferos, manantiales, fuentes de agua en general, humedales, protección y recuperación de cuencas y microcuencas, arborización, etc.)”.

4.9 Prevalencia de las normas jurídicas ambientales

La Ley 3239/07 resuelve todo conflicto interpretativo que se pudiera plantear entre normas jurídicas que prevengan la ocurrencia de daños ambientales y las normas

⁸⁰⁶ Para nosotros, las disposiciones administrativas que completen el tipo objetivo de este artículo deben emanar de una resolución conjunta de la SEAM y del MSPBS. En el caso, se aplica la misma lógica que hemos desarrollado en el capítulo sobre emisión de humos negros a la atmósfera en relación con el artículo 198 del Código Penal.

sobre recursos hídricos y ordenamiento territorial. En efecto, el artículo 24 establece: “Las normas legales que prevengan o tiendan a prevenir la ocurrencia de daños al ambiente prevalecerán sobre las normas de la presente Ley, y sobre las normas legales referidas al ordenamiento del territorio”.

5. Régimen Jurídico Sobre El Servicio De Provisión De Agua Potable Y Alcantarillado Sanitario

5.1. Introducción

Según los principales resultados de la “Encuesta Integrada de Hogares” 1999 y 2000/2001, el 42,3% de los hogares del Paraguay reciben el servicio de agua a través de la ESSAP o de las Juntas de Saneamiento; el 12,2% recibe el servicio a través de empresas privadas, el 15,6% obtiene agua de pozos con bombas y el 25,7% de pozos sin bombas; el resto, 4,2% obtiene agua de arroyos, ríos y manantiales⁸⁰⁷.

El marco jurídico de la prestación del servicio público de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario está previsto en la Ley 1614/00 “General del marco regulatorio y tarifario del servicio público de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario para la República del Paraguay” y, en forma complementaria, en la Ley 369/72 “Que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental – SENASA”

5.2. El servicio. Alcances y titularidad

El artículo 1 inciso “t” de la Ley 1614/00 define como “servicio” al “conjunto de servicio público de provisión de agua potable y de servicio público de alcantarillado sanitario, con la extensión establecida en el artículo 2° de esta ley”.

El artículo 2 de la misma Ley establece que: “El servicio regulado comprende: (...) La Provisión de Agua Potable: implica la captación y tratamiento de agua cruda, almacenaje, transporte, conducción, distribución y comercialización de agua potable y la disposición de los residuos de tratamiento. (...) Alcantarillado Sanitario: implica la recolección, conducción, tratamiento, disposición final y comercialización de las aguas residuales, y la disposición de los residuos del tratamiento”.

El artículo 3 establece que: “El servicio definido en los términos del artículo 2° se declara como servicio público nacional, con los alcances establecidos en la Constitución Nacional y se prestará en condiciones de continuidad, sustentabilidad, regularidad, calidad, generalidad e igualdad, de manera tal que se asegure su eficiente prestación a los

⁸⁰⁷ Fuente: Boletín Oficial del 31 de marzo de 2003, Principales resultados de la Encuesta Integrada de Hogares 1999 y 2000/2001, http://www.presidencia.gov.py/Presidencia/Boletin/2003/Marzo/PDFs/BOficial_310303_.pdf

usuarios, la protección de la salud pública y del medio ambiente y la utilización racional de los recursos”.

El artículo 6 establece que: “La titularidad de la competencia para prestar el servicio será siempre de naturaleza pública y corresponde al Estado Paraguayo. (...) La Delegación del ejercicio de facultades y deberes de esa competencia a favor de los Gobiernos Municipales o, en su defecto de los departamentales deberá ser regulada por Ley en la cual también deberá preverse las condiciones para que se opere dicha delegación”.

Entre los deberes y facultades que tiene el titular del servicio, el artículo 7 enumera los siguientes: “a) determinar las políticas y los planes de desarrollo relativos al servicio; b) proveer la prestación del servicio, en las condiciones establecidas en el Marco Regulatorio, por sí o por medio de prestadores, permisionarios o concesionarios; (...) e) establecer las obligaciones de los prestadores en relación a las inversiones, expansión y mantenimiento de las instalaciones y bienes afectados al servicio”.

Esto es, el Estado paraguayo, más allá de que preste el servicio a través de concesionarios o permisionarios, es el garante de que el servicio sea prestado a las personas en las condiciones establecidas en el artículo 3.

5.3. El Ente Regulador de Servicios Sanitarios

El artículo 8 de la Ley 1614/00 crea el Ente Regulador de Servicios Sanitarios (ERSSAN) como “una entidad autárquica, con personería jurídica, dependiente jerárquicamente del Poder Ejecutivo”. El artículo 9 establece que “el ERSSAN es competente en toda el Área Regulada”, esto es, en todo el territorio de la República (Art. 1, inciso “f”).

El artículo 10 establece que “el ERSSAN tiene como finalidad regular la prestación del servicio, supervisar el nivel de calidad y de eficiencia del servicio, proteger los intereses de la comunidad y de los usuarios, controlar y verificar la correcta aplicación de las disposiciones vigentes en lo que corresponda a su competencia”. A tal fin, el mismo artículo establece que el ERSSAN tiene facultades y obligaciones de regulación, supervisión y administración y que “puede dictar normas de carácter general o particular destinadas a ordenar, orientar, controlar y sancionar las conductas de los prestadores, usuarios o terceros comprendidos y del titular delegado, afectados al servicio”.

El artículo 24 establece que “Las competencias otorgadas específicamente por esta ley al ERSSAN y al titular del servicio no deberán ser alteradas ni superpuestas entre sí, ni con las de otros organismos por vía reglamentaria. (...) Asimismo, las facultades del ERSSAN deberán ser ejercidas de manera tal que no interfieran ni obstruyan con la actividad de los prestadores, ni signifique subrogarse en las tareas y responsabilidades de éstos”.

La normativa legal paraguaya tiene establecido el mecanismo institucional para evitar la superposición de competencias en materia ambiental entre los distintos órganos y entes de la administración y, como veremos más adelante, el ERSSAN tiene competencias significativas en esta área; el mecanismo de coordinación es la participación – como actor del Sistema Nacional del Ambiente- en el Consejo Nacional del Ambiente. (Ver Ley 1561/00).

Asimismo, cabe destacar la disposición final del artículo 24, que establece un límite tajante entre prestadores y entidad reguladora, esencial dentro de un marco como el que instaura la Ley 1614/00.

5.4. Los prestadores

El artículo 25 de la Ley 1614/00 establece que “salvo en el caso de prestación directa por el titular del servicio, los prestadores actuarán siempre bajo alguno de los siguientes títulos jurídicos: a) concesión de servicio público; o b) permiso. (...) La titularidad del servicio no se considerará transferida a sus prestadores en ningún caso”.

La distinción entre concesiones y permisos está dada por la cantidad de conexiones; hasta dos mil conexiones, el título idóneo para ser prestador es el permiso, más allá de ese número, el título es una concesión. Los permisionarios, durante la vigencia de su permiso, podrán exceder el número de conexiones sin necesidad de modificar su título (Art. 28).

Los permisos y concesiones pueden ser onerosos, gratuitos o subvencionados (Art. 26, inciso “d” y Art. 28, inciso “e”) y son otorgados por el Poder Ejecutivo, a quien actúa en nombre del Estado paraguayo, titular del servicio, o por los Gobiernos Departamentales o Municipales, en caso de que existiera una Ley por la cual se les delegara el poder concedente (Art. 29).

El artículo 98 ha previsto que “las juntas de saneamiento y los prestadores particulares que presten el servicio al tiempo de la promulgación de esta ley, cualquiera sea el número de conexiones individuales que tuvieren y siempre que se ajusten a los términos del artículo 95, tendrán derecho por única vez, a obtener del titular del servicio un permiso de acuerdo a las condiciones generales de la presente ley”. Esto es, las Juntas de Saneamiento y los prestadores privados que estaban en funcionamiento en el año 2000 han sido beneficiados con un permiso legal que vence en 2010. Las Juntas de Saneamiento y los prestadores privados (popularmente conocidos como “aguateros”) establecidos con posterioridad al 2000 han debido obtener un permiso o una concesión, de acuerdo con el régimen legal vigente.

Los permisionarios y concesionarios tienen derecho a la utilización del agua cruda (Art. 39) que, según la Ley, “comprende el agua superficial y subterránea, surgente y semisurgente, de existencia permanente, estacional o temporaria, que se encuentre en

cursos, espejos y reservorios, naturales y artificiales, en tanto pueda ser utilizada para consumo humano, con o sin tratamiento previo” (Art. 1, inciso “a”).

También tienen derecho a utilizar los cuerpos receptores que sean necesarios para la prestación del servicio (Art. 40), los cuales, según la Ley, “comprende todos aquellos lugares utilizados por los prestadores o por los usuarios para la disposición final de las aguas residuales de origen doméstico y/o industrial, con o sin tratamiento previo, o de residuos provenientes del tratamiento de agua y de agua residual” (Art. 1, inciso “m”). Cabe aclarar que los cuerpos receptores, no necesariamente son cursos de agua o lagos o lagunas, bien podría tratarse de parcelas de tierra.

Es importante destacar que los derechos de utilización de agua cruda y cuerpos receptores son inherentes a las concesiones o permisos de los prestadores y que este régimen no es modificado por la Ley 3239/07, según lo dispone su artículo 13.

También es importante mencionar que por la utilización del agua cruda podrá “cobrarse o no (a los prestadores) una tasa por dicha utilización, según lo disponga la autoridad competente” (Art. 39). Entendemos que las autoridades competentes serán o bien las Municipalidades (Cfr. Art. 106 de la Ley 1294/87) para el caso de los ríos, lagos o arroyos o bien, para el caso de las aguas subterráneas, la Secretaría del Ambiente, ya que el artículo 52 de la Ley 3239/07 la instituye como autoridad de aplicación.

5.5. Calidad del servicio

El artículo 45 establece que “los servicios de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario constituyen servicios complementarios que serán desarrollados armónicamente, evitando la instalación de sistemas de provisión de agua potable sin la de alcantarillado sanitario y viceversa, salvo que el ERSSAN así lo autorice y sea contemplado en el contrato de concesión o en el permiso, según fuere el caso. Asimismo, las distintas etapas del servicio deben ser concebidas y desarrolladas tendiendo a un desarrollo armónico y económicamente eficiente del servicio como un todo integral”.

Asimismo, se prevé que la calidad del agua potable “que sea suministrada por los prestadores cumplirá con los requisitos mínimos de calidad que establezca el ERSSAN, acordes con normas guía de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)” (Art. 46, inciso “b”).

La Ley 3239/07 prevé en su artículo 16 que “toda persona física tiene derecho a acceder a una cantidad mínima de agua potable por día, suficiente para satisfacer sus necesidades elementales. (...) La cantidad mínima de agua potable por día, por persona, será establecida por vía reglamentaria por el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social”. Asimismo, el artículo 3 de esta Ley establece entre los principios que regirán la gestión integral y sustentable de los recursos hídricos en su inciso “b” que “el acceso al

agua para la satisfacción de las necesidades básicas es un derecho humano y debe ser garantizado por el Estado, en cantidad y calidad adecuada”.

Por lo tanto, la Ley 3239/07 establece la obligación primordial del Estado de velar porque el agua que se suministre a los usuarios tenga los niveles de potabilidad mínima requeridos por la OMS y la OPS y, en caso de que esto no ocurra, toda persona tiene expedita la vía del amparo constitucional, o cualquier otra que considere idónea, para forzar a los organismos estatales que estén en mejores condiciones de hacer efectivo este derecho a que lo hagan. También, en caso de que una persona o grupo de personas no estén en condiciones de acceder a una cantidad mínima de agua potable por día, por el motivo que fuera, económico, técnico o de otra índole, el Estado está obligado a proporcionársela adquiriéndola y entregándosela en forma gratuita o despejando los obstáculos que impidan ese acceso.

En lo que respecta a alcantarillados sanitarios, el artículo 46, inciso “d”, numeral 2, establece que “los efluentes que los prestadores del servicio viertan al sistema hídrico, sea con o sin tratamiento obligatorio, deberán cumplir con las normas de calidad y requerimientos que establezcan las leyes o que para cada caso establezca el ERSSAN u otros organismos públicos competentes”. Al respecto, es importante destacar que uno de los organismos públicos competentes, la SEAM, ya ha determinado en la Resolución 222/02 las normas de calidad con la que deben contar los efluentes de los prestadores que se viertan a los cauces hídricos. Como hemos mencionado supra, el artículo 27 de la Ley 3239 establece que la SEAM junto con el MSPBS, coordinadamente, serán las autoridades competentes para determinar dichos niveles de calidad de los efluentes.

El artículo 79 de la Ley 1614/00 establece que “los vertidos industriales al alcantarillado sanitario se ajustarán a los requisitos de calidad, concentración de sustancias y volumen que establezca el ERSSAN”.

Debe diferenciarse los vertidos que se realicen al alcantarillado sanitario de los vertidos que se realicen a los cauces hídricos naturales. Los primeros se realizan a sistemas artificiales y, los segundos, a sistemas naturales. Los vertidos que se realizan al alcantarillado sanitario pueden tener niveles mucho más elevados que los que se realizan a los cauces hídricos naturales. En ese caso, el prestador del servicio le cobra al particular el servicio de encargarse de tratar esos efluentes para que lleguen a los cauces hídricos con los niveles de calidad que prevé la norma reglamentaria de la SEAM.

Los límites máximos de efluentes que pueden ser vertidos al alcantarillado sanitario están previstos en los Reglamentos de Calidad del Servicio para Permisarios y Concesionarios que ha promulgado el ERSSAN en 2004.

Como regla general, el artículo 77 establece que “las actividades que los prestadores desarrollen para la prestación del servicio estarán sujetas a las leyes que rigen

para la conservación, preservación y mejoramiento del medio ambiente y a las específicas aplicables al sector para su desarrollo sustentable”.

Cabe destacar que todas las obras que compongan la red de abastecimiento de agua potable y de alcantarillado sanitario, así como el funcionamiento de estos, están sometidos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. El artículo 73 establece: “Ningún proyecto de obra será aprobado por el ERSSAN y el titular del servicio sin tener la conformidad de las autoridades competentes referente al resultado de la evaluación del informe ambiental del mismo y de las Municipalidades afectadas”.

5.6 El ámbito de competencia del Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental – SENASA

El artículo 100 de la Ley 1614/00 establece que “el Servicio de Saneamiento Ambiental (SENASA), a partir de la entrada en vigencia de esta ley, ya no tendrá facultades regulatorias o fiscalizadoras respecto del servicio regulado y controlado por el ERSSAN”.

Por su parte, el artículo 101 establece que “el SENASA queda facultado a promover, ejecutar obras y dar asistencia organizativa, administrativa y técnica, para la prestación del servicio objeto de esta ley en poblaciones que tengan un número igual o menor a diez mil habitantes, sean ellas urbanas o rurales”. Esto es, el SENASA queda con la facultad de ser un promotor de la organización de Juntas de Saneamiento en poblaciones pequeñas; Juntas de Saneamiento que, una vez organizadas, deberán obtener un permiso o una concesión del ERSSAN para poder operar.

En lo que se refiere a la provisión de agua potable a las comunidades indígenas, la Ley 908/96 previó que “el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental (SENASA) podrá construir sistemas de agua y servicios básicos de saneamiento en asentamientos indígenas, de campesinos u otros conglomerados humanos, con recursos presupuestarios de la Institución sin que la inversión genere obligaciones a los beneficiarios salvo lo concerniente al funcionamiento, mantenimiento y administración de los sistemas”.

De esta forma, el SENASA en forma gratuita y, suponemos, a solicitud de la comunidad indígena interesada (la Ley utiliza la palabra “podrá”, no “deberá”), puede realizar las obras necesarias para prestar los servicios de provisión de agua potable y saneamiento. La comunidad sólo está obligada a solventar los gastos de funcionamiento y mantenimiento.

6. Régimen Jurídico De Los Recursos Hídricos Transfronterizos Del Paraguay

6.1 Tratado de la Cuenca del Plata

El Río Paraguay, el Río Paraná y el Río Pilcomayo son los tres ríos más importantes del Paraguay. Estos cursos de agua, a su vez, están parcialmente compartidos con la Argentina, Brasil y Bolivia y son, además, integrantes de la Cuenca del Plata.

El Paraguay ha ratificado el Tratado de la Cuenca del Plata (Ley 177/69) que contiene en forma inequívoca el principio de desarrollo sostenible pese a la época en que fue acordado, mucho antes de la publicación del Informe Brundtland (Nuestro Futuro Común), en 1987. En su Preámbulo, los Estados Partes declaran estar “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”.

En cuanto a los recursos hídricos, el Tratado prevé que se deberán formular entendimientos operativos e instrumentos jurídicos que propendan a la utilización racional del recurso agua, especialmente a través de la regulación de los cursos y su aprovechamiento múltiple y equitativo.

6.2 Convenio para el Estudio del Aprovechamiento de los Recursos del Río Paraná

Mediante el Convenio para el Estudio del Aprovechamiento de los Recursos del Río Paraná (Ley 270/71), el Paraguay y la Argentina crearon la Comisión Mixta del Río Paraná – COMIP para proceder al estudio y evaluación de las posibilidades técnicas y económicas del aprovechamiento de los recursos del Río Paraná en el tramo limítrofe entre los dos países, desde su confluencia con el Río Paraguay hasta la desembocadura del Iguazú.

La COMIP, además, tiene competencia en materia de evaluación y control de la calidad de las aguas y del recurso íctico en el tramo compartido del río (Acuerdo por Cambio de Notas del 26 de abril de 1989 suscripto en la Ciudad de Ituzaingó), así como en la protección del medio ambiente en dicho tramo (Acuerdo por Notas Reversales del 26 de marzo de 1992).

6.3 Tratados de Itaipú y Yacyretá

Los Tratados de Itaipú, celebrado entre el Brasil y el Paraguay (Ley 89/73) y de Yacyretá, celebrado entre la Argentina y el Paraguay (Ley 433/73) no previeron disposiciones específicas sobre cuidado del medio ambiente. Las únicas normas ambientales que se aplicaron en una primera etapa la construcción de estas represas eran las disposiciones contenidas en el Tratado de la Cuenca del Plata; en la actualidad las acciones de

mitigación de los impactos ambientales de estas obras por lo general vienen impuestas por los acuerdos de financiación suscritos con organismos internacionales de crédito, como por ejemplo, el Banco Mundial.

En este sentido, sería auspicioso que se firmaran protocolos adicionales a ambos tratados en los cuales se estipularan las obligaciones concretas de cuidado del ambiente, así como también las jurisdicciones competentes y los procedimientos administrativos y judiciales pertinentes. Hoy en día, estas dos últimas cuestiones quedan comprendidas dentro de las reglas generales de atribución de jurisdicción previstas en ambos tratados que la asignan según el criterio de la nacionalidad del o los imputados o pretensos responsables. Este criterio se muestra insuficiente en situaciones de daño al ambiente en las cuales la identificación del autor es sumamente difícil y las relaciones de causalidad deben establecerse según criterios de mera probabilidad⁸⁰⁸. El cuidado y conservación del ambiente deberían ser materia de un capítulo o un anexo del acuerdo que formalice la construcción de la Represa de Corpus Christi, en la actualidad en estudio.

6.4 Acuerdo Constitutivo de la Comisión Trinacional para el Desarrollo de la Cuenca del Pilcomayo

Este tratado internacional ha sido celebrado entre Argentina, Bolivia y Paraguay, que lo ratificó por medio de la Ley 580/95.

Este Acuerdo es de suma trascendencia para el Paraguay, ya que contiene todos los elementos que deberían estar presentes en una futura regulación nacional de cuencas hídricas con un enfoque de desarrollo sostenible. Por supuesto que el nivel de detalle que debería tener esa legislación tendría que ser mucho más profundo pero, respetando los distintos niveles normativos, creemos que este Acuerdo contiene los temas a abordar en una legislación sobre cuencas, los cuales, por cierto, no se encuentran adecuadamente desarrollados en la legislación interna (ver supra, artículo 25 Ley 1561/00).

En el Acuerdo, el río Pilcomayo aparece como elemento unificador del ecosistema: se prevé la realización de estudios para conocer con profundidad todas las características relevantes de la cuenca; se prevé la planificación para la realización de actividades productivas (dentro y fuera del cauce) y para la instalación y desarrollo de infraestructura vial y de navegación; se otorga facultades a la Autoridad de Cuenca para proponer normas sobre descargas de sustancias contaminantes al río y para vigilar la calidad del agua informando a las autoridades competentes de los Estados Partes las infracciones que se comprobaren; también se prevé que la Autoridad de Cuenca efectúe estudios sobre agricultura bajo riego y, como elemento novedoso, le otorga la facultad de establecer áreas protegidas.

⁸⁰⁸ GOLDENBERG, I. y CAFFERATTA, N., Daño Ambiental. Problemática de su relación causal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001.

Sobre este último punto debemos efectuar alguna precisión ya que el Acuerdo directamente le otorga a la Comisión Trinacional facultades para establecer áreas protegidas. No creemos que esa disposición pueda efectivamente ser interpretada en ese sentido.

Las razones son principalmente de orden constitucional. Para el establecimiento de áreas protegidas se requiere de la expropiación o de limitaciones a la propiedad privada que en el Paraguay sólo pueden ser establecidas por ley y, la facultad de sancionar y promulgar leyes, según la Constitución, es exclusiva del Congreso Nacional y del Poder Ejecutivo y ningún instrumento internacional podría modificarla; si la propiedad fuera estatal, ésta podría cambiar de destino mediante un decreto del Poder Ejecutivo y, una vez más, las facultades presidenciales tampoco podrían ser modificadas por un instrumento internacional, ya que derivan directamente de la Constitución.

Por lo tanto, en el Paraguay, la facultad de establecer áreas protegidas que se le asigna a la Comisión Trinacional debe ser entendida como la facultad de promover el establecimiento de áreas protegidas en coordinación con las autoridades paraguayas.

De todos modos, lo importante es la mención en el Acuerdo de que el establecimiento de áreas protegidas está asociado al manejo de cuencas hídricas. Esta relación, como ya vimos (ver supra), está expresada en la Ley de Áreas Silvestres Protegidas 352/94, pero en esta ley está previsto como un aporte desde el sistema de áreas protegidas al manejo de las cuencas hidrográficas: recursos hídricos y áreas protegidas no están regulados como factores interdependientes y bajo criterios homogéneos.

6.5 Acuerdo para la Conservación de la Fauna Acuática en los Cursos de los Ríos Limítrofes

Este Acuerdo fue celebrado entre la República Federativa del Brasil y la República del Paraguay, que lo ratificó mediante la Ley 555/95. Sus previsiones se aplican a las aguas del Río Paraguay, en el tramo comprendido entre la desembocadura del Río Apa y la confluencia con el Río Negro u Otuquis; en el Río Apa, desde su desembocadura en el Río Paraguay, hasta su nacimiento principal; a lo largo del lago de Itaipú, desde la Presa hasta el antiguo Salto de las Siete Caídas o Salto del Guairá y en el tramo del Río Paraná, desde la confluencia con el Río Iguazú hasta la presa de Itaipú.

Si bien su principal objetivo es proteger la actividad pesquera, el artículo VIII prevé que “las instituciones competentes de las Partes Contratantes elaborarán y aplicarán medidas para prevenir la contaminación por efluentes no tratados y otros desechos de origen industrial o agrícola, que afecten el equilibrio ecológico y sean perjudiciales a la fauna acuática”.

Este acuerdo ha sido ampliado por el Protocolo Adicional al Acuerdo para la Conservación de la Fauna Acuática en los Cursos de los Ríos Limítrofes, entre el

Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República Federativa del Brasil, ratificado por el Paraguay mediante la Ley 1572/00. En este Protocolo no se incluyen nuevas disposiciones sobre cuidado de las aguas, sólo se establece disposiciones más detalladas sobre la regulación de la pesca en aguas compartidas, como por ejemplo las medidas mínimas que deben tener los especímenes capturados.

6.6 Convenio sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Ícticos en los tramos limítrofes de los Ríos Paraná y Paraguay

Este Convenio fue celebrado entre la República Argentina y la República del Paraguay, que lo ratificó mediante la Ley 1074/96.

Si bien este convenio está enfocado principalmente a la conservación y desarrollo productivo de los recursos ícticos, al igual que en el Acuerdo con Brasil, en los artículos 4 y 5 obliga a las Partes a aplicar medidas para evitar la contaminación de las aguas y a adoptar otras respecto del manejo de suelo, bosques y aguas subterráneas que pudieran afectar la calidad de las aguas y así dañar la fauna íctica.

Otro de los puntos importantes de este Convenio es que prevé que en las futuras obras hidráulicas que pudieran alterar el régimen hidrológico o hidrobiológico de los ríos, las Partes se comprometen a preparar y aplicar un plan de acción para la conservación del recurso hídrico, particularmente enfocado al movimiento migratorio normal de los peces.

6.7 Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto Cáceres-Puerto de Nueva Palmira)

Este Acuerdo fue celebrado entre la República Argentina, la República de Bolivia, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. El Paraguay lo ratificó mediante la Ley 269/93 y recientemente ha ratificado el Séptimo Protocolo Adicional por el cual se prorroga la vigencia de este acuerdo por quince años más, a partir del 15 de febrero de 2005 (Ley 2881/06). El objeto principal de este Acuerdo es regular la navegación y no contiene normas sobre protección al medio ambiente a excepción del artículo 34 que deja en manos de los Estados Partes la fijación de normas de protección en esa materia.

La protección del medio ambiente, a través de normas estrictas que prohíben la descarga de hidrocarburos y el vertimiento de sustancias nocivas o basuras está normada en el Protocolo Adicional sobre Navegación y Seguridad al Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (también ratificado por el Paraguay mediante la Ley 269/93). En este punto, existe cierta inconsistencia entre los instrumentos a los que remite y los efectivamente ratificados por el Paraguay. En efecto, el Protocolo remite al Convenio Internacional para la Prevención de la Contaminación por los Buques, 1973, en su forma enmendada por el Protocolo de 1978 (MARPOL 73/78) en lo que se refiere, por ejemplo, al transporte, embalaje y segregación de mercancías peligrosas y contaminantes

en bultos o el transporte de productos líquidos químicos peligrosos a granel. Sin embargo, el Convenio MARPOL 73/78 no ha sido aún ratificado por el Paraguay.

6.8 Cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia hídrica

El artículo 8 de la Ley 3239/07 en completa armonía con los artículos 137, 141 y 143 de la Constitución establece: “La gestión de los recursos hídricos compartidos con otros países, se regirá y/o normará por los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados por el Congreso Nacional y que se encuentren en vigencia. La gestión de los recursos hídricos dentro del territorio nacional debe contemplar el cumplimiento de todas las obligaciones que el Estado paraguayo ha asumido con la comunidad internacional a través de los tratados y convenios que ha ratificado o a los que se ha adherido; en particular, los de derechos humanos”.

7. Algunas Consideraciones Generales Sobre La Ley 3239 “De Los Recursos Hídricos Del Paraguay”

Para nosotros, la sanción y promulgación de la Ley 3239/07 es un hecho muy auspicioso, fruto de un proceso parlamentario serio, respetuoso y plural en la Cámara de Diputados, particularmente en su Comisión de Ecología, Recursos Naturales y Medio Ambiente⁸⁰⁹, que propició la realización de un trabajo coordinado entre representantes y representados y que marca un hito sumamente positivo en el camino hacia la construcción de una democracia participativa.

A continuación se resumen las etapas de este proceso desde que el Proyecto de Ley tuvo estado parlamentario en noviembre de 2003.

2003:

- El Senador Bader Rachid Lichi, sobre la base de un trabajo del Dr. Fernando Costantini, presenta un Proyecto de Código de Aguas y un Proyecto que crea la Autoridad de Aplicación de dicho Código.

2004:

- Proyecto de la Vicepresidencia de la República – socializado en todo el país-, consensuado hacia el interior del Poder Ejecutivo, en un proceso liderado por el Ing. Quím. Juan Francisco Facetti, Asesor de Políticas de Desarrollo Sustentable.
- Dictamen de la Comisión de Energía, Recursos Naturales, Población, Ambiente, Producción y Desarrollo Sostenible (Senado).

2005:

⁸⁰⁹ Presidida durante el tratamiento de este proyecto de Ley por el Diputado Nacional Agustín Perdomo Ortiz (PLRA, Canindeyú) e integrada por los Diputados Nacionales Francisco Rivas Almada (PLRA, Cordillera), Raúl Eduardo Nery Huerta Sapena (Patria Querida, Alto Paraná), Edmundo Rolón Osnaghi (ANR, Central), Pedro Farías Pérez (ANR, Alto Paraná) y Luis Alberto Sarubbi Gamarra (ANR, Caazapá).

- Dictamen de la Comisión de Legislación, Codificación, Justicia y Trabajo.
- Se constituye el Grupo Impulsor Agua Sustentable – GIAS⁸¹⁰ y consensúan una serie de Principios que, según los integrantes del GIAS, debía contener la futura legislación de aguas.

2006:

- Un subgrupo jurídico del GIAS empieza a analizar los dictámenes de las Comisiones de la Cámara de Senadores y a formular una propuesta para adecuarlos a los Principios del Grupo.
- Aprobación en el Senado de una versión fusionada del Proyecto de la Vicepresidencia y los Dictámenes de las Comisiones.
- Aprobación en Diputados – previa Audiencia Pública que contó con la participación de todos los sectores interesados- de una versión muy similar a la del GIAS.

2007:

- En marzo, el Senado ratifica la aprobación de su versión.
- En junio, la Cámara de Diputados, por unanimidad, ratifica su versión y el proyecto queda sancionado.

La Ley 3239/07 contiene los principios que regirán la gestión integral y sustentable de los recursos hídricos del Paraguay y establece los lineamientos básicos de la Política Nacional de los Recursos Hídricos.

Algunos de los puntos más destacables son:

- ✓ Se califica el acceso a una cantidad mínima de agua potable por día como derecho humano, esto es, un derecho que hace a la dignidad de las personas. Así, el Paraguay se inscribe entre los primeros países del mundo que plasman legislativamente el reconocimiento expreso de este derecho íntimamente vinculado con el pleno goce del derecho a la salud y la vida.
- ✓ Prevé un régimen de dominio de las aguas muy similar al actualmente previsto en el Código Civil: las aguas superficiales y las subterráneas son bienes del dominio público del Estado. Las aguas atmosféricas recolectadas en tajamares, tanques australianos o mediante cualquier otro método, son bienes de los particulares.
- ✓ Prioriza el respeto de los derechos ancestrales de las comunidades indígenas de nuestro país.

⁸¹⁰ Integrado por representantes del Instituto de Derecho y Economía Ambiental – IDEA, de la Asociación de Juntas de Saneamiento del Departamento Central, de la Junta de Saneamiento de Itauguá, de Alter Vida – Centro de Estudios para el Ecodesarrollo, de Sobrevivencia – Amigos de la Tierra Paraguay, de la Fundación Moisés Bertoni, la Asociación Paraguaya de Recursos Hídricos – APRH, de la Fundación DesdelChaco y, como observadores, representantes de la Fundación AVINA.

- ✓ Está orientado hacia la sustentabilidad de la gestión del agua, ya que privilegia la protección de las fuentes y de los ecosistemas que intervienen en la producción y en el mantenimiento de la calidad del agua, establece las condiciones para su aprovechamiento económico en un marco de seguridad jurídica y fomenta la participación de todos los interesados.
- ✓ El régimen de permisos y concesiones parte de un supuesto fundamental: el respeto de los caudales ecológicos, esto es, los caudales mínimos que permiten la viabilidad de los ecosistemas asociados a dichos caudales.
- ✓ Establece que la utilización del agua para fines domésticos y de producción familiar básica será gratuita y no estará sujeta a permisos y concesiones.
- ✓ El sistema de permisos y concesiones establece como pautas para el establecimiento de los cánones que deberán abonarse por la utilización de las aguas públicas como insumos de la producción a: 1) la naturaleza de la inversión, 2) el impacto sobre el recurso hídrico utilizado y, 3) la utilidad social del emprendimiento. Esto es, cuanto más agua disponible haya, menos canon; cuanto menos agua haya, más canon. Ley de la oferta y la demanda.

Una vez que este nuevo marco normativo empiece a aplicarse y se fortalezca, se fomentará la conservación de la buena calidad de nuestras aguas, manteniendo o disminuyendo a largo plazo los costos de depuración, con las consecuentes ventajas tanto para el consumo humano como para la producción.

CAPÍTULO VIII

SUELO

SUELO

Por Georgina Garavaglia

1. Introducción

Las disposiciones de la Constitución de la República que garantizan la protección jurídica de los recursos edáficos (suelos) se encuentran, principalmente, en sus artículos 6, 7, 8, 109, 114, 115 y 116, que caracterizan el suelo como un componente vital de los recursos naturales o de los ecosistemas terrestres.

Si seguimos la pirámide normativa, en el ámbito del derecho internacional, aplicable en el Paraguay como derecho interno, los instrumentos internacionales más relevantes en lo que respecta a la preservación de este recurso que han sido ratificados son el Convenio sobre la Diversidad Biológica (Ley 253/93) y la Convención sobre Prevención de la Desertificación (Ley 970/96).

A su vez, en el derecho positivo estrictamente interno, los instrumentos legales directamente relacionados con la regulación del recurso suelo son: la Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario”, según el texto de su modificatoria, la Ley 1909/02 “De loteamientos” y la Ley 1294/87 “Orgánica municipal”⁸¹¹.

Estas normas son fiel reflejo del tipo de tratamiento y de protección concedidos al recurso suelo antes de que fuera concebido como parte integrante de la biosfera terrestre y, por lo tanto, como objeto de protección directa de la normativa ambiental.

En efecto, durante siglos los suelos estuvieron amparados por normas en cuya inspiración netamente productiva eran considerados el componente más relevante. Ello explica que conceptos como emigración, municipalización, tercerización, colonización, ocupación, asentamiento, explotación agraria o agrícola hayan sido los dominantes en torno a la discusión de esta temática.

Esta concepción profundamente económica de los recursos edáficos comenzó a alterarse en la década de 1980, cuando se produjo su ampliación hacia el ámbito de la protección del recurso en sí, es decir, teniendo en cuenta su valor estrictamente ecológico.

Esta nueva concepción es a la que alude nuestra moderna Constitución y en cuyo marco el recurso suelo parece ser especialmente legislado como parte de la normativa de los recursos naturales en el país.

⁸¹¹ Asimismo, deben tener presente la Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”, la Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental” y la Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”.

A continuación veremos con mayor profundidad esa normativa referida al suelo con el objeto de analizar si cumple con los propósitos de orientación de la legislación y la política gubernamental que establece el artículo 7 de la Constitución.

En un país como el nuestro, netamente agropecuario, debemos tratar de sumar a la concepción económica del suelo la ecológica, cumpliendo con la tendencia global y con lo que manda la Carta Magna.

2. Acuerdos Internacionales Referidos A La Preservación Del Suelo

2.1 Convención De Las Naciones Unidas De Lucha Contra La Desertificación (Ley 970/96)

Esta Convención ha surgido teniendo presente la relación que existe entre la desertificación y otros problemas ambientales de dimensión mundial que enfrentan la colectividad internacional y las comunidades nacionales.

También, que la lucha contra la desertificación puede contribuir al logro de los objetivos de la Convención sobre la Diversidad Biológica, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y otras convenciones ambientales; y, estimando que las estrategias para luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía tendrán la máxima eficacia si se basan en una observación sistemática adecuada, en conocimientos científicos rigurosos y si están sujetas a una evaluación continua.

Así, el objetivo de ella es luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía en los países afectados por sequía grave o desertificación, haciendo especial mención a la situación particular de África.

Establece que ello se logrará mediante la adopción de medidas eficaces en todos los niveles⁸¹², apoyadas por acuerdos de cooperación y asociación internacionales, en el marco de un enfoque integrado acorde con el Programa 21, para contribuir al logro del desarrollo sostenible en las zonas afectadas.

Asimismo, dispone que la consecución de este objetivo exigirá la aplicación en las zonas afectadas de estrategias integradas a largo plazo que se centren simultáneamente en el aumento de la productividad de las tierras, la rehabilitación, la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos hídricos y tierras, todo ello con miras a mejorar las condiciones de vida, especialmente a nivel comunitario.

⁸¹² Aquí la Convención se refiere a todos los niveles de gobierno. Es decir, el departamental, el municipal, el nacional, el regional, etc. También hay tener presente que la Convención entre los principios que dispone para alcanzar sus objetivos como para la interpretación de sus disposiciones (Art. 3º), menciona además que se debe garantizar (1) la participación de la población y de las comunidades locales y que, (2) justamente a niveles superiores, se cree un entorno propicio que facilite la adopción de medidas a los niveles nacional y local.

Nos interesa poner de resalto algunas definiciones que contiene la Convención en su artículo 1. Entre ellas la de “tierra”, dado que es la única definición con carácter sistémico en la que se menciona el recurso suelo que encontramos en el ordenamiento jurídico paraguayo.

Así, entiende por tierra “al sistema bioproductivo terrestre que comprende el suelo, la vegetación, otros componentes de la biota y los procesos ecológicos e hidrológicos que se desarrollan dentro del sistema”.

Por degradación de las tierras, entiende “la reducción o la pérdida de la productividad biológica o económica y la complejidad de las tierras agrícolas de secano, las tierras de cultivo de regadío o las dehesas, los pastizales, los bosques y las tierras arboladas, ocasionada, en zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas, por los sistemas de utilización de la tierra o por un proceso o una combinación de procesos, incluidos los resultantes de actividades humanas y pautas de poblamiento, tales como: i) la erosión del suelo causada por el viento o el agua; ii) el deterioro de las propiedades físicas, químicas y biológicas o de las propiedades económicas del suelo; y, iii) la pérdida duradera de vegetación natural”.

La importancia de la ratificación de esta Convención por nuestro país consiste, entonces, en que la misma nos constriñe a adoptar un enfoque integrado que tenga en cuenta los aspectos físicos, biológicos y socioeconómicos de los procesos de desertificación y sequía en los planes y políticas públicas de desarrollo sostenible. Fomentando así también, la protección ambiental y de conservación de los recursos hídricos y tierras, en la medida que ello guarde relación con la lucha contra la desertificación.

2.2 Convenio Sobre Diversidad Biológica (Ley 253/93)

Este Convenio ya ha sido abordado en el Capítulo sobre Seguridad en la Biotecnología y en el Capítulo sobre Áreas Protegidas, aunque con enfoques relacionados a dichas temáticas.

Por ello, veremos aquí otras cuestiones que se relacionan con el objeto de análisis del presente Capítulo.

Las Partes Contratantes lo suscribieron siendo conscientes del valor intrínseco de la diversidad biológica y de los valores ecológicos, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos de la diversidad biológica y sus componentes; asimismo, de la importancia de la diversidad biológica para la evolución y para el mantenimiento de los sistemas necesarios para la vida de la biosfera, de la cual forma parte el suelo, como uno de sus componentes.

Por ello, las Partes afirmaron que la conservación de la diversidad biológica es de interés común de toda la humanidad, sobre todo, preocupadas por el hecho de la considerable reducción de la diversidad biológica como consecuencia de determinadas actividades humanas y, que es vital prever, prevenir y atacar en su fuente las causas de reducción o pérdida de la misma.

En este caso, también nos interesa poner de resalto algunas definiciones que contiene el Convenio que reflejan el paradigma ecocentrista y la idea de entender al ambiente como un sistema.

En su artículo 3, establece que se entiende por diversidad biológica “a la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas”. Aquí vemos una vez más que, uno de los componentes de los ecosistemas terrestres cuya preservación contribuirá también a la de la diversidad biológica, lo constituye el suelo.

Asimismo, en su definición de ecosistema al disponer que es “un complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional”.

Por último, por utilización sostenible entiende “la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras”.

3. Normas Nacionales

3.1 Conservación Del Suelo

A los fines de la temática del presente capítulo, el artículo 114 de la Constitución de la República establece los diferentes objetivos de la reforma agraria, considerándola uno de los factores fundamentales para lograr el bienestar rural y disponiendo que la misma consiste en la incorporación efectiva de la población campesina al desarrollo económico y social de la Nación.

Ahora, los objetivos de ella serán: la adopción de sistemas equitativos de distribución, propiedad y tenencia de la tierra; la organización del crédito y la asistencia técnica, educacional y sanitaria; el fomento de la creación de cooperativas agrícolas y de otras asociaciones similares y, la promoción de la producción, la industrialización y la racionalización del mercado para el desarrollo integral del agro.

Luego, el artículo 115 de la Constitución establece las bases de la reforma agraria y del desarrollo rural e incorpora y conjuga los criterios de desarrollo sostenible y de conservación del recurso.

En efecto, su inciso 2 estipula la “racionalización y la regularización del uso de la tierra y de las prácticas de cultivo para impedir su degradación, así como el fomento de la producción agropecuaria intensiva y diversificada”; a su vez, su inciso 7 establece “la defensa y la preservación del ambiente”.

Ahora bien, el artículo constitucional 115 aquí aludido, así como los artículos 7, 8 y 109 que mencionamos más arriba, están reglamentados por el Estatuto Agrario (Ley 1863/01).

La autoridad de aplicación del Estatuto Agrario es, en la actualidad, el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra, creado por la Ley 2419/04 (con anterioridad era el Instituto de Bienestar Rural). También, la Secretaría del Ambiente (SEAM) en lo relativo a las cuestiones ambientales⁸¹³.

La Ley 1863/01 contempla prácticamente todos los aspectos que cabría esperar de un cuerpo normativo que regule el recurso del suelo.

En efecto, garantiza y estimula la propiedad inmobiliaria rural que cumpla con su función económica y social (Art. 1), para lo cual dispone dos requisitos esenciales: el aprovechamiento eficiente de la tierra y su uso racional. Asimismo, la que respete la sostenibilidad ambiental, observando las disposiciones legales vigentes sobre el ambiente (Art. 3).

En este sentido, el artículo 2 del Estatuto establece que la reforma agraria y el desarrollo son definidos en los términos y con los alcances establecidos en los artículos 109, 114, 115, 116 y concordantes⁸¹⁴ de la Constitución y, que esta reforma promoverá la adecuación de la estructura agraria, conducente al arraigo, al fortalecimiento, y a la incorporación armónica de la agricultura familiar campesina al Desarrollo Nacional, para contribuir a superar la pobreza rural y sus consecuencias, a través de una estrategia general que integre productividad, sostenibilidad ambiental, participación y equidad distributiva.

⁸¹³ Ello conforme al art. 14, inc. o de la Ley 1561/00 de creación de la SEAM que dispone: “La SEAM adquiere el carácter de autoridad de aplicación de las siguientes leyes: ...o) todas aquellas disposiciones legales (leyes, decretos, acuerdos internacionales, ordenanzas, resoluciones, etc.) que legislen en materia ambiental.

⁸¹⁴ Arts. 1; 6; 6, 2º párr.; 7; 8; 34; 42; 46; 48; 58, 3º párr.; 64, 68, 76; 78; 80; 86; 87; 95; 109; 110; 113; 114; 114 num. 14); 115; 115 num. 1) y 4); 116; 119; 176; 177; 179; L. 438/94 de Cooperativas y L. 1863/02, arts. 3 al 7, 62.

Entiende que un inmueble se ha utilizado eficiente y racionalmente cuando observa un aprovechamiento productivo sostenible –desde el punto de vista económico y social- de por lo menos el treinta por ciento (30 %) de la superficie agrológicamente útil. Por aprovechamiento productivo, las actividades agrícolas, granjeras, pecuarias, de manejo, de aprovechamiento, de bosques naturales de producción, de reforestación o las utilidades agrarias mixtas.

Además del criterio expuesto en el párrafo anterior, la ley requiere que para estar en condiciones de ser calificado como racionalmente utilizado, un inmueble rural debe haber recibido mejoras productivas permanentes y una inversión⁸¹⁵ de por lo menos el equivalente al cien por ciento (100 %) de su valor fiscal en mejoras productivas entre los años 2004 y 2007, considerando su superficie total.

Por otra parte, para todos los inmuebles rurales que fueran adquiridos a partir de la vigencia de la ley, se exigen tres requisitos: estudio de evaluación de impacto ambiental⁸¹⁶, un plan de uso del suelo y un plan de manejo, que establezca el cronograma de utilización que deberá ser aprobado por la autoridad de aplicación.

Con respecto a este cronograma, dispone su inalterabilidad si hubiere otra venta o transferencia, obligando al comprador.

El artículo 7 indica que la realización de Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental, conforme a los términos de la Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”, son obligatorios para considerar los inmuebles rurales como sostenibles ambientalmente (una de las condiciones para considerar que esta propiedad cumple con su función económica y social).

Este último punto es crucial, ya que de no contarse con Licencia Ambiental los inmuebles rurales pasan automáticamente a ser considerados como inmuebles que no cumplen con su función económica y social, susceptibles entonces de la expropiación establecida del artículo 94 de la ley, que será tratada más adelante.

Ahora, a los fines de determinar la superficie agrológicamente útil, el artículo 5 establece que, de la superficie total del inmueble se deberán descontar, entre otras⁸¹⁷, las

⁸¹⁵ En su art. 6° el Estatuto establece qué se entiende por mejoras productivas y por inversiones: “Se consideran mejoras productivas permanentes, los trabajos de habilitación, conservación y mantenimiento del suelo; los bosques implantados; los cultivos permanentes o semipermanentes, incluyendo las pasturas implantadas y las naturales cuando se encuentren mejoradas y manejadas; e inversiones, los caminos y obras de arte, las construcciones consistentes en edificaciones, galpones, silos de todo tipo, alambradas, corrales, bretes, mangas, tajamares, represas, canales de irrigación, sistemas de agua corriente impulsados por energía eléctrica o de otra naturaleza y las maquinarias fijas necesarias para la producción agraria”.

⁸¹⁶ La ley que regula la Evaluación de Impacto Ambiental es la 294/93 y la Autoridad de Aplicación de la misma es la Secretaría del Ambiente (SEAM), crea a través de la Ley 1561/00.

⁸¹⁷ Asimismo, se descuentan de la superficie total del inmueble a efectos de determinar la superficie agrológicamente útil: los suelos marginales no aptos para uso productivo, conforme a criterio de uso potencial

áreas silvestres protegidas bajo dominio privado y sometidas la régimen de la Ley 352/94 “De áreas silvestres protegidas” y los bosques naturales y áreas destinadas a servicios ambientales, declarados como tales por la autoridad competente.

Actualmente, contamos con Ley 3001/06 “De Valoración y Retribución de los servicios ambientales”. Esta Ley entiende por “servicios ambientales” a los generados por las actividades humanas de manejo, conservación y recuperación de las funciones del ecosistema que benefician en forma directa o indirecta a las poblaciones.

La Ley 1863/01 contiene conceptos de avanzada cuando establece la política que la autoridad de aplicación debe seguir respecto de los asentamientos: ellos deberán ser concebidos en el marco de un Plan General que, siguiendo una estrategia de desarrollo regional, abarque componentes de infraestructura y servicios esenciales que aseguren su viabilidad integral (Art. 22)⁸¹⁸. En el marco de estos planes deberán realizarse estudios agroeconómicos, de planificación de uso del suelo y de evaluación de impacto ambiental, atendiendo a los criterios de conservación y manejo de las cuencas hidrológicas.

Es así como en estas disposiciones quedan esbozados criterios que consideramos apropiados con respecto a la forma que debería adoptar la articulación de un sistema de gestión de los recursos naturales⁸¹⁹.

3.2 Latifundios Improductivos

En esta temática queremos resaltar la existencia de dos clases o supuestos de expropiación existentes en el derecho positivo paraguayo, conforme surge de la Constitución.

Estos supuestos están contenidos en el artículo 109 de la Carta Magna que garantiza la propiedad privada en el territorio de la Nación y su inviolabilidad.

Por ello, establece que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial. Pero admite el instituto de la expropiación en dos casos: a) cuando

de los mismos; las áreas de reserva forestal obligatorias, dispuestas por la Ley N° 422/73, “Forestal”; y, las áreas de aprovechamiento y conservación de bosques naturales, aprobadas por autoridad administrativa competente, bajo términos también de la Ley N° 422/73 “Forestal”.

⁸¹⁸ Encontramos que otro acierto de la ley reside en su artículo 25 cuando utiliza el término patrimonio para referirse al patrimonio constituido por el germoplasma nativo en los mismos términos en que hemos analizado el significado de este concepto en el capítulo 2. 1) En efecto se habla de patrimonio en sentido colectivo y sagrado, en forma abstracta, con independencia de la titularidad de dominio sobre los vegetales o animales que concretamente contengan el germoplasma que se alude.

⁸¹⁹ En este sentido, consideramos que, en el marco de la política nacional, las propuestas de ordenamiento territorial –tanto en el nivel nacional, regional o local- deberían conciliarse con el planeamiento y manejo de cuencas hidrográficas, lo que se presenta como una forma lógica de armonizar la conservación y la producción agrícola, pecuaria y forestal, sobre todo cuando éstas tienen una elevada trascendencia socio-económica y ecológica para las poblaciones.

existan causas de utilidad pública o de interés social, determinadas por ley en cada caso, la que garantizará asimismo el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial; y, b) cuando existan latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento a establecerse por ley.

En el artículo 116, la Constitución se refiere nuevamente a los latifundios improductivos, repitiendo que los destinados a la reforma agraria serán objeto de expropiación establecida en cada caso por ley, abonada en la forma y en el plazo que la misma determine.

Asimismo, fija algunas pautas de ordenamiento territorial (teniendo en cuenta también lo ambiental) para la ley cuyo dictado manda, para eliminar progresivamente los latifundios improductivos. Establece que esta ley deberá atender a la aptitud natural de las tierras, a las necesidades del sector de la población vinculado con la agricultura y a las previsiones aconsejables para el desarrollo equilibrado de las actividades agrícolas, agropecuarias, forestales e industriales, así como al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y la preservación del equilibrio ecológico.

Ahora, esa ley cuyo dictado manda la Constitución, se materializó con la promulgación del Estatuto Agrario (Ley 1683/01).

En esta encontramos el Capítulo III, del Título I, que regula lo referido al latifundio improductivo y a otros inmuebles improductivos.

Define al latifundio improductivo como aquél inmueble agrario que conforme a las prescripciones del Estatuto, no se encuentre racionalmente utilizado, independientemente de que conforme una sola finca o un grupo de ellas que pertenezca una misma persona física o jurídica y establece que está sujeto a expropiación. También enumera las áreas e inmuebles que no serán considerados tales⁸²⁰.

⁸²⁰ Así, los inmuebles declarados como Áreas Silvestres Protegidas bajo dominio privado (conforme Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”); las áreas de bosques implantados sobre suelos de prioridad forestal, con planes de manejo aprobados (conforme Ley 536/95 “De Fomento a la Forestación y Reforestación”); las áreas de bosques naturales o implantados destinados a la captación de carbono, y a otros servicios ambientales; las Áreas de Reservas Forestales Obligatorias y las áreas de aprovechamiento y de conservación forestal debidamente aprobadas (conforme Ley 422/73 “Forestal”) y las áreas de bosques implantados, por reforestación o forestación (conforme Ley 536/95 “De Fomento a la Forestación y Reforestación”); los inmuebles que pertenezcan en propiedad a las Cooperativas de Producción Agropecuaria, Forestal, Agroindustrial y a las Sociedades Civiles sin fines de lucro, siempre que se encuentren destinados al cumplimiento de los fines societarios y principios cooperativos; las tierras altas que configuran promontorios o elevaciones, e igualmente formaciones boscosas en islas, ubicadas en fincas bajo uso pecuario, y que sean necesarias para el correcto manejo del ganado.

Luego, en el artículo 70, estipula qué inmuebles podrán ser declarados colonizables y sujetos a expropiación por el organismo de aplicación, cumplidos los trámites de rigor que veremos más adelante.

La declaración debe estar fundada en un estudio previo agro económico y ambiental, cuyos resultados justifiquen la viabilidad integral del proyecto de asentamiento.

Así, aquellos inmuebles rurales que no estuvieran racionalmente utilizados y fueran aptos por sus condiciones generales, ubicación y características agrológicas, para los fines del Estatuto.

No obstante la ley, para los que fueren de dominio privado prevé una posibilidad: la colonización por el propietario.

Entonces, una vez hecha la declaración por la autoridad de aplicación, la misma emplazará a los propietarios afectados para que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación manifiesten si están dispuestos a realizar la colonización en forma privada (Art. 70).

Si transcurre el plazo indicado sin respuesta o, si ésta fuera negativa, el organismo de aplicación podrá gestionar con el propietario la compra o permuta del inmueble en cuestión.

Y, si nuevamente transcurren otros treinta (30) días sin que hubiere acuerdo, la autoridad de aplicación solicitará al Poder Ejecutivo que promueva la expropiación, debiendo acompañar los estudios previstos en el Estatuto.

También se prevé que, cuando el proyecto de expropiación corresponda a una iniciativa legislativa, el mismo sea girado al organismo de aplicación, que deberá expedirse en un plazo de sesenta (60) días, aunque su dictamen no tendrá carácter vinculante.

Ahora, la Ley 1863/01 contiene en su Título IX, un Capítulo Único dedicado a la expropiación.

En él encontramos otros supuestos de inmuebles rurales privados, pero esta vez ya declarados por la propia ley de interés social y sujetos a expropiación.

Ellos son: a) los inmuebles que no están racionalmente utilizados, aptos para la formación de colonias agropecuarias y que se encuentren localizados en zonas con problemas de índole social; b) los que sirven de asiento a poblaciones estables, con arraigo consolidado por más de diez años, bajo términos y requisitos de la Ley N° 622/60 De Colonizaciones y Urbanizaciones de Hecho; y, c) los inmuebles afectados por la Ley

N° 662/60, De Parcelación Proporcional de Propiedades Mayores, conforme al procedimiento indicado en la misma.

Para los casos comprendidos en los puntos b) y c), el Estatuto excluye la expropiación si el propietario opta por la colonización privada o, si expresa su voluntad de otorgar en propiedad las áreas ocupadas en un plazo no mayor de noventa (90) días.

Aquí la ley no dice nada respecto al plazo en que el propietario del inmueble susceptible de expropiación puede realizar la opción para evitarla.

Entendemos que se aplica el plazo previsto en el artículo 70, es decir, treinta (30) días desde la notificación de la autoridad de aplicación de la declaración de colonización y la posibilidad de expropiación.

A tal efecto, se dará intervención al organismo de Aplicación, quien tendrá la responsabilidad de que la ubicación o reubicación se haga de tal forma que en lo posible no perjudique al propietario ni al uso que éste realice en el inmueble.

En el artículo 95 de este mismo Capítulo, se prevé los estudios, comprobaciones y recomendaciones previos que servirán de sustento para los hechos y circunstancias que fundamentarán la ley de expropiación y que deben ser realizados y formulados por el organismo de aplicación. Y, en el supuesto visto de que la iniciativa de la expropiación tenga origen parlamentario, se le girará el proyecto a la autoridad de aplicación para que dictamine previamente.

Seguidamente, en el artículo 96, establece el procedimiento que debe seguir el organismo de aplicación para proveer al Poder Ejecutivo de los diversos estudios previos y antecedentes mencionados.

Así: a) notificar al propietario de las diligencias que deberá cumplir, a fin de que éste se muestre parte en ellas; b) realizar los estudios de Evaluación de Impacto Ambiental y de Uso Actual y Potencial de Suelos; c) comprobar el estado de utilización del inmueble, conforme al inciso "b" y que las tierras son aptas para la creación de un asentamiento colonial; d) comprobar la existencia de un problema social en la zona respectiva; e) atendiendo a las comprobaciones señaladas y conforme a sus resultados, formular la declaración sobre si el inmueble es o no colonizable y sujeto a expropiación; y, f) en caso que el propietario fuese ignorado o de domicilio desconocido, la notificación y el emplazamiento se harán, previo informe del Registro de Poderes, citando y emplazándolo por edictos que se publicarán en un diario de gran circulación de Asunción, por diez (10) veces durante el término de treinta (30) días.

Por último, prevé diferentes supuestos para la fijación de la indemnización por expropiación y su pago, según se trate de latifundios improductivos o de inmuebles que

no constituyan o no sean jurídicamente considerados latifundios improductivos (artículos 102 y 103).

De este modo, vemos que el Estatuto Agrario también reglamenta el otro supuesto de expropiación que mencionamos, contemplado en el artículo 109 de la Constitución de la República; esto es, el supuesto de inmuebles que no constituyan o no sean jurídicamente considerados latifundios improductivos.

3.3 Ordenamiento Territorial

Nuestro país carece de una norma, más concretamente de una ley de ordenamiento territorial, que regule el uso del territorio en forma específica y sistemática. Es decir, que determine los usos posibles para las diversas áreas en que se divida el territorio. Y, si a ello se le sumara el manejo de cuencas hidrológicas, podríamos hablar de una gestión ambiental integrada de los recursos.

Es que, el ordenamiento territorial constituye una de las herramientas previstas para ejecutar la política ambiental contemplada en una ley general del ambiente, que tampoco existe en Paraguay.

Lo único que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, son varias normas que regulan esta cuestión, entre otras tantas.

Ese plexo normativo se halla conformado por el artículo 115 de la Constitución, la Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario”, la Ley 1909/02 “De Loteamientos”, por la Ley 1294/87 “Orgánica Municipal”, la Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”, la Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental” y la Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”.

En el artículo 115 de la Constitución, entre las bases que establece para la reforma agraria y el desarrollo rural, encontramos referencias a esta temática, desarrolladas en el Estatuto. Así: “1) la adopción de un sistema tributario y de otras medidas que estimulen la producción, desalienten el latifundio y garanticen el desarrollo de la pequeña y la mediana propiedad rural, según las peculiaridades de cada zona; ...4) la programación de asentamientos campesinos; la adjudicación de parcelas de tierras en propiedad a los beneficiarios de la reforma agraria, previendo la infraestructura necesaria para su asentamiento y arraigo, con énfasis en la vialidad, la educación y la salud; ...14) la creación de centros regionales para el estudio y tipificación agrológica de suelos, para establecer los rubros agrícolas en las regiones aptas”.

Entonces, el Estatuto Agrario contiene disposiciones de las que surge alguna forma de planificación en el uso del territorio.

En este sentido podemos mencionar su artículo 2 que dispone que el desarrollo rural como producto de la reforma agraria comporta asimismo: “a) promover la creación y consolidación de asentamientos coloniales oficiales y privados a objeto de lograr una racional distribución de tierras agrícolas a los beneficiarios de esta ley que no la posean o la posean en cantidad insuficiente; ...i) promocionar los estudios técnicos que tiendan a definir los nuevos asentamientos de acuerdo a la capacidad de uso del suelo en las diferentes regiones del país”.

Y, en su artículo 8, en el que establece el concepto de la Unidad Básica de Economía Familiar (UBEF)⁸²¹, dispone que “la superficie de la misma deberá estar relacionada al uso potencial de los suelos y su dimensión será determinada por estudios técnicos a cargo del Organismo de Aplicación, atendiendo a criterios de ordenamiento económico y ambiental del territorio nacional en cada caso y con base geográfica departamental y distrital en lo posible”⁸²².

De este artículo surge la remisión a un ordenamiento económico y ambiental del territorio nacional que, como dijimos, no existe en nuestro país.

Asimismo, en su Capítulo IV –Título I-, referido al minifundio⁸²³, el Estatuto faculta a la autoridad de aplicación, en zonas de minifundios, a formular proyectos de reordenamiento parcelario tendientes a racionalizar, desde el punto de vista socioeconómico y ambiental la configuración y tamaño de los lotes (con acuerdo, participación e involucramiento de la comunidad respectiva).

Otro supuesto del que surgen procesos de ordenación territorial, lo constituye el Título III, dedicado a los asentamientos coloniales, en cuyo artículo 18 dispone que la colonización, como complemento de la reforma agraria, tendrá por objetivo promover la integración física y económica del territorio nacional, creando las bases para el desarrollo regional sostenible.

Para cumplir con este objetivo establece que, la creación de nuevos asentamientos será concebida en el marco de un Plan General que responda a una estrategia del desarrollo regional, comprendiendo componentes de infraestructura y servicios esenciales que aseguren su viabilidad integral (Art. 22).

⁸²¹ Según este artículo, la UBEF aquella Propiedad Agraria Necesaria, cuyo aprovechamiento eficiente, atendiendo a su característica, ubicación geográfica y aptitud agrológica, permite a una familia campesina obtener niveles de ingresos para su arraigo efectivo y cobertura de sus necesidades básicas, que faciliten su inserción en la economía de mercado.

⁸²² Este artículo también establece, con carácter transitorio (hasta tanto la autoridad de aplicación lo fije), la superficie de la UBEF en no menos de diez (10) hectáreas para los futuros beneficiarios de asentamientos coloniales oficiales y privados, exceptuando las tierras suburbanas.

⁸²³ El Estatuto define a los minifundios como aquellas fracciones de tierra cuya superficie sea inferior a una UBEF.

Para ello, el Estatuto manda al organismo de aplicación (por sí o por terceros) la realización de los estudios agro-económicos, de Plan de Uso del Suelo, de Evaluación de Impacto Ambiental, con atención a criterios de conservación y manejo de cuencas hidrográficas, de modo a adecuar el diseño general de planeamiento físico del asentamiento a sus conclusiones, compatibilizando los aspectos económicos, productivos y sociales con los ambientales (Art. 23).

Esa Evaluación de Impacto Ambiental, coincide con lo que ya establecía la Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”, en el inc. a) de su artículo 7: “Se requerirá Evaluación de Impacto Ambiental para los siguientes proyectos de obras o actividades públicas o privadas: a) Los asentamientos humanos, las colonizaciones y las urbanizaciones, sus planes directores y reguladores;...”⁸²⁴.

El Decreto 14.281/96 que reglamenta la Ley 294/93, establece las especificaciones para cumplir con lo dispuesto en el artículo precedente⁸²⁵.

Luego también se debe tener presente, en lo que respecta al ordenamiento territorial, la Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”, dado que es la que tiene por objeto fijar normas generales por las cuales se regulará el manejo y la administración del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del país, para lo cual contará con un Plan Estratégico.

La ley declara de interés social y de utilidad pública al Sistema que instaura, imponiendo la obligación a todos los habitantes, las organizaciones privadas e instituciones del Estado de salvaguardar las Áreas Silvestres Protegidas, entendiéndolas como toda porción del territorio nacional comprendido dentro de límites bien definidos, de características naturales o seminaturales, que se somete a un manejo de sus recursos para lograr objetivos que garanticen la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y de los recursos naturales involucrados.

En su artículo 16 define como objetivo permanente del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas, la preservación ambiental de extensiones del territorio

⁸²⁴ Asimismo, en el inc. b) de este art. 7 de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, se requiere la EIA para “la explotación agrícola, ganadera, forestal y granjera”.

⁸²⁵ Así, el Decreto reglamentario en su art. 5 establece: “Son actividades sujetas a la EVIA (Evaluación de Impacto Ambiental) y consecuente presentación del EIA (Estudio de Impacto Ambiental) y su respectivo RIMA (Relatorio de Impacto Ambiental), como requisito indispensable para su ejecución, las siguientes: 1) Los asentamientos humanos, las colonizaciones y las urbanizaciones, sus planes directores y reguladores. - Estarán sujetos al EVIA los desarrollos urbanísticos, con una población propuesta superior a 2.500 habitantes o con una extensión de más de 20 has. o menores a estos cuando esté situados en áreas de interés ambiental. - Desarrollos turísticos que ocupen áreas superiores a las 10 has., o menores, si contemplan construcciones superiores a 5.000 ml. - Asentamientos humanos organizados en colonias, conforme a la intensidad del uso de la tierra que se proyecta desarrollar. A los proyectos menores que los citados arriba podrá exigirse un EIA o la aplicación de medidas mitigadoras y compensatorias a criterio de la DOA”.

nacional que contengan muestras representativas de paisajes y de las diferentes regiones biogeográficas y ecológicas del país, con el fin de mantener la diversidad biológica, asegurar el equilibrio y la continuidad de los procesos evolutivos y ecológicos, conservar el flujo y los materiales genéticos y restaurar sistemas degradados.

También, este mismo artículo establece otros objetivos principales del Sistema, como: a) El manejo de dichas áreas y de sus correspondientes zonas de amortiguamiento ajustado al criterio del desarrollo socio-económico sustentable; b) La preservación y el manejo de las cuencas hidrográficas y de los humedales; el control de la erosión y la sedimentación; c) La protección y el manejo de los recursos forestales, de la flora y la fauna silvestres; d) La protección del patrimonio cultural, de sus soportes físicos, de sus accesos y de sus entornos, así como de las actividades que potencia el turismo ecológico en los sitios adecuados; e) El estudio, la investigación y la divulgación ecológica, el desarrollo de tecnología apropiada y la educación ambiental; y, f) La promoción y la incentivación del interés de la sociedad en la preservación y en el manejo de las Áreas Silvestres representativas del patrimonio ambiental del país.

Así de la lectura de estos objetivos, surge que la Ley 352/94 prevé un manejo integral de los recursos, al contemplar también a las cuencas hidrográficas y a los humedales.

Ahora, veamos lo dispuesto en la Ley 1294/87 “Orgánica Municipal” y en la Ley 1909/02 “De Loteamientos” que deroga el capítulo pertinente de aquella, sobre ordenamiento territorial a nivel local.

La Ley 1294/87 dispone entre las funciones de todo Municipio, el establecimiento de un sistema de planteamiento físico, urbano y rural del mismo; el establecimiento de un régimen local de servidumbre y de delimitación de riberas de ríos, lagos y arroyos, con arreglo a lo dispuesto por el Código Civil; y, la preservación del medio ambiente y el equilibrio ecológico, la creación de parques y reservas forestales, y promoción y cooperación para proteger los recursos naturales (Art. 18, incs. a, m y ñ).

Luego, atribuye a la Junta Municipal como deberes, en lo relativo a la Planificación Física y Urbanística, entre otros: aprobar el planteamiento físico y urbanístico del Municipio; delimitar las zonas urbanas, suburbanas y rurales; dictar normas sobre uso del suelo; establecer el régimen de fraccionamiento y loteamiento de tierras; dictar normas relativas a la construcción, habilitación y conservación de parques, plazas, jardines y playas municipales, así como la arborización de caminos, calles, avenidas y otros lugares públicos (Art. 41).

Y, en lo relativo a Recursos Naturales y Medio Ambiente, a la Junta le corresponde dictar normas tendientes a la mejor utilización de los recursos naturales y al mantenimiento del equilibrio ecológico y la preservación del ambiente (Art.44).

Por otra parte, al administrador general del Municipio, esto es, al Intendente, en relación a urbanismo, recursos naturales y medio ambiente le corresponde realizar estudios y propuestas sobre la preservación del medio ambiente, uso del suelo, loteamiento⁸²⁶, edificaciones y estética urbana y rural; y, en lo relativo a materia de obras públicas y particulares, elaborar, actualizar y evaluar los planes, programas y proyectos de ordenamiento y desarrollo urbano y rural del municipio.

Ahora bien, la Ley 1294/87 dispone los contenidos que mínimamente debe tener el planeamiento del desarrollo físico municipal. En este sentido, su artículo 171 enumera los siguientes: la determinación de núcleos poblacionales y de estructura demográfica; el análisis de estructuras físicas fundamentales, como ser: morfología, geología y naturaleza de los suelos, climatología, flora y fauna; el estudio de la infraestructura general que comprenden los sistemas de comunicación y transporte, la red vial, los servicios de electricidad y los cursos de agua; el análisis de ocupación y utilización del suelo; y, el estudio de la capacidad productiva del Municipio, de la implantación industrial y de las concentraciones residenciales urbanas y rurales.

Por último, veamos lo que ocurre al momento de aplicar las disposiciones reseñadas sobre ordenamiento territorial que forman parte de nuestro orden jurídico, por los diversos órganos de aplicación de las mismas.

Al respecto, podemos adelantar que no existen previsiones concretas dentro de estas leyes en lo que respecta a mecanismos de coordinación entre los organismos con potestad reglamentaria en la materia.

En efecto, falta la implementación de esa clase de mecanismos entre el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (autoridad de aplicación de las Leyes 1863/01 y 1909/02) y las Municipalidades (Ley 1294/87) y, entre estos y la SEAM (Leyes 294/93 y 352/94), en lo que se refiere a la planificación del uso de suelo. El único espacio institucional en el que podría superarse este tipo de cuestiones sería dentro del Sistema Nacional del Ambiente (Art. 1, Ley 1561/00), que no contiene pautas jurídicas para lidiar con estos asuntos, más allá de la voluntad política de los tomadores de decisión.

Entonces, en conclusión, en el derecho positivo del Paraguay se advierte la carencia de una disposición que permita u ordene la planificación integral del territorio y que luego distribuya las facultades de planificación, por sectores, entre los organismos competentes (Departamentos, Municipalidades, autoridad de aplicación del Estatuto Agrario, autoridades de cuenca, autoridad de aplicación del Sistema de Áreas Protegidas) evitando superposiciones y siguiendo lineamientos generales uniformes.

⁸²⁶ En el caso de loteamientos de un inmueble privado, la Ley 1902/02 “De Loteamientos”, establece que, previo a la aprobación por la Municipalidad, entre los requisitos que debe cumplir el propietario, se incluye la declaración de impacto ambiental referente al proyecto de loteamiento presentado, aprobada por la Autoridad administrativa (toda vez que la misma resulte exigible) de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 294/93 y sus modificaciones.

En ejemplo concreto de superposición de funciones se advierte cuando se confronta el artículo 27 de la ley 1863 /01 con el artículo 41 de la Ley 1294/87.

Si bien ambos prevén la división del territorio por zonas (urbana suburbana y rural), la primera lo hace en relación con los asentamientos coloniales, que están forzosamente incluidos dentro de los límites de una Municipalidad.

Así, cuando se refiere a las zonas suburbanas, la ley 1863/01 prevé “que las quintas se destinarán a la producción agrícola intensiva, a fin de contribuir al abastecimiento y expansión de las poblaciones urbanas”. Sin embargo, podría darse el caso de que una Municipalidad no se propusiera promover la expansión de una determinada población urbana debido, por ejemplo, a motivos ambientales.

De este modo, el Estatuto Agrario estaría recortando facultades que atentan contra la esencia del concepto de autonomía que el artículo 166 de la Constitución otorga a las Municipalidades.

4. Conclusiones y Recomendaciones

- Incluir la regulación del suelo en la Ley General del Ambiente del Paraguay y los recursos naturales, a efectos de contar con los principios y pautas de una política ambiental en el país.
- Asimismo, que la mencionada regulación se realice en especial, a través de la inclusión en esa Ley General, del ordenamiento territorial como herramienta de la política y de la gestión integrada del ambiente.
- En este sentido, consecuentemente, debería promulgarse una ley de ordenamiento territorial, en la que asimismo se prevea la distribución de las competencias específicas en esta materia.
- El ordenamiento territorial en cada uno de los respectivos niveles, debería ser coordinado, además, con la política de cuencas hídricas.
- Con respecto al Estatuto Agrario vigente, se debería definir la forma de acreditar las inversiones que la ley requiere y especificar los casos en que corresponde realizar el estudio de EIA. Estas cuestiones no requieren reforma legislativa, sino simple reglamentación de la autoridad de aplicación.

CAPÍTULO IX

AIRE

CAMBIO CLIMÁTICO

Por Patricia Abed

1. Antecedentes

En la Cumbre de la Tierra, que se llevó a cabo en Río de Janeiro, Brasil (1992), se atrajo la atención internacional al vínculo entre el medio ambiente y el desarrollo económico, recalcando el uso sostenible de los recursos naturales como elemento esencial de cualquier estrategia de desarrollo sostenible.

En esta cita se suscribió la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), cuyo objetivo último es: "lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible".

Estos gases se producen naturalmente y son fundamentales para la vida en la Tierra; ya que impiden que parte del calor solar regrese al espacio, y sin ellos el mundo sería un lugar frío y yermo. Pero cuando el volumen de estos gases es considerable y crece rápidamente, provocan unas temperaturas artificialmente elevadas y modifican el clima. El decenio de 1990 parece haber sido el más cálido del último milenio, y 1998 el año más caluroso.

La razón principal de la escalada de la temperatura es un proceso de industrialización iniciado hace siglo y medio y, en particular, la combustión de cantidades cada vez mayores de petróleo, gasolina y carbón, la tala de bosques y algunos métodos de explotación agrícola. La combustión de los combustibles fósiles provoca tres cuartas partes de las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero. Estas emisiones anuales se acumulan, aumentando sus concentraciones en la atmósfera. Aún teniendo en cuenta posibles incertidumbres cuantitativas en las proyecciones de los escenarios climáticos, los patrones energéticos actuales llevan al mundo por un camino insostenible que amenaza el clima mundial.

Cuando adoptaron la Convención Marco, los gobiernos sabían que sus compromisos⁸²⁷ no serían suficientes para abordar en serio los problemas del Cambio

⁸²⁷ Los compromisos generales, los cuáles se aplican tanto a países desarrollados como en desarrollo, están establecidos en el Artículo 4, párrafo 1 de la Convención. Entre ellos, destacan como los más relevantes, el elaborar, actualizar y publicar periódicamente tanto un inventario nacional de emisiones y sumideros de gases de efecto invernadero, como programas nacionales y/o regionales de mitigación y adaptación a los impactos derivados del cambio climático.

Climático: En la COP1⁸²⁸ (Berlín, marzo/abril de 1995), en una decisión conocida con el nombre de Mandato de Berlín, las Partes pusieron en marcha una nueva ronda de conversaciones para decidir la adopción de compromisos más firmes y más detallados para los países industrializados. Después de dos años y medio de negociaciones intensas, se adoptó el protocolo de Kyoto en la COP3 de Kyoto (Japón), el 11 de diciembre de 1997.

No obstante, debido a la complejidad de las negociaciones, quedaron pendientes un considerable número de cuestiones, incluso después de la adopción del Protocolo de Kyoto. En éste se esbozaban, por ejemplo, los rasgos básicos de sus “mecanismos” y el sistema de cumplimiento, pero no se especificaban las trascendentales normas que regulaban su funcionamiento. Aunque 84 países firmaron el Protocolo, lo que significaba que tenían intención de ratificarlo, muchos se resistían a dar ese paso y hacer que el Protocolo entrara en vigor, antes de tener una idea clara sobre las normas del tratado.

Por ello, se inició una nueva ronda de negociaciones para especificar las normas concretas del Protocolo de Kyoto, que se organizó en paralelo con las negociaciones sobre las cuestiones pendientes en el marco de la convención. Esta ronda culminó finalmente en la COP7 con la adopción de los Acuerdos de Marrakech, en que se establecían normas detalladas para la aplicación del Protocolo de Kyoto.

2. La Palabra De Los Científicos

La amplia escala temporal que interviene en el sistema climático, por ejemplo el largo tiempo de residencia del dióxido de carbono (CO₂) y el óxido nitroso (N₂O) en la atmósfera -aproximadamente un siglo-, y el retraso que se produce entre la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera y la estabilización de su temperatura -décadas- explican la importancia de tomar políticas y medidas de mitigación en el corto plazo.

Como hemos señalado más arriba, la amenaza del Cambio Climático es principalmente un problema energético. Los sistemas energéticos actuales se basan en la combustión de combustibles fósiles que constituye aproximadamente el 75% de la generación global de electricidad (carbón mineral, hidrocarburos y gas natural). La contribución de las fuentes renovables representa aproximadamente una décima parte (10%).

Al detectar el problema del Cambio Climático mundial, la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) crearon el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) en 1988.

⁸²⁸ Conferencia de las Partes: Órgano Supremo de la Convención.

La función del IPCC consiste en analizar, de forma exhaustiva, objetiva, abierta y transparente, la información científica, técnica y socioeconómica relevante para entender los elementos científicos del riesgo que supone el cambio climático provocado por las actividades humanas, sus posibles repercusiones y las posibilidades de adaptación y atenuación del mismo. El IPCC no realiza investigaciones ni controla datos relativos al clima u otros parámetros pertinentes, sino que basa su evaluación principalmente en la literatura científica y técnica revisada por homólogos y publicada.

Una de las principales actividades del IPCC es hacer una evaluación periódica de los conocimientos sobre el cambio climático. El IPCC elabora asimismo, “Informes Especiales” y “Documentos Técnicos” sobre temas en los que se consideran necesarios la información y el asesoramiento científico e independiente, y respalda a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) mediante su labor sobre las metodologías relativas a los inventarios nacionales de gases de efecto invernadero.

En febrero de 2007 el informe del IPCC "El cambio climático 2007: Los fundamentos de la ciencia física" señala con un mayor grado de certeza respecto a las evaluaciones anteriores, que la mayor parte del calentamiento observado durante el medio siglo pasado es causado por actividades humanas. Este informe agrega más detalle, documentando el efecto que la elevación de las temperaturas ha tenido en las personas y los ecosistemas y en lo que ocurrirá en el futuro bajo distintos escenarios⁸²⁹.

El IPCC afirma que para estabilizar el continuo incremento en la concentración de gases con efecto invernadero, como resultado de la actividad humana, se necesitan grandes cambios en los patrones actuales de producción y consumo de energía. Esto se

⁸²⁹ Algunas de las conclusiones claves del informe son: Es probable que el cambio climático induzca la extinción masiva de las especies dentro de 60-70 años. En la actualidad ya se está observado la extinción de algunas especies ligadas al clima, pero esto es apenas la punta del iceberg. La escala de riesgo es más grande que la de la mayor parte de los cinco mayores acontecimientos de extinción que han ocurrido en la historia de la tierra. Sobre las próximas décadas, es probable que aumente de decenas de millones a miles de millones el número de personas en riesgo de padecer escasez de agua. La disminución continua de la disponibilidad de agua se prevé para la India y otras partes del sur de Asia y África: Mientras las regiones más pobres van a recibir el golpe más duro, los países ricos tales como Australia y las naciones en Europa Meridional están también en la primera línea. Es probable que la escasez de agua incrementada por la sequía ocasione problemas cada vez mayores de hambrunas y desplazamientos humanos en África en décadas venideras. Respecto a las reducciones en la capacidad de la producción de alimentos en las regiones más pobres, se prevé que ocasionen más hambre y miseria e impidan lograr los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Dentro de unas pocas décadas será probable que veamos como el cambio climático influye en la producción de trigo, maíz y arroz en India y China. La pérdida de glaciares en Asia, Ibero América y Europa están destinadas a causar los mayores problemas de abastecimiento de agua para una gran parte de la población mundial, así como un aumento masivo de inundaciones glaciares, crecidas y otros riesgos para aquellos que viven en las montañas. La inmensa cantidad de personas que estarán en riesgo debido a la subida de nivel del mar, huracanes e inundaciones en los Grandes Deltas asiáticos como el Ganges-Brahmaputra (Bangladesh) y el Zhujiang (Rio Pearl). Un calentamiento de más de otro grado podría llevar al mundo a una subida del nivel del mar de varios metros durante varios siglos con la pérdida parcial o total de Groenlandia y de la capa helada del oeste antártico. La inmensa pérdida costera podría ser provocada por las emisiones hechas en las próximas décadas.

debe a que de seguir este nivel, la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera se multiplicará por tres de ahora al año 2100, mientras que el IPCC indica que las emisiones deben estar por debajo del nivel actual para poder estabilizar su concentración atmosférica.

3. Disposiciones Del Protocolo De Kyoto (Pk)

El PK es un tratado de alcance internacional creado en 1997, cuyo aspecto más relevante es la fijación e imposición de límites cuantitativos para las emisiones de gases efecto invernadero (GEI) de los países industrializados. El PK fue ideado con el objeto de poner en marcha la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC) acordada en la Conferencia de Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas realizada en la ciudad de Río de Janeiro en el año 1992.

A través del PK los países desarrollados del mundo, que han ratificado el acuerdo, asumieron un compromiso legal y vinculante de reducir sus emisiones de GEI en un promedio de 5,2% con respecto a los niveles de emisiones del año 1990. Esta reducción de emisiones debe realizarse en el período 2008-2012 al finalizar el llamado "Primer período de compromiso".

Los países que ratificaron el PK se denominan Partes y se agrupan según su grado de desarrollo como países Anexo I y países no-Anexo I. El primer grupo se integra con países desarrollados que han adoptado compromisos de reducción de GEI y el segundo con países en desarrollo que, por este motivo, no han asumido obligaciones de disminución de emisiones pero que contribuyen al objetivo del Protocolo a través de la acogida en sus territorios de actividades que reduzcan y/o absorban cantidades de GEI en la atmósfera.

El PK contempla la disminución de seis clases de GEI: dióxido de carbono (CO₂); metano (CH₄); óxido nitroso (N₂O); hidrofluorocarbonos (HFC); perfluoro carbono (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF₆). A estos gases se les asigna un potencial de generación de efecto invernadero que permite referenciar cada uno al CO₂ y así utilizar como unidad común de referencia el CO₂ equivalente.

Con carácter suplementario a las políticas nacionales de reducción de emisiones de GEI, el PK introduce tres mecanismos cuyo objetivo principal es ofrecer a las Partes medios para recortar las emisiones con menos gastos en el exterior que en el propio país, promoviendo el desarrollo de un mercado global de comercialización de permisos y/o créditos de carbono:

- Mecanismo para un Desarrollo Limpio (MDL): a través del MDL se promueve la realización de proyectos de reducción y/o absorción de emisiones de GEI en países no Anexo I, a cambio de reducciones de emisiones certificadas (Certified Emissions Reduction - CER). Los CER derivados de estos proyectos pueden ser

comercializados libremente y serán finalmente utilizados por las Partes del Anexo I para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en Kyoto. Los proyectos MDL deben contar con la aprobación de todas las Partes implicadas (no- Anexo I y Anexo I) y ser registrados ante la Junta Ejecutiva del MDL (EB), dependiente de la Conferencia de las Partes del PK. Los proyectos MDL deben contribuir al desarrollo sostenible y dar lugar a beneficios reales, mensurables y duraderos para el clima, en forma de reducción y/o absorción de emisiones de GEI, adicionales a las que se habrían producido sin el proyecto.

- Mecanismo de Implementación Conjunta (IC): el IC permite a los países Anexo I ejecutar proyectos que reduzcan las emisiones o consigan una mayor absorción utilizando sumideros, en otros países Anexo I. Las unidades de reducción de emisiones (ERU) generadas por estos proyectos pueden utilizarse por las Partes inversoras Anexo I para ayudar a cumplir sus objetivos de emisión. Los proyectos de IC deben contar con la aprobación de todas las Partes involucradas para dar lugar a las reducciones y absorciones de emisiones que sean adicionales a las que se habrían registrado en su ausencia.
- Comercio de Derechos de Emisión: a través de este régimen los países del Anexo I y/o sus empresas pueden comercializar libremente unidades de sus cantidades atribuidas (AAU) que les fueron asignadas de conformidad con sus niveles de emisiones de GEI y de acuerdo con los términos del Protocolo. Este sistema permite a las Partes Anexo I adquirir AAU de aquellos sectores que cuenten con excedentes de las mismas, por haberles resultado más fácil y económico disminuir las cantidades de GEI que envían a la atmósfera en sus actividades y/o procesos productivos.

4. ¿Cuál Puede Ser La Participación De Paraguay En El Mercado De Carbono?

El Paraguay puede tener una participación destacada en los mercados de carbono. A través de la promoción y ejecución de actividades que se registren como proyectos MDL, nuestro país y su sector privado pueden contribuir al cumplimiento de los objetivos del PK generando, a su vez, un atractivo y promisorio mercado de créditos de carbono (CER) de comercialización mundial.

Además, la realización de actividades dentro del procedimiento del MDL es un instrumento de impulso para la inversión internacional y la transferencia de fondos y tecnología por parte de países desarrollados a países como el nuestro.

Cualquier persona física y/o jurídica puede ser proponente de proyectos MDL. El MDL incluye la ejecución de actividades tendientes a reducir emisiones en los siguientes sectores:

- Mejoramiento de la eficiencia en el uso final de la energía;

- Mejoramiento de la eficiencia en la generación de energía;
- Energías renovables;
- Sustitución de combustibles;
- Agricultura (reducción de emisiones de CH₄ y N₂O);
- Procesos industriales (CO₂ de la industria cementera, CFC, PFC y SF₆); y
- Proyectos de absorción de emisiones (forestación y reforestación).

Con el objetivo de dar a conocer la idea de proyecto a técnicos especializados, futuros inversores y desarrolladores del proyecto; los proponentes pueden elaborar un primer documento que incluya información y cálculos preliminares de la idea. De esta forma, terceros interesados pueden tener una aproximación al potencial proyecto y discutir los términos del mismo antes de entrar en la fase formal del procedimiento del MDL.

Una vez analizada la viabilidad técnica y económica financiera de una determinada actividad a la luz del MDL se inicia el denominado "ciclo de proyecto MDL". Un proceso complejo que incluye un mecanismo de aprobación en fase nacional del país huésped y del país Anexo I si interviniera alguno en el proyecto, y un proceso de análisis y registro del proyecto en fase internacional ante el EB.

5. Normativa Aplicable En Paraguay

- Ley N° 251/93 “Que aprueba el Convenio sobre Cambio Climático, adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, La Cumbre para la Tierra”
- Ley N° 1447/99 “Que aprueba el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”
- Decreto N° 14943/01 “Por la cual se implementa el Programa Nacional de Cambio Climático”, el cual establece en su artículo 1°: “Implementase el Programa Nacional de Cambio Climático, dependiente de la Secretaría del Ambiente, el cual estará integrado por un Consejo Nacional de Cambio Climático y una Oficina Nacional de Cambio Climático, que actuarán en forma conjunta, armónica y ordenada, en la evaluación e implementación de las acciones vinculadas las obligaciones asumidas por la Republica del Paraguay dentro del Convenio Marco de la Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto”
- Ley N° 1561/2000, “Que crea el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”, que en su artículo 14°, inciso g) establece que “la Secretaría del Ambiente adquiere el carácter de autoridad de aplicación de la Ley N° 251/93”; y que en su artículo 12°, inciso j) establece que “la Secretaria del Ambiente tiene

por función, atribución y responsabilidad, participar en representación del gobierno nacional, previa intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, en la suscripción de convenios internacionales, así como en la cooperación regional mundial sobre Intereses comunes en materia ambiental”.

- Ley N° 294/93 “De evaluación de Impacto Ambiental” por cuanto los proyectos de mitigación al cambio climático presentados ante la ONMDL deberán cumplir con los requisitos de ésta Ley.
- Ley N° 422/73 “Forestal”, dado que los proyectos forestales deberán ajustarse a dicha normativa.
- Resolución N° 150/04 de la SEAM: “Por el cual se crea la Oficina Nacional de Mecanismo de Desarrollo Limpio”.
- Resolución N° 1.663/05 de la SEAM: “Por el cual se aprueba la Guía para la Presentación de Proyectos MDL”.

6. Institucionalidad

- Secretario Ejecutivo de la SEAM: Autoridad Nacional Designada (AND)
- Oficina Nacional de Cambio Climático (ONCC): Creada por el Decreto 14943/02, que en su artículo 5° establece: “Créase la Oficina Nacional de Cambio Climático, en adelante Oficina Nacional, como instancia ejecutiva de la política nacional sobre el Cambio Climático”.

Art. 6°: “La Oficina y administración de la Oficina Nacional estará a cargo de un Director Nacional, el cual será nombrado por el Secretario del Ambiente con acuerdo de la Comisión Nacional”.

Art. 7° “El Director tendrá las siguientes funciones: a) Implementar la política nacional sobre el Cambio Climático; b) Actuar como enlace entre la Secretaria del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Gobierno Nacional; c) Coordinar la elaboración las comunicaciones nacionales al Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático; d) Coordinar los estudios en investigaciones realizados a nivel Nacional relacionadas con el Cambio climático; e) Participar, en representación del Gobierno Nacional en las reuniones y eventos de carácter técnico, realizados dentro y fuera del país y relacionados con el Convenio Marco de las Naciones Unidas obre el. Cambio Climático; f) Gestionar y establecer fuentes de financiamiento que permitan el funcionamiento adecuado del Programa Nacional de Cambio Climático; g) Asesorar en el desarrollo de proyectos de implementación conjunta dentro del marco de los Mecanismos de Desarrollo

Limpio, contemplados en el artículo 12 del Protocolo de Kyoto; h) Aprobar en representación del Gobierno Nacional, los proyectos implementados dentro del marco de los Mecanismos de Desarrollo Limpio. Los Certificados de Reducción de Emisiones que correspondan a los proyectos aprobados por la Oficina Nacional en el marco o de los Mecanismos de Desarrollo Limpio, serán emitidos por el titular de la Secretaría del Ambiente; i) Realizar los trámites necesarios para la validación internacional de los proyectos aprobados a nivel nacional dentro del marco de los Mecanismos de Desarrollo Limpio; j) Realizar el mercadeo, de proyectos nacionales aprobados dentro del marco del Mecanismo de Desarrollo Limpio; k) Dictar resoluciones que sean necesarias para la consecución de los fines del Programa Nacional de Cambio Climático; y l) Las demás funciones y atribuciones que sean necesarias para efectiva implementación de la política nacional sobre el Cambio Climático.

Las resoluciones dictadas por el Director serán recurribles ante el Secretario del Ambiente dentro de los seis días hábiles siguientes a su notificación con lo cual quedará agotada la instancia administrativa.

- Comisión Nacional de Cambio Climático (CNCC): Creada por el Decreto 14943/02, que en su artículo 2º establece: “Integrarse la Comisión Nacional de Cambio Climático, en adelante la Comisión, el cual será un órgano colegiado, de carácter interinstitucional, como instancia deliberativa, consultiva y resolutoria de la política nacional sobre el Cambio Climático. La Comisión Nacional de Cambio Climático estará integrada por: a) La Secretaria del Ambiente, quien será presidente de la Comisión, b) El Ministerio de Relaciones Exteriores, quien será vicepresidente de la Comisión; c) El Ministerio de Industria y Comercio; d) El Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones; e) El Ministerio de Hacienda; f) El Ministerio de Agricultura y Ganadería; g) La Secretaría Técnica de Planificación; h) La Oficina Nacional de Meteorología; i) La Administración Nacional de Electricidad -ANDE; j) La Red de Organizaciones Ambientales; k) La Facultad de Ciencias Químicas de la Universidad Nacional de Asunción, l) La Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional de Asunción; m) La Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad Nacional de Asunción; n) La Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad Nacional de Asunción; o) La Facultad de Ciencias y Tecnología de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción; p) La Unión Industrial Paraguaya; q) La Asociación Rural del Paraguay”.

Art. 3º.- “Serán funciones de la Comisión las siguientes: a) Definir, supervisar y evaluar la política nacional sobre cambio climático; b) Cooperar con la Oficina Nacional de Cambio Climático para la correcta implementación de la política nacional sobre cambio climático; c) Reglamentar su funcionamiento; d) Participar en el nombramiento del Director Nacional de Cambio Climático; e) Auditar la gestión de la Oficina Nacional de Cambio Climático; f) Aprobar la memoria y balance anual de la Oficina Nacional de Cambio Climático”.

- Oficina Nacional de Mecanismo de Desarrollo Limpio (ONMDL): Órgano ejecutor de la regulación, promoción y apoyo a la formulación de proyectos de mitigación al Cambio Climático, creada en Junio de 2004, por Resolución N° 150 de la SEAM.

7. Conclusión

Los mecanismos de Kyoto constituyen una innovadora forma de cooperación internacional, con un gran potencial para los países en desarrollo, que inclusive podría convertirse en el corto plazo en un mecanismo financiero de gran utilidad para alcanzar nuestros objetivos y metas de desarrollo sostenible. Sin embargo, hay necesidad de centrar la atención en cómo movilizar los intereses públicos y privados para formular y poner en práctica estructuras legales, institucionales y fiscales congruentes con esta oportunidad.

Fuentes Consultadas:

- Legislación mencionada en el texto.
- Informe IPCC "El cambio climático 2007: Los fundamentos de la ciencia física"
- Energía, Cambio Climático y Actividades de Implementación Conjunta. Ing. Paulo Manso (Oficina Costarricense de Implementación Conjunta), Mayo/1998
- Página web del Convenio <http://www.unfccc.int>

NORMAS JURÍDICAS SOBRE EMISIÓN DE HUMOS NEGROS Y COMPETENCIAS INSTITUCIONALES⁸³⁰

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Introducción

El tema que nos ocupa es uno de los ejemplos más claros sobre superposición de competencias de distintas agencias gubernamentales dentro de la órbita del Sistema Nacional del Ambiente, instituido por medio de la Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”.

Para nosotros, esa superposición tiene por lo menos tres causas: la sanción y promulgación de normas legales de alcance impreciso, el escaso o nulo interés de la doctrina especializada y las necesidades institucionales de dar respuesta a los reclamos sociales en un ámbito estrechamente relacionado con la salud pública y la calidad de vida de las personas.

Nuestra tarea, entonces, se hará cargo principalmente de la segunda de estas causas, para lo cual identificaremos todas las normas jurídicas relacionadas con la regulación de la calidad del aire, delimitaremos sus alcances y propondremos una solución jurídica que, necesariamente, requerirá de decisión política para su implementación.

2. Marco Jurídico E Institucional

Para llevar adelante la tarea que nos hemos propuesto, analizaremos las siguientes normas legales:

- ✓ Ley 836/80 “Código Sanitario”;
- ✓ Ley 1294/87 “Orgánica Municipal”;
- ✓ Ley 1160/97 “Código Penal”;
- ✓ Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente; y,
- ✓ Ley 1590/00 “Que regula el Sistema Nacional de Transporte y crea la Dirección Nacional de Transporte (DINATRAN) y la Secretaría Metropolitana de Transporte (SMT)”.

Este análisis contemplará en primer término los principios, derechos y garantías contenidos en la Constitución de la República y, en segundo término, las normas de

⁸³⁰ El presente artículo ha sido publicado en La Ley Revista Jurídica Paraguaya, año 30, número 2, marzo 2007, páginas 153 a 161.

inferior jerarquía (tanto derivadas como reglamentarias) que desarrollan a las normas legales citadas.

Como consecuencia de la delimitación normativa mencionada, nuestro universo institucional quedará acotado a las siguientes agencias gubernamentales: Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSPBS), Secretaría del Ambiente (SEAM), Dirección Nacional de Transportes (DINATRAN), Municipalidad de Asunción (y las demás municipalidades del país, por analogía) y Ministerio Público (a través de su Unidad Especializada en Delitos Ambientales).

3. Las Normas y Su Contenido

Dentro de las normas legales actualmente vigentes que desde lo formal se ocupan del tema, contamos con la Ley 836/80 “Código Sanitario” que pone a cargo del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social la determinación de los límites máximos de emisión de contaminantes a la atmósfera, como una de las medidas tendientes a evitar el deterioro del medio natural, disminuyendo su calidad, causado por acciones riesgosas para la salud.

El Código Sanitario textualmente establece:

“Art. 66.- Queda prohibida toda acción que deteriore el medio natural, disminuyendo su calidad, tornándola riesgoso para la salud.

Art. 67.- El Ministerio determinará los límites de tolerancia para la emisión o descarga de contaminantes o poluidores en la atmósfera, el agua y el suelo y establecerá las normas a que deben ajustarse las actividades laborales, industriales, comerciales y del transporte, para preservar el ambiente de deterioro.

Art. 68.- El Ministerio promoverá programas encaminados a la prevención y control de la contaminación y de polución ambiental y dispondrá medidas para su preservación, debiendo realizar controles periódicos del medio para detectar cualquier elemento que cause o pueda causar deterioro de la atmósfera, el suelo, las aguas y los alimentos.

Art. 299.- Los responsables de una acción u omisión violatoria de las disposiciones del presente Código incurrir en infracción de orden sanitaria.

Art.300.- Los establecimientos cuya instalación y funcionamiento no se ajusten a las normas de este Código serán objeto de las medidas correctivas previstas en el mismo”.

Posteriormente, se sancionó y promulgó la Ley 1294/87 “Orgánica Municipal” en la que se establece que el Municipio tiene por objeto, entre otros, “la protección de la salud y la seguridad de las personas” (Art. 17) y que son funciones municipales (Art. 18) “la reglamentación y fiscalización del tránsito, del funcionamiento de los transportes de pasajeros, y demás materias relativas a la circulación de vehículos” (inciso “i”); “la

preservación del medio ambiente y el equilibrio ecológico” (inciso “ñ”); y “el fomento de la salud pública” (inciso “o”).

Por su parte, el artículo 38 de la Ley 1294/87 establece que “en relación a Obras Públicas y Servicios, corresponderá a la Junta Municipal: a) dictar normas relativas a la construcción, alteración, demolición, e inspección de edificios públicos y privados; estructuras e instalaciones mecánicas, eléctricas, electromecánicas, acústicas, térmicas, inflamables o parte de ellas; (...) c) reglamentar la fiscalización e intervención municipal en las construcciones de obras públicas y privadas; (...)” y “e) establecer las condiciones de construcción, higiene y seguridad a que deban ajustarse la instalación y el funcionamiento de las industrias y los depósitos (...)”.

El artículo 42 establece que “sobre Higiene, Salubridad y Servicio Social, corresponde a la Junta Municipal, atendiendo las disposiciones pertinentes del Código Sanitario: (...) d) dictar normas relativas a las condiciones de higiene de vehículos particulares y de transporte público (...) y ”i) reglamentar los establecimientos industriales clasificados de peligrosos, insalubres e incómodos, pudiendo ordenar su remoción o clausura, siempre que no fueran cumplidas las condiciones que se impusieron a su ejercicio o si éste fuere incompatible con la salud pública; (...)”.

El artículo 44 establece que “en lo relativo a Recursos Naturales y Medio Ambiente, corresponderá a la Junta Municipal: a) dictar normas tendientes a la mejor utilización de los recursos naturales y al mantenimiento del equilibrio ecológico y la preservación del ambiente”.

El artículo 46 establece que “en las cuestiones relacionadas con Seguridad y Tránsito son atribuciones y deberes de la Junta Municipal: a) regular lo relativo a la seguridad y la circulación de vehículos (...)” y; “b) regular el régimen de transportes públicos”.

Finalmente, el artículo 47 establece que a la Junta Municipal “le incumbe también las funciones normativas que no estando expresamente establecidas en la ley, deriven de la naturaleza y objeto de la institución municipal”.

Las atribuciones de las municipalidades en materia ambiental han sido expresamente elevadas a la categoría constitucional al haber sido incluidas en el artículo 168 de la Constitución de 1992.

En el año 2000, con la sanción y promulgación de la Ley 1561, la Secretaría del Ambiente pasó a ejercer autoridad respecto del Código Sanitario, “en los asuntos que conciernen a su ámbito de competencia”, en forma coordinada con el Ministerio de Salud Pública (Art. 15 inciso “c”).

Nosotros no tenemos duda alguna en afirmar que dentro de los asuntos que conciernen al ámbito de competencia de la SEAM, y que están previstos en el Código Sanitario, se encuentra la determinación de los límites máximos de emisión de contaminantes a la atmósfera.

Así, en este mismo orden de ideas y haciendo uso de esas atribuciones, el pasado 7 de enero, el entonces Ministro Secretario Ejecutivo del Ambiente promulgó la Resolución 01/07 “Por la cual se establecen los parámetros de emisión de poluyentes vehiculares y se establecen multas a infractores”. En los considerandos de esta norma no se hizo referencia explícita al Código Sanitario ni al artículo 15 de la Ley 1561/00, sino que se la encuadró dentro de los objetivos de la Política Ambiental Nacional (Res. CONAM 04/05) y como una facultad implícita del Ministro Secretario Ejecutivo del Ambiente en pos de alcanzar la consecución de los fines de la Secretaría (Art. 18 inciso “g”). Si bien, como ya mencionamos, no nos cabe duda de que la SEAM tiene competencia en la determinación de los límites máximos de emisión de contaminantes a la atmósfera, también es cierto que esa atribución no puede ser ejercida en forma exclusiva, ya que la propia Ley establece que debe hacerse “en coordinación con las demás autoridades competentes” (Art. 15 Ley 1561/00), en este caso, el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

De acuerdo al contenido normativo que hemos citado hasta ahora, ya podemos empezar a plantearnos algunos interrogantes. ¿Cómo se concilia el hecho de que dos agencias del Poder Ejecutivo tengan atribuciones legales para regular la emisión de gases a la atmósfera con este otro hecho: que la Municipalidad de Asunción (y otras varias municipalidades, por cierto) también cuente con una Ordenanza específica sobre “El control de la contaminación del aire” (Ordenanza 190/05)? ¿Puede ser tachada esta Ordenanza de inconstitucional por regular una materia que está fuera del ámbito de las atribuciones conferidas por ley a las municipalidades o por superponerse a las atribuciones que la ley le ha otorgado a agencias del Poder Ejecutivo?

Este interrogante lo responderemos en detalle más adelante, sin perjuicio de lo cual, desde ya adelantamos que no creemos que esa Ordenanza sea inconstitucional.

Ahora bien, antes de empezar con nuestro análisis y a dar las razones de nuestras conclusiones completaremos nuestro universo normativo incorporando el contenido de las siguientes normas:

- la Ley 1590/00 “Que regula el Sistema Nacional de Transporte y crea la Dirección Nacional de Transportes (DINATRAN) y la Secretaría Metropolitana de Transporte (SETAMA)” en cuyo Art. 15 se establece que “el Consejo de la DINATRAN tendrá como atribución (...) proteger los derechos del usuario y el medio ambiente”; este organismo ya ha promulgado la Resolución.11/05 “Por la cual se establecen los niveles admisibles de emisión de gases contaminantes aplicables a los vehículos de transporte

público de pasajeros y cargas movidos a gasoil y se dispone su cumplimiento por parte de los talleres de inspección técnica autorizados por la DINATRA⁸³¹”; y,

- el Art. 198 del Código Penal (Ley 1160/97) que establece: “Contaminación del aire. 1º El que utilizando instalaciones o aparatos técnicos, indebidamente:

1. contaminara el aire; o
 2. emitiera ruidos capaces de dañar la salud de personas fuera de la instalación,
- será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2º Se entenderá como indebida la medida de la contaminación o del ruido, cuando:

1. no se hayan cumplido las exigencias de la autoridad competente respecto a las instalaciones o aparatos;
2. se hayan violado las disposiciones legales sobre la preservación del aire; o
3. se hayan excedido los valores de emisión establecidos por la autoridad administrativa competente.

3º Cuando el hecho se realizara vinculado con una actividad industrial, comercial o de la administración pública, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años.

4º El que realizara el hecho mediante una conducta culposa será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa⁸³¹.

4. Análisis Normativo. Nuestra Hipótesis

Para nosotros, la interpretación que más se apega a la letra y al espíritu de la Constitución de la República y de las leyes involucradas en esta problemática es la siguiente:

- 1) El MSPBS y la SEAM, en forma coordinada, deben determinar los límites máximos de inmisión en y de emisión de gases contaminantes a la atmósfera. Esta tarea debe ser llevada a cabo por medio de la adecuación de los parámetros establecidos por organismos internacionales especializados, tales como la Organización Mundial de la Salud o la Organización Panamericana de la Salud, a las particularidades climáticas y geográficas del Paraguay, utilizando para ello criterios técnicos y científicos apropiados.

⁸³¹ Entendemos que el artículo 198 del Código Penal (Ley 1160/97) ha derogado al artículo 7 de la Ley 716/97 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente” que textualmente establecía: “Los responsables de fábricas o industrias que descarguen gases o desechos industriales contaminantes en la atmósfera, por sobre los límites autorizados serán sancionados con dos a cuatro años de penitenciaría, más multa de 500 (quinientos) a 1.000 (mil) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas.

- 2) La infracción a los límites que sean establecidos por el MSPBS y la SEAM debe ser objeto de persecución penal sobre la base de lo establecido en el Art. 198 del Código Penal.
- 3) Los gobiernos municipales se encuentran facultados a limitar las emisiones a la atmósfera, valiéndose para ello de parámetros más estrictos que los que utilicen el MSPBS y la SEAM. Los límites a las emisiones que determinen los gobiernos municipales podrán aplicarse tanto a fuentes fijas como a móviles. Las infracciones a las normas municipales, no pueden ser objeto de persecución penal sino que deben encuadrarse dentro del régimen sancionador municipal.
- 4) La DINATRAN, en ejercicio de sus facultades legales, está facultada para exigir límites máximos de emisión de gases contaminantes a la atmósfera, como parte del procedimiento de Inspección Técnica Vehicular

A continuación, pasaremos a exponer las razones jurídicas de nuestra interpretación.

5. Resolución Conjunta

Del juego armónico de las leyes 836/80 y 1561/00 surge de manera indubitable que el MSPBS y la SEAM deben determinar los límites de tolerancia para la emisión de contaminantes a la atmósfera y establecer las normas a que deben ajustarse las actividades laborales, industriales, comerciales y del transporte, para preservar el ambiente de deterioro.

La obligación de estas agencias del Poder Ejecutivo no puede ser ejercida en forma unilateral por ninguna de ellas. La ley es lo suficientemente clara al respecto, ya que establece que la autoridad que ejerce la SEAM en los asuntos que conciernen a su ámbito de competencia debe coordinarse con las demás autoridades competentes⁸³².

La promulgación de cualquier norma administrativa de alcance general por parte de alguna de estas dos agencias del Poder Ejecutivo sería eventualmente atacable ante el Poder Judicial. Entendemos que la sanción jurídica que debería aplicar la Justicia en caso de que algún damnificado pretendiera atacar la validez de una norma como esta (dictada sólo por el MSPBS o sólo por la SEAM) sería la nulidad⁸³³ de la misma, ya que en su

⁸³² Si bien no se utiliza el verbo “deber” en el Art. 15, sí se utiliza el modo imperativo “ejercerá”, el cual no deja lugar a dudas sobre el carácter obligatorio del modo en que la SEAM debe ejercer su autoridad; esto es, “en coordinación con las demás autoridades competentes”.

⁸³³ También podría pensarse en atacar su constitucionalidad, dado que, en este caso particular, no encontramos mayores diferencias entre que la norma fuera declarada nula o inconstitucional. En todo caso, las vicisitudes procesales serían materia de estudio ante un caso particular.

génesis portaría el vicio de la incompetencia. Por supuesto, hasta tanto no fuera invalidada en sede judicial, dicha norma gozaría de presunción de legitimidad y de fuerza ejecutoria.

6. Sanciones

Ahora bien, el Libro VII de la Ley 836/80 “Código Sanitario” contiene reglas sobre “las infracciones, sanciones, procedimientos, prescripciones y perenciones” aplicables en caso de acciones u omisiones violatorias de las disposiciones de este Código (Arts. 299 a 323). A primera vista podría pensarse entonces que la sanción que correspondería a la infracción de la norma conjunta del MSPBS y la SEAM sobre límites máximos de emisión de gases contaminantes a la atmósfera sería una de carácter administrativo, esto es, alguna de las sanciones previstas en el Código Sanitario.

Nosotros entendemos que luego de la sanción y promulgación de la Constitución de 1992, en la que se consagró el derecho de toda persona “a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado” (Art. 7) y se estableció que “el delito ambiental será definido y sancionado por la ley” (Art. 8), los congresistas de los ‘90 se vieron compelidos a elevar legislativamente la protección del bien jurídico protegido y, consecuentemente, a endurecer las sanciones para quienes lo menoscabaran. Ello trajo como consecuencia la sanción y promulgación de la Ley 716/95 “De delitos ambientales” y la inclusión en el Nuevo Código Penal – Ley 1160/97- de un Capítulo sobre “hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana” dentro del Título dedicado a los “hechos punibles contra la seguridad de la vida y de la integridad física de las personas” (Título III, Capítulo I, Arts. 197 a 202).

De esta manera, las sanciones por infracciones de índole administrativa previstas en el Código Sanitario en materia de emisiones contaminantes a la atmósfera (y también, dicho sea de paso, en materia de contaminación de las aguas y los suelos) quedaron subsumidas dentro las sanciones penales establecidas en el Nuevo Código Penal.

Por supuesto que esta no es una afirmación dogmática de nuestra parte, sino que, como ya hemos visto, encuentra fundamento en el propio texto legal⁸³⁴.

⁸³⁴ Recordemos: El Art. 67 del Código Sanitario establece: “El Ministerio determinará los límites de tolerancia para la emisión o descarga de contaminantes o poluidores en la atmósfera, el agua y el suelo y establecerá las normas a que deben ajustarse las actividades laborales, industriales, comerciales y del transporte, para preservar el ambiente de deterioro”. Los Arts. 299 y 300 del mismo Código prevén, respectivamente: “Art. 299.-Los responsables de una acción u omisión violatoria de las disposiciones del presente Código incurrir en infracción de orden sanitaria. Art.300.- Los establecimientos cuya instalación y funcionamiento no se ajusten a las normas de este Código serán objeto de las medidas correctivas previstas en el mismo”.

- El Art. 198 del Código Penal establece: “1º El que utilizando instalaciones o aparatos técnicos, indebidamente:

1. contaminara el aire; o
2. emitiera ruidos capaces de dañar la salud de personas fuera de la instalación,

Tan claro es el hecho de que el Código Penal sanciona las mismas conductas que sancionaba el Código Sanitario que el primero remite a las mismas “exigencias de la autoridad competente respecto a las instalaciones o aparatos” y a los mismos “valores de emisión establecidos por la autoridad competente” que servirían de base para aplicar sanciones conforme al segundo.

Por supuesto que en esta situación no podemos hablar de sanciones administrativas por un lado y de sanciones penales por el otro lado. La norma técnica que sustentaría la eventual aplicación de ambas sería la misma, la emitida “por la autoridad administrativa competente” (que ya vimos que no es una, sino que son dos, el MSPBS y la SEAM); y que ambas sanciones se aplicaran por la comisión de un mismo hecho sería una clarísima violación de la garantía constitucional que prohíbe que una persona, en el marco de un “proceso penal o en cualquier otro del que pudiera derivarse pena o sanción”, sea juzgada dos veces por el mismo hecho (Art. 17, inciso 4, de la Constitución).

7. Normas Nacionales, Normas Municipales

Ante la realidad jurídica que imponen las normas hasta aquí analizadas, debemos preguntarnos si queda algún resquicio por el cual los gobiernos municipales puedan llegar a ejercer competencias reguladoras en materia de emisión de sustancias contaminantes a la atmósfera, sin menoscabar con ello el principio unitario de gobierno (Art. 1 de la Constitución). Como ya adelantáramos en el apartado anterior, para nosotros la respuesta es positiva.

Es uno de los principios más caros del derecho penal que su aplicación es la ultima ratio del sistema jurídico; esto es, que el derecho penal empieza a funcionar sólo cuando todos los demás frenos jurídicos no han sido suficientes o idóneos para conjurar una conducta socialmente disvaliosa. El fundamento de este principio (también llamado principio de subsidiariedad) es que el derecho penal posibilita al Estado las más graves de las intromisiones (y consecuencias jurídicas) en la vida de las personas (permite ni más ni menos que coartar la libertad de estas) y, por ende, es de esperar que en un Estado de Derecho, esas intromisiones no sean la regla, sino la excepción.

Asimismo, tenemos un límite de naturaleza legal que es el requisito de proporcionalidad, esto es, que la penalización guarde cierta relación con la gravedad de la conducta del infractor y que, por ende, las conductas que produzcan daños bagatelarios no tengan una respuesta penal, sino de otra índole. El Código Penal se hace eco de este requisito en varias oportunidades y también lo hace al tratar los hechos punibles contra

será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

2° Se entenderá como indebida la medida de la contaminación o del ruido, cuando:

1. no se hayan cumplido las exigencias de la autoridad competente respecto a las instalaciones o aparatos;
2. se hayan violado las disposiciones legales sobre la preservación del aire; o
3. se hayan excedido los valores de emisión establecidos por la autoridad administrativa competente”.

las bases naturales de la vida humana. Así, por ejemplo el inciso 5 del artículo 200 establece que “el hecho no será punible cuando un efecto nocivo sobre las aguas, el aire o los suelos esté evidentemente excluido por la mínima cuantía de los desechos”.

Tratemos ahora de contrastar todo nuestro bagaje teórico con la realidad. Supongamos por un instante que el MSPBS y la SEAM promulgaran una norma administrativa de alcance general en la que se estableciera como límites máximos de emisión de gases contaminantes cantidades tales que hicieran que fácilmente cualquier vehículo automotor que no ha sido mantenido en forma adecuada excediera dichos límites. Obviamente, no podríamos aplicar a esta situación las reglas que el Código Penal prevé para los casos de hechos punibles en los que concurre una pluralidad de participantes. Por lo tanto, en forma automática se incrementaría el índice de criminalidad ambiental, amén de que sería imposible que los agentes fiscales cumplieran diligentemente con su labor, ya que se verían súbitamente desbordados. Nos preguntamos, ¿en algo mejoraría la calidad ambiental del Paraguay y la calidad de vida de sus habitantes? ¿Sería ello positivo para la credibilidad de las instituciones de la República? Para nosotros resulta evidente que la respuesta debe ser negativa en ambos casos.

Sin embargo, también nos resulta evidente que no hacer nada y permitir que sigan circulando vehículos que, si bien no en forma individual pero sí en la sumatoria constituyen una seria amenaza a la salud pública, sería una respuesta absurda y poco razonable por parte de las instituciones de la República.

Por suerte para nosotros –para todos nosotros, se entiende–, las normas legales actualmente vigentes y las reglas de interpretación de ellas comúnmente aceptadas (sobre todo, las de razonabilidad y de coherencia del sistema jurídico), nos permiten esbozar una solución distinta y mucho más razonable.

Creemos que el MSPBS y la SEAM deberían promulgar una norma administrativa de alcance general en la que se fijara por un lado, los límites máximos de inmisión (esto es, de concentración de contaminantes en el aire) en áreas geográficas determinadas y por períodos de tiempo determinados por encima de los cuales existiera evidencia o indicios científicos serios de que la salud de la población estaría en peligro y, por el otro lado, los límites máximos de emisión que pudieran significar, en forma individual y por su magnitud, un serio peligro de que se superaran los límites máximos de inmisión para el área geográfica en cuestión. Por supuesto, para determinar los límites máximos de emisión individual debería determinarse el porcentaje de incidencia (un estimativo) en los límites máximos de inmisión de la sumatoria de las emisiones bagatelarias.

Sobre estas últimas emisiones (las bagatelarias) entendemos que podrían operar las reglas jurídicas que sancionaran y promulgaran los gobiernos municipales. El fundamento para la validez constitucional de estas normas sería que no habría violación

alguna al principio unitario de gobierno, por una doble razón: 1.- no se trata de un ámbito de competencia asignado a ninguna agencia del Poder Ejecutivo (el MSPBS y la SEAM sólo podrían promulgar una norma que fuera funcional para completar el tipo penal en blanco⁸³⁵ del artículo 198 del CP que, como ya vimos, no se encarga de los hechos bagatelarios); y 2.- existe una atribución legal de competencia a los gobiernos municipales que emana de los artículos de la Ley 1294/87 que hemos citado ut supra.

En efecto, nosotros entendemos que los artículos 17, 18, 38, 42, 44, 46 y 47 de la Ley 1294/87, a la luz del artículo 168 de la Constitución y conjugados con las reglas que hemos citado de las leyes 836/80, 1160/97 y 1561/00, sirven de fundamento más que suficiente para que los gobiernos municipales sancionen y promulguen Ordenanzas que establezcan límites máximos de emisión de gases contaminantes a la atmósfera que sean más estrictos que los que determinen el MSPBS y la SEAM en ejercicio de sus atribuciones y obligaciones legales.

Al promulgar este tipo de Ordenanzas los gobiernos municipales estarían contribuyendo a proteger la salud de las personas y a preservar el medio ambiente y el equilibrio ecológico ejercitando facultades propias, ya que estarían previniendo el aumento del nivel de inmisión general y corrigiendo conductas antes de se dé paso a hechos más graves que podrían derivar en la comisión de un delito ambiental (esto último sobre todo en el caso de industrias).

Asimismo, le estarían dando coherencia al sistema de división de competencias plasmado en la Constitución y en las leyes, fortaleciendo la presencia del Estado en todos los niveles, porque estarían actuando sobre las causas más atomizadas de la contaminación atmosférica. Repárese que en este caso ya no serían sólo los fiscales ambientales y la Policía Nacional quienes deberían combatir, prevenir y buscar la sanción de este tipo de contaminación en todo el territorio nacional, sino que esas tareas estarían a cargo de los inspectores o los policías municipales y de los jueces de faltas de cada uno de los municipios del país en un ámbito de actuación geográfica muchísimo más limitada que en el primer caso. Por el contrario, el sistema penal ambiental sólo intervendría en

⁸³⁵ Si bien reconocemos como un hecho de la realidad jurídica paraguaya la proliferación de normas penales en blanco, sobre todo en el ámbito penal ambiental, no por ello estamos de acuerdo con esta técnica legislativa, que consideramos inconstitucional, por violar los principios de legalidad y de reserva. Creemos que es posible (y deseable) la sanción y promulgación de una ley que establezca los límites máximos de inmisión en y de emisión a la atmósfera de gases contaminantes que complete el tipo penal del Art. 198. Los niveles máximos recomendados no varían significativamente en el tiempo, por lo cual no puede acudirse al argumento –falaz, por cierto- de que es una cuestión en constante cambio por los avances de la ciencia. Por supuesto, esta norma debería ser propuesta por las autoridades a quienes por ley se les ha encomendado esta tarea, el MSPBS y la SEAM. Ello inclusive encuentra sustento legal en el Art. 12 inciso “e” de la Ley 1561/00 que establece como función, atribución y responsabilidad de la SEAM “elaborar anteproyectos de legislación adecuada para el desarrollo de las pautas normativas generales establecidas en esta ley”.

casos de contaminación atmosférica grave, esto es, en casos en que estuviera en peligro o se hubiera dañado a la salud de la población⁸³⁶.

Además, las autoridades municipales tienen la posición de garantes con respecto a los bienes jurídicos “salud pública” y “medio ambiente” debido a las atribuciones y responsabilidades con los que la ley los ha investido. Por lo tanto, deben impedir que la suma de conductas bagatelarias cause daños graves al ambiente o a la salud de las personas y, asimismo, a tal fin, deben ejercitar todas sus capacidades jurídicas de regulación y de aplicación. De lo contrario, podrían ser objeto de persecución penal por infringir el artículo 198 en su forma omisiva, esto es, por abstenerse de ejercitar sus capacidades reguladoras en materia de emisiones de gases contaminantes a la atmósfera y/o de aplicar las normas que se hubieran dictado en su consecuencia.

Por otra parte, ante la ausencia de normas nacionales que determinen los límites máximos de inmisión en y de emisión a la atmósfera de gases contaminantes, los gobiernos municipales se encuentran habilitados a sancionar y promulgar Ordenanzas en las que se establezcan esos límites. Por supuesto, ante la existencia de las normas nacionales debería analizarse, en su caso, la compatibilidad entre ambas ya que las normas municipales sólo podrían ser más estrictas que las nacionales, nunca menos exigentes.

Nótese que hemos mencionado que los límites que establecieran las municipalidades se aplicarían tanto a fuentes fijas como a móviles y que no hemos hecho esta distinción al hablar sobre los límites que deberían establecer el MSPBS y la SEAM. Ello obedece a una razón muy sencilla: no concebimos la existencia de una fuente móvil que por sí sola pueda emitir gases contaminantes en una cantidad tal pueda poner en riesgo o dañar la salud pública, que son los límites que deberían determinar en conjunto el MSPBS y la SEAM. Las emisiones riesgosas para la salud pública típicamente provendrán de fuentes fijas con capacidad de producción de emisiones muy significativas.

8. El Rol De La DINATRAN

Finalmente, queremos mencionar que los límites de emisión de gases contaminantes que ha establecido la DINATRAN por medio de la Resolución 11/05 sólo son aplicables al transporte público de pasajeros y de cargas, como parte del procedimiento de verificación técnica vehicular y no tienen mayor incidencia en la configuración de la conducta típica prevista en el artículo 198 del Código Penal. Si el incumplimiento de los requisitos técnicos de dicha Resolución fuera suficiente para configurar una conducta sujeta a persecución penal estaríamos ante una situación de evidente desigualdad ante la ley. En

⁸³⁶ Por supuesto que por más que las municipalidades sean autoridades competentes para determinar los niveles máximos de emisión de gases contaminantes a la atmósfera, sus normas generales no serían idóneas para completar el tipo penal en blanco del Art. 198. De lo contrario, sucedería que la contaminación del aire sería perseguible en una municipalidad y no en otra, o bien, lo que sería un hecho punible en una no lo sería en otra, con evidente menoscabo al principio unitario de gobierno y del principio de igualdad ante la ley.

efecto, el dueño de un automóvil particular que superara esos límites no tendría sanción penal pero sí la tendría el dueño de un vehículo sujeto a las regulaciones de la DINATRA, con evidente menoscabo a la garantía constitucional de igualdad ante la ley (Art. 46 de la Constitución). Es más, se produciría una violación más grave aún del principio de igualdad ante la ley: la emisión de grandes volúmenes de gases contaminantes a la atmósfera quedaría impune; sin embargo, la violación a los límites de la Res. 11/05 haría que esa conducta fuera objeto de persecución penal, algo fuera de toda lógica.

9. Algunas Consideraciones Sobre La Realidad Normativa De La Emisión De Gases Contaminantes

Por increíble que parezca, en la actualidad no existe una norma administrativa de alcance general que establezca los límites máximos de inmisión en y emisión a la atmósfera de gases contaminantes que pueda utilizarse para completar el tipo penal en blanco del artículo 198 del CP.

Esta situación da lugar a que la Unidad Especializada en Hechos Punibles contra el Medio Ambiente del Ministerio Público se vea imposibilitada de perseguir la sanción de este delito y que se generen confusiones acerca de qué le compete a cada quien.

Para nosotros es inadmisibles que el MSPBS y la SEAM se hayan abstenido de coordinar sus esfuerzos para realizar una actividad a la que estaban obligadas por ley y que con ello hayan dejado, en los hechos, sin protección jurídica a uno de los elementos claves para hacer efectivo el derecho humano de las personas que habitan el territorio de la República del Paraguay a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado⁸³⁷.

Compartimos sin excepciones la opinión de Enrique A. Sosa⁸³⁸ de que ante situaciones de abstención de la administración a cumplir con los deberes a los que está obligada por Ley puede ocasionar perjuicios tanto al administrado (en nuestro caso, todos los habitantes de la República del Paraguay afectados en su derecho colectivo o interés difuso a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado) como a la propia administración y que, ante el silencio indefinido de la Administración, debe el Poder Judicial intervenir – a pedido de parte⁸³⁹ - para hacer cesar ese estado de paralización, no

⁸³⁷ Sobre la caracterización del derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado como un derecho humano, ver el Art. 11 del Protocolo de San Salvador (Ley 1040/97), el Acuerdo y Sentencia Número 98 del 5 de abril de 1999, CSJ y el Acuerdo y Sentencia Número 78 del 18 de agosto de 2003, Tribunal de Apelaciones del Menor y la Adolescencia de Asunción. Ver también, Ezequiel F. Santagada. *Legislación Ambiental para la Región Chaqueña. Un análisis jurídico trinacional para la búsqueda de criterios armónicos*; Capítulo Paraguay, IDEA, UICN, Asunción, 2006.

⁸³⁸ Enrique A. Sosa Elizeche. *El Amparo Judicial*; páginas 104 a 108, Editorial La Ley Paraguaya, Asunción, 2004.

⁸³⁹ En este caso, cualquier persona podría solicitarlo invocando la garantía del Art. 38 de la Constitución. También podría hacerlo el Área de Competencia en lo Tutelar del Ministerio Público, puesto que entre sus funciones se encuentra la de promover acciones en defensa de bienes o intereses colectivos cuando la

sustituyendo la actividad administrativa, sino provocando un pronunciamiento mediante emplazamientos a los órganos administrativos. Asimismo, coincidimos en que “el Poder Judicial debe tener y tiene facultades para poner fin a la omisión indefinida e ilegítima del órgano administrativo, emplazándolo para que se pronuncie o cese la omisión (...)” y que “en nuestro derecho ante la inexistencia de normas que permitan atribuirle valor al silencio o de otros medios legales con los que se pueda obligar al órgano administrativo a manifestarse, cabe la utilización del Amparo para perseguir ese pronunciamiento”.

Finalmente, creemos que, sin perjuicio de la eventual utilización de la jurisdicción para hacer cesar este estado de parálisis administrativa en la que han incurrido tanto el MSPBS como la SEAM, debería hacerse uso de los canales previstos en la Ley 1561/00 que instituyó el Sistema Nacional del Ambiente “para evitar conflictos interinstitucionales, vacíos o superposiciones de competencia y para responder con eficiencia y eficacia a los objetivos de la política ambiental” (Art. 2, in fine, Ley 1561/00).

10. Conclusiones

A modo de resumen, presentamos nuevamente nuestras principales conclusiones:

- ✓ El MSPBS y la SEAM, en forma coordinada, deben determinar los límites máximos de inmisión en y de emisión a la atmósfera de gases contaminantes⁸⁴⁰.
- ✓ En caso de que el MSPBS y la SEAM continuaran absteniéndose de determinar esos límites, sería procedente una acción de amparo por la cual se los obligara a determinarlos.
- ✓ Los límites de inmisión en y emisión a la atmósfera de gases contaminantes que determinaran el MSPBS y la SEAM serían los únicos idóneos para llenar el tipo penal en blanco del Art. 198 del CP.
- ✓ Los gobiernos municipales se encuentran legalmente habilitados a sancionar y promulgar Ordenanzas que establezcan límites a la emisión de gases contaminantes a la atmósfera siempre y cuando esos límites sean más estrictos que los que determinen el MSPBS y la SEAM.

comunidad afectada no esté en condiciones de ejercer las acciones o los recursos por sí misma (Art. 42 Ley 1562/00 “Orgánica del Ministerio Público”).

⁸⁴⁰ Otra cuestión preocupante de la realidad jurídica paraguaya es que no sea práctica habitual publicar las resoluciones reglamentarias de alcance general que promulgan las agencias del Poder Ejecutivo. Creemos que esta práctica no se compadece con la plena vigencia de un sistema republicano de gobierno en el que, por definición, los actos de gobierno son públicos y deben darse a conocer. Más grave aún es la situación cuando esas normas reglamentarias son utilizadas para completar tipos penales en blanco, lo que nos lleva a la situación aberrante de que haya condenas judiciales basadas en normas que, ni siquiera formalmente (por caso, que sean publicadas en la Gaceta Oficial), pudieron ser conocidas por los condenados.

POLUCIÓN SONORA

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Concepto De Polución Sonora

La Ley 1100/97 “De prevención de la polución sonora” establece los derechos y obligaciones de las personas con relación a la polución sonora. Esta ley no posee una definición de polución sonora pero podríamos precisarla como aquella contaminación que sobrepasa los límites tolerables de sonido y que puede así, llegar a causar trastornos físico-psíquicos a una persona.

A grandes rasgos, la Ley 1100/1997 mantiene los niveles máximos de ruido permitidos por debajo de los máximos aceptados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). La OMS caracteriza como “ruido” a todo “sonido indeseable (o molesto)” (“unwanted sound”)⁸⁴¹. Los límites máximos de sonidos no indeseables son 55 decibeles continuos en horario nocturno -nivel más allá del cual el sonido se convierte en molesto para dormir (“disturbing to sleep”)- y 65 decibeles continuos en horario diurno. Los trastornos auditivos (“hearing impairment”) aparecen al superarse los 75 decibeles.

2. Ley 1100/97 Y Artículo 2000 Del Código Civil

Previo a la sanción de esta ley, las consecuencias por la generación de ruidos o sonidos molestos estaban reguladas en la legislación paraguaya en el artículo 2000 del Código Civil, que trata sobre el uso nocivo de la propiedad. Tanto en este artículo como en la Ley 1100/97, el bien jurídico protegido es la salud⁸⁴². Esta última legislación viene a complementar –sin derogar- el sistema del artículo 2000 del Código Civil, ya que abarca mayores supuestos que los previstos en este.

En efecto, el artículo 2000 del Código Civil sólo es aplicable a los ruidos provenientes de propiedades inmuebles, que afecten a vecinos de otras propiedades inmuebles. La Ley 1100 prohíbe la emisión de sonidos molestos no sólo en éste sino en todo otro supuesto susceptible de generar esos sonidos molestos. Así, la enumeración que realiza el artículo 1 debe entenderse a mero título enunciativo y no en forma taxativa; el final de este artículo (“y toda actividad pública o privada que produzca polución sonora.”) nos permite sugerir esta interpretación.

⁸⁴¹ OMS, Environmental health information-Guidelines for community noise, http://www.who.int/environmental_information/Noise/ComnoiseExec.htm

⁸⁴² Artículo 2000 Código Civil “impedir que el mal uso de la propiedad vecina pueda perjudicar la seguridad, el sosiego y la salud”; artículo 7 de la Ley 1100: “A los efectos de esta ley se entienden por ruidos y sonidos molestos aquellos que por su intensidad o duración causan mortificación auditiva o que puedan provocar daños a la salud física o psíquica de las personas.”

El fundamento último de ambos textos legales puede encontrarse en la repulsa que el ordenamiento jurídico hace del ejercicio abusivo de los derechos (artículo 372 Código Civil). Nadie en el ejercicio de sus derechos está autorizado a provocar un daño ilegítimo a terceros. Por supuesto, no está prohibido que en el regular ejercicio de un derecho se pueda llegar a causar perjuicios o molestias a un tercero; en cada caso, la ley regula los parámetros de tolerabilidad de esos perjuicios o molestias. Sin embargo, cuando esos perjuicios o molestias se producen -o existe peligro de que ocurran- a través de una relación de causalidad adecuada y, además, afectan la salud, dejan de ser tolerables. La afectación del derecho a la salud es un perjuicio intolerable.

La Ley 1100/97 viene también a precisar la interpretación que debe dársele al término “tolerable” usado en el artículo 2000 del Código Civil, exclusivamente en lo que se refiere a ruidos o sonidos. A partir de la entrada en vigencia de esta ley los niveles establecidos en ella deberán interpretarse en principio como el límite de tolerabilidad de los ruidos o sonidos molestos. En principio, pues en el ámbito de aplicación del artículo 2000 Código Civil siempre podría probarse que la afectación a la salud, o el peligro de que ella ocurra, fuera a niveles distintos que los previstos en la Ley 1100.

Pangrazio⁸⁴³, al comentar el artículo 2000 del Código Civil, cita como una de sus fuentes el artículo 2618 del Código Civil Argentino. La jurisprudencia de ese país siempre ha sostenido que “la normal tolerancia a que la ley (artículo 2618 Código Civil) se refiere, es en realidad una fórmula abstracta, pues es el juez quien dirá cuál es esa normal tolerancia en el caso concreto que se le presente” (Cámara Civil y Comercial de Morón, Provincia de Buenos Aires, sala 2da., abril de 1994; en autos “Vinci c./ Schwartz y otro”).

Esa normal tolerancia no siempre ha coincidido con los límites previstos en la legislación, por ejemplo: “La reglamentación municipal ha variado respecto de la cantidad de decibeles exigibles para constituir el límite de tolerancia de los ruidos producidos por la actividad industrial. Así, la reglamentación municipal, partiendo de 38 decibeles como ruido de fondo, considera excesivos los de 48 y 54 decibeles correspondientes a los ruidos nocturnos producidos por la actividad de la accionada. En cambio, la posterior reglamentación 39.025 sigue un método inverso, pues compara los ruidos con el nivel corregido del ruido definido como criterio básico; de esta forma, el criterio básico corregido es de 50 decibeles. Por lo tanto, si los ruidos nocturnos provocados por la demandada son de 54 decibeles (es decir un exceso de 4 decibeles al fijado por la norma), no se explica ni se justifica calificarlos de ruidos molestos” (Cámara Nacional de Apelaciones en Civil de la Ciudad de Buenos Aires, sala D, 17 de marzo de 1989, en autos “Fortunato y otros c./ El Hogar Obrero Cooperativa de C.E.C.I.”).

⁸⁴³ PANGRAZIO, Miguel Ángel, Código Civil Paraguayo Comentado. Libro 4 (4ta. Edición) página 142; Intercontinental Editora, 1996, Asunción.

En sentido contrario, jurisprudencia más reciente ha sostenido: “la circunstancia de que el nivel sonoro supere los máximos admisibles en un margen relativamente escaso, no significa que no existan ruidos molestos, pues aquellos tornan aplicable el art. 2618 del CC ya que exceden -en cualquier medida- la normal tolerancia, debajo de cuyo límite el propietario debe soportar una serie de incomodidades derivadas de los inmuebles próximos en aras a la convivencia pacífica en la civilización moderna, resultando una restricción al derecho de propiedad establecida en interés recíproco de los vecinos” (Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala II, “P. de T., J. y otro c./ Edenor S.A.”, La Ley 2000-D-726, DJ 2000-3-462; en similar sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, “Luqui, Juan B. c./ Los Inmortales”, del 25-4-96, La Ley 1997-D-857; “Atucha, Mónica Nidia c/ Alexander Fleming S.A. s/ daños y perjuicios”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, marzo de 2007).

“Las pautas directrices que el juez debe conjugar, son: la normal tolerancia de las molestias que algunos autores emplazan en un ámbito más genérico (“las circunstancias del caso”), las condiciones del lugar, el uso y ejercicio regular de la propiedad, las exigencias y necesidades de la producción, la prioridad en el uso y, por último, la autorización administrativa (Galdós, Jorge Mario, “Las exigencias de la producción y el uso regular de la propiedad -art. 2618 última parte, Código Civil-. Su vinculación con el “derecho ambiental”. Zonas residenciales y zonas industriales”, en “Relaciones de vecindad”, “Revista de Derecho de Daños”, Rubinzal, 2005-2, págs. 215-6)”.

“Esta norma, incorporada por la reforma de 1968, tuvo como propósito completar importantes omisiones del Código de Vélez y reconoce como fuente al art. 844 del moderno código italiano de 1942 (Andorno, Luis O., “Las relaciones de vecindad”, en “Relaciones de vecindad” cit., pág. 10), y según interpreta nuestro más Alto Tribunal, confiere amplias facultades al juez al autorizarlo a optar, según las circunstancias del caso, entre la reparación de los daños o la cesación de las molestias (CSJN, “Piaggi, Ana I. c/ Embajada de la República de Iran s/ Ds. y Ps.”, del 10-02-98, LL 1998-C-487, DJ 1998-2-298), satisfaciendo de tal manera los diversos propósitos del actual Derecho de daños: función de prevención (actuación ex ante), cesación (actuación contemporánea al hecho nocivo) o reparación (actuación ex post al acaecimiento del daño).”⁸⁴⁴.

Nótese lo pertinente de esta cita si la comparamos con el último párrafo del artículo 2000 del Código Civil paraguayo: “Según las circunstancias del caso, el juez puede disponer la cesación de tales molestias y la indemnización de los daños, aunque mediare autorización administrativa”.

El factor de atribución de responsabilidad por daños que debe aplicarse a estos daños es el objetivo. También la jurisprudencia argentina es unánime al respecto; incluso desde mucho antes de que la responsabilidad objetiva fuera expresamente prevista en el

⁸⁴⁴ Cita extraída del fallo “Atucha, Mónica Nidia c/ Alexander Fleming S.A. s/ daños y perjuicios”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, marzo de 2007.

Código de Vélez Sarsfield. En autos “Germegnani c./ Frascaroli” de 1936, la Justicia de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires sostuvo que “en sus artículos 2618 y 2619, (el código de Vélez) se aparta de la doctrina del 1109 (responsabilidad por culpa) y sienta la obligación de indemnizar por los ruidos molestos en el principio de la responsabilidad objetiva”.

3. Competencia Administrativa y Judicial. Sanciones

Si bien la Ley 1100 en el artículo 11 establece la competencia de la autoridad administrativa municipal o policial, en su caso, para recibir denuncias por infracción a esta ley; entendemos que por la naturaleza del bien jurídico protegido (la salud, como ya se mencionó; derecho humano fundamental) siempre estaría expedita la vía judicial; incluso sin necesidad de previo reclamo administrativo (en el caso de que se interpusiera, por ejemplo, una acción de amparo)⁸⁴⁵. Por supuesto, además, la vía jurisdiccional siempre encontraría su cauce si se tratara de uno de los casos abarcados por el artículo 2000 del Código Civil (uso nocivo de la propiedad) y, en estos supuestos, la jurisprudencia mencionada cobraría toda su relevancia.

Está de más decir que la tramitación judicial de una causa por ruidos molestos no obsta a las sanciones que por infracción a la ley fueran procedentes en sede administrativa⁸⁴⁶. En cuanto a estas sanciones, la ley ha optado por “delegar” en la administración municipal la tipificación concreta de cada infracción. Si bien preferimos que toda infracción y su sanción sean calificadas y graduadas por ley en cumplimiento de la máxima constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ya que la configuración de un delito, por leve que sea, es de la esencia del poder legislativo -si no, no se cumpliría la máxima constitucional de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, artículo 9 de la Constitución- la vía elegida por el legislador es ajustada a derecho pues establece las condiciones en que una falta se produce (infracción a la ley) y la sanción que le corresponde.

Eso sí, a diferencia de lo que ocurre con la Ley 825/96 “De protección de no fumadores”, que es aplicable por las autoridades municipales sin necesidad de que medie una Ordenanza que la incorpore, en el caso de la Ley 1100/97 esa Ordenanza sí es necesaria. En efecto, el artículo 13 establece que “la transgresión a la presente ley será sancionada con multas que serán establecidas por ordenanzas y no podrán exceder el

⁸⁴⁵ Aquí es importante tener en cuenta el precedente de nuestra Corte Suprema de Justicia sentado mediante Acuerdo y Sentencia 180 del 28 de mayo de 1996 en la causa “Rubín”: “Toda la normativa de la Constitución parte de un supuesto fundamental: la dignidad de la persona humana. (...) El Estado se constituye con el propósito, con la finalidad, de tornar vigentes y operantes los derechos humanos”. “La institución del amparo está arbitrada, básicamente, para precautelar de manera expedita la vigencia y ejercicio de derechos humanos que hacen a la dignidad de las personas. De suerte que, aún constituyendo un procedimiento de naturaleza excepcional, no puede ser considerado y juzgado con el ritualismo propio de otro tipo de procedimientos”.

⁸⁴⁶ De hecho, en el caso “Atucha” (ver, *supra*, nota 4), el expediente contravencional en sede administrativa tramitó en forma paralela al expediente ante la Justicia Civil de la Ciudad de Buenos Aires.

valor de cincuenta jornales mínimos y que podrán conllevar la inhabilitación del local de reunión, el retiro del automotor de la vía pública y, en el caso de equipos sonoros, la suspensión de los responsables de los mismos por el tiempo que establezca la reglamentación municipal”. Dado que los gobiernos municipales tienen por objeto “la protección de la salud y la seguridad de las personas” (Art. 17, Ley 1294/87) y las Juntas Municipales están facultadas a establecer regulaciones en materia de higiene, salubridad y servicio social, atendiendo las disposiciones pertinentes del Código Sanitario, la sanción y promulgación de estas Ordenanzas requerirá como trabajo previo la armonización de sus disposiciones con las del Código Sanitario (Arts. 128 a 130)⁸⁴⁷.

Esta situación, por otra parte, es reveladora de la plena vigencia del artículo 2000 del Código Civil, ya que sería contrario al principio unitario de gobierno que el Código Civil pudiera ser parcialmente modificado, y por ende, parcialmente aplicado, según lo decidiera cada una de las Juntas Municipales del país.

Debe advertirse que las infracciones administrativas sólo podrían sancionar las emisiones de ruido que afectaran la seguridad o sosiego de las personas (artículo 2000 del Código Civil), no así la afectación grave de la salud, conducta que está penalizada por el artículo 198 del Código Penal.

Tanto en el supuesto de aplicación de la ley penal como de la ley administrativa, puede acudir también a la ley civil como medio de hacer cesar preventivamente los ruidos y/o para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados al sosiego y/o a la salud. Por supuesto, el artículo 2000 del Código Civil también sería idóneo para que, incluso durante la tramitación de un proceso penal, un juez dispusiera como medida cautelar la cesación inmediata de los ruidos o trepidaciones de efecto perjudicial.

⁸⁴⁷ Art.128.- En los programas de planificación urbana, higiene industrial y regulaciones de tránsito se considerarán a los ruidos, sonidos y vibraciones, agentes de tensión para la salud. Art.129.- El Ministerio arbitrará las medidas tendientes a prevenir, disminuir o eliminar las molestias públicas provenientes de ruidos, sonidos o vibraciones que puedan afectar la salud y el bienestar de la población, y a su control en coordinación con las autoridades competentes. Art.130.- El Ministerio identificará y examinará las fuentes y formas prevalentes de ruidos, sonidos y vibraciones que afecten o puedan afectar a la salud debiendo establecer normas relativas a los límites tolerables de su exposición a ellos.

LEY 825/96 DE PROTECCIÓN DE NO FUMADORES

Por Ezequiel Francisco Santagada

El fumar es un hábito humano muy extendido e, incluso, para algunas culturas, fumar tabaco tenía y tiene un profundo sentido religioso,⁸⁴⁸ pero pese a ello esta actividad es lesiva para la salud humana.

Sin embargo, por la índole del daño que el tabaco produce a quien lo fuma la actividad de fumar en privado estaría amparada por la garantía del artículo 33 de la Constitución. En efecto, no es un daño que ponga en peligro la salud del fumador en forma inmediata y, por otra parte, las consecuencias perjudiciales no se manifiestan de la misma manera en todas las personas.

Pero hay que destacar que el tabaco no agota sus efectos nocivos sobre quienes lo fuman sino que es especialmente peligroso para la salud de los no fumadores que entran en contacto con el humo expelido por los fumadores.⁸⁴⁹

La constitución reconoce los derechos humanos a la vida, a la salud y a un medio ambiente sano (artículos 4, 68 y 7, respectivamente). Por consiguiente, está implícito el derecho de todo ciudadano a que no se menoscabe en forma arbitraria su salud personal cuando se introducen en su entorno vital sustancias nocivas. Por otra parte, también en el artículo 4, se establece que el Estado paraguayo está compelido a proteger la integridad física y psíquica de las personas.

Con este marco normativo, pueden considerarse perfectamente razonables las limitaciones de fumar en lugares públicos cerrados que impone La Ley 825; ellas se enmarcan dentro de una práctica normativa mundial que restringe la afectación del derecho a la salud de los no fumadores.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 825 prohíbe “el consumo de tabaco o sus derivados en los lugares que a continuación se enuncian, salvo en aquellos sitios especialmente habilitados para el efecto: a) Coliseos cerrados, salas de cine, teatros, bibliotecas, museos y cualquier otro recinto cerrado destinado a actividades públicas; b) Las unidades del transporte público de pasajeros, tanto terrestre como aéreo, ferroviario, marítimo y fluvial; c) Los espacios cerrados de los centros de enseñanza, como son aulas y salones de conferencias; d) Las áreas cerradas de hospitales, sanatorios, centros de salud, puestos de socorro y similares; e) Las áreas de atención al público y espacios destinados a reuniones en oficinas estatales; f) Dentro de instalaciones cerradas que sirven de expendio al detalle de alimentos, abastos, supermercados y afines; g) En los

⁸⁴⁸ “La historia del tabaco”, en http://www.mac-baren.com/espanol/historie/bag_tobakken.htm

⁸⁴⁹ Agustín Gordillo y otros, “Derechos Humanos”, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, cap. IX, p. 6.

restaurantes, bares o similares se establecerán áreas o zonas separadas para los no fumadores; y, h) Los ambientes cerrados de trabajo, como minas, fábricas y talleres”.

Como observación podría destacarse que la no enumeración taxativa de la prohibición de fumar en oficinas privadas donde trabaje más de una persona o se atienda al público no es óbice para que esta prohibición se haga extensiva a las mismas. La ley prohíbe fumar en lugares de trabajo cerrados (Art. 1, inciso “h”) y cita como ejemplo algunos de ellos (minas, fábricas y talleres). Por lo tanto, debe interpretarse en forma amplia la prohibición de fumar en “ambientes de trabajo cerrados”.

El artículo 3 establece que “en las áreas y sitios descritos en el artículo 1 deberán fijarse en lugares visibles el texto "Prohibido Fumar" o el símbolo que exprese la prohibición del consumo de tabaco o sus derivados, en carteles de un tamaño no menor a 30 cm. de largo por 14 cm. de ancho”.

Los artículos 4 y 5 establecen, respectivamente: “la violación o contravención de las disposiciones del artículo 3o. será sancionada con una multa equivalente a diez jornales mínimos diarios aplicada a los propietarios o responsables de los mismos”; “la violación o contravención del artículo 1o. será sancionada con multas de dos salarios mínimos diarios”.

Es sumamente importante destacar que, según el artículo 8 “las autoridades municipales serán las encargadas de la aplicación de esta Ley, a través de la Policía Nacional”. Al respecto, cabe mencionar que el artículo 1 de la Ley 1276/98 sobre Régimen de Faltas Municipales establece que “son faltas o contravenciones toda acción u omisión, calificada como tal, que transgreda normas jurídicas de carácter municipal y las de carácter nacional cuya aplicación haya sido delegada a la Municipalidad”. En este caso, las Municipalidades están facultadas a aplicar directamente esta norma legal, sin necesidad de incorporarla a través de Ordenanzas.

Eventualmente, las Municipalidades podrán establecer mediante Ordenanzas condiciones más estrictas para fumar en público que las que establece la Ley 825. Ello es así porque los gobiernos municipales tienen por objeto “la protección de la salud y la seguridad de las personas” (Art. 17, Ley 1294/87) y las Juntas Municipales están facultadas a establecer regulaciones en materia de higiene, salubridad y servicio social, atendiendo las disposiciones pertinentes del Código Sanitario. Así, el artículo 42, inciso “c”, de la Ley 1294/87 faculta a las Juntas Municipales a “dictar normas sobre el control higiénico de los edificios, locales y sitios destinados a espectáculos públicos y, en general, los lugares de reunión o de convivencia social”. Por otra parte, el artículo 47 in fine de la misma Ley establece: “Le incumbe también las funciones normativas que no estando expresamente establecidas en la ley, deriven de la naturaleza y objeto de la institución municipal”.

Finalmente, es necesario detenerse en la redacción del artículo 10 de la ley, el cual – al estipular un plazo para el cumplimiento de las multas fijadas en los artículos

precedentes- establece que su incumplimiento hará “caer” (sic) al “afectado” (en rigor, no es afectado, sino infractor) en reincidencia. Al respecto, es preciso aclarar que el incumplimiento de una sanción no acarrea la reincidencia. La reincidencia consiste en cometer dos o más veces la misma falta o delito, no en el incumplimiento de una sanción. De todos modos, el sentido es claro y debe interpretarse así: quien no cumpla con una sanción verá duplicada la multa que le hubiere sido impuesta.

CAPÍTULO X
RÉGIMEN SANCIONATORIO

DELIMITACIÓN ENTRE LOS ILÍCITOS PENALES Y ADMINISTRATIVOS

Por Alma Poletti Merlo

1. Introducción

Nuestra Constitución en sus artículos 7 y 8 ha reconocido el derecho de toda persona a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Asimismo ha establecido la obligación de regular, prohibir, restringir y sancionar legalmente, todas aquellas actividades susceptibles de producir alteración ambiental.

En respuesta a estos mandatos constitucionales, el orden jurídico nacional ha previsto sanciones para los hechos atentatorios contra el ecosistema.

Para reprimir o frenar los excesos que se producen contra el medio ambiente en las actividades humanas y más especialmente, en las actividades económicas, los Estados han visto necesario sancionar en sus normas jurídicas al hecho ilícito que produzca un daño o peligro para el equilibrio ecológico.

Hay diferentes vías en el derecho para emprender acciones legales contra las agresiones al medio ambiente y los recursos naturales, estas se fundamentan en tres tipos: Civil, Administrativa y la Penal.

En el presente trabajo trataremos principalmente de las sanciones administrativas y las penales, las interrelaciones y semejanzas que existen entre las mismas, y los principales criterios que se han desarrollado para diferenciarlas. Pues, por más de que respondan a distintos fines y principios, la coexistencia entre una y otra clase de normas sancionatorias se presta a numerosas confusiones a la hora de su aplicación, resultando muchas veces en ineficiencia o violaciones a principios constitucionales.

Estos últimos años se han caracterizado por una excesiva criminalización de los ilícitos ambientales, resultando en una innecesaria sobrecarga al sistema penal, siendo que existen medios más rápidos y apropiados para el tratamiento de cuestiones que no revisten la gravedad necesaria.

Uno de los motivos que ha dado pie a esta situación es la ineficiencia del orden administrativo sancionatorio, que al no contar con un procedimiento claro para la aplicación de sanciones, se vuelve sumamente lento o injusto. Asimismo, por el carácter intimidatorio que reviste el proceso penal, parecería ser una solución más rápida y eficiente.

Ante esta situación, la Secretaría del Ambiente, como órgano administrativo encargado de perseguir las infracciones, ha promulgado en el año 2005 la Resolución N° 1881/05 “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las leyes de las cuales la Secretaría del Ambiente es autoridad de aplicación, así como la imposición de las eventuales sanciones”

Mediante esta resolución la Secretaría del Ambiente ha dado un importante paso en aras a mejorar su gestión en este aspecto. Mas su aplicación es todavía muy reciente, y en la práctica la barrera entre el orden penal y el administrativo parece seguir siendo muy confusa.

Es por eso que la delimitación conceptual entre los ilícitos administrativos y los ilícitos penales, merece un análisis detallado tanto doctrinal como jurisprudencial. A los efectos de poder determinar los criterios que guiarán a las autoridades correspondientes, a la hora de decidirse por imponer una sanción administrativa o penal.

2. Ilícitos y Sanciones Administrativas

El término sanción administrativa tiene tradicionalmente dos acepciones diferentes: una, para denominar a aquellas sanciones impuestas por normas surgidas en el ámbito del ejercicio de la autoprotección o autotutela que caracterizan a la Administración; y aquellas derivadas de la actividad de protección del orden general.

La primera clase es aquella que se refiere a la potestad sancionatoria de la Administración, con miras al buen funcionamiento interno de la misma, con efectos sólo respecto de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento, y no contra los ciudadanos en abstracto.

La segunda, se refiere a las sanciones impuestas por la Administración en que ésta no busca su propia protección como organización o institución, sino que se justifica en la protección del orden social general. A esta segunda clase es a la que hacemos referencia en el presente trabajo, pues es la que presenta rasgos mayormente similares a las del orden penal, prestándose frecuentemente a confusiones.

Eduardo Jorge Prats, define las sanciones administrativas como "un acto dictado a través del procedimiento correspondiente que impone un mal jurídico al administrado, privando, limitando o restringiendo parte de sus derechos o imponiendo ciertas obligaciones de hacer o no hacer, como consecuencia del cumplimiento de una obligación legalmente predeterminada".⁸⁵⁰

⁸⁵⁰ PRATS, Eduardo Jorge. “Derecho Constitucional” Volúmenes I y II” (Santo Domingo: Gaceta Judicial, 2003 y 2005)

La potestad sancionadora de la Administración Pública es una manifestación del «ius puniendi» único del Estado. El «ius puniendi» del Estado se manifiesta bien a través de sanciones penales o bien a través de sanciones administrativas.

Según Mauricio Castro Lizano, la sanción administrativa es impuesta por la Administración Pública ante un incumplimiento contractual, o por violación a una disposición normativa, previo cumplimiento del debido proceso, comprensivo del principio de intimación, el de imputación, los derechos de audiencia y defensa en sí y los demás derechos atinentes al procedimiento.⁸⁵¹

La mayoría de los países que tienen sistemas constitucionales que consagran la separación de los Estados, han acogido las de las sanciones administrativas fundamentándose en una sentencia del Consejo Constitucional de Francia de 1989 que "ni el principio de separación de los poderes, ni ningún otro principio o regla de valor constitucional, se opone a que una autoridad administrativa, obrando en el marco de prerrogativas de poder público, pueda ejercer un poder sancionador dado que, por un lado, la sanción susceptible de ser impuesta no se refiere a la privación de libertad y de otra parte, como consecuencia de que el ejercicio de la potestad sancionadora es rodeado por la ley de medidas destinadas a salvaguardar los derechos y libertades constitucionales garantizados."

Tal como el derecho penal, la actividad administrativa está limitada por una serie de principios constitucionales que protegen los derechos del administrado. La mayor parte de los autores hacen referencia a los siguientes principios: el de Legalidad, que implica que la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que pueda delegarse en órgano distinto.

Así también el principio de irretroactividad, según el cual serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

El principio de tipicidad, que establece que sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales en una Ley.

También se menciona al Principio de Proporcionalidad, según el cual se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

⁸⁵¹ La definición fue tomada de La Enciclopedia "Salvat para todos", Salvat S.A. Ediciones Italia, España, 1965, Tomo4, Pág. 9.

Otros autores mencionan el debido proceso administrativo, la comparecencia del administrado, así como la prohibición de sanciones administrativas que directa e indirectamente impliquen privación de libertad, etcétera.

Las sanciones administrativas constituyen el principal instrumento de cual se vale el ordenamiento jurídico para garantizar el cumplimiento de la normativa ambiental. Es amplio el campo de aplicación y uso de las sanciones administrativas en materia ambiental. Esto debido a que en una política ambiental eficiente deben de primar medidas tendientes a prevenir la producción del daño ambiental más grave. Pues, en la mayor parte de los casos, su reparación resulta con frecuencia difícil o imposible.

Otra razón que justifica la primacía de las sanciones administrativas es que el derecho ambiental es un derecho cambiante, que se modifica en razón tanto de la creación e introducción de nuevas tecnologías, como por la explotación y uso de los recursos naturales y el ambiente, que son el objeto fundamental de su aplicación.

Es por ello que en casi todas las legislaciones ambientales del mundo, se encuentre la sanción de tipo administrativa, como el instrumento más eficaz, rápido y versátil, es decir, el más idóneo para adaptarse a cuestiones no contempladas en la legislación positiva de un país.

Pero, no sólo se debe a esta premisa, sino también, a que las instituciones encargadas de la de la gestión y protección de los recursos naturales y el ambiente son instituciones gubernamentales que pueden dar respuesta mucho más rápida y efectiva a los problemas de nueva contaminación, omisión de estudios ambientales, estudios de impacto ambiental contradictorios y falseados o incompletos, información real y oportuna, manejo de recursos genéticos, en fin, de elementos que a diario se van sumando como parte del corpus de estudio y regulación del derecho ambiental.

En realidad el derecho ambiental es casi en su totalidad derecho administrativo, buscando tomar todas las medidas cautelares y de seguridad que garanticen que las actividades estén enmarcadas en un respeto al ambiente y los recursos naturales, evitando a toda costa que se produzcan o se pudieran producir daños. Así el derecho penal ambiental es un reforzamiento, que debe servir sólo y cuando el derecho ambiental administrativo no ha sido capaz de cumplir con sus amplísimas funciones, entre otras, la de prevenir el daño.

Las sanciones administrativas ambientales sin embargo, tienen límites impuestos en función de su propia configuración, y es que las mismas no son nunca tan severas como las disposiciones de códigos y leyes penales positivas. Por eso, la aplicación de las sanciones administrativas en derecho ambiental depende de la gravedad del hecho, y si el mismo por sus consecuencias no amerita una sanción administrativa, entonces habrá que pensar en una sanción de carácter más riguroso y serio, como sería una condena penal privativa de libertad o con consideraciones onerosas superiores.

En materia de medio ambiente las sanciones administrativas se clasifican en tácitas y sanciones explícitas. Las primeras se refieren a las que no están expresamente determinadas por la ley, pero que se infieren, a contrario sensu, de la norma prohibitiva de la conducta individual o social cualquiera, que atenta contra el orden público ambiental; estas podrían aplicarse a la violación de una norma ambiental, sin embargo las sanciones explícitas son las que especialmente prescribe la ley y deben aplicarse cuando se incurre en alguna contravención o falta.

Es decir, como las autoridades de control ambiental están investidas de funciones represivas por la ley, convierten las sanciones tácitas en explícitas por medio de la imposición de multas y otras clases de sanciones como decomisos, revocación de permisos ambientales, etcétera. Las sanciones administrativas de nuestra legislación ambiental son, dentro de esta clasificación, de orden explícito.

Las sanciones administrativas generalmente consisten en obligaciones de dar, hacer o no hacer y medidas restrictivas y limitativas. La actuación administrativa suele traer como consecuencia una responsabilidad civil asociada a la falta y una obligación de adoptar medidas que impidan la comisión futura de la falta. Cuando la administración medioambiental inicia un expediente administrativo y sanciona a una empresa, suele imponerse la multa que corresponda a la tipificación de la falta, además suele solicitar una suma de dinero por daños y finalmente suele imponer unas prescripciones técnicas que impidan y/o reduzcan el riesgo de cometer la misma falta.

Las medidas adoptadas por la administración se adoptarán conforme al proceso administrativo correspondiente mediante resolución motivada y hecha por escrito, la cual deberá ser notificada y podrá ser recurrida conforme al procedimiento administrativo.

Las sanciones administrativas ambientales las podemos encontrar en las diferentes leyes destinadas a la protección de los distintos recursos naturales, tales como la Ley 96/92 “De Vida Silvestre”, 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”, 799/96 “De Pesca”, etcétera.

En nuestro país, la Secretaría del Ambiente según su Ley de Creación N° 1561/00, tiene la función de “imponer sanciones y multas conforme a las leyes vigentes, a quienes cometan infracciones a los reglamentos respectivos.” Además la mencionada Ley la convierte en autoridad de aplicación de la mayor parte de las leyes ambientales, por lo que ésta es la principal autoridad administrativa encargada de sancionar las infracciones ambientales.

En el año 2003, en el Estudio “Mejoramiento del Marco Legal Ambiental del Paraguay” (IDEA-USAID) el Instituto de Derecho y Economía Ambiental – IDEA hizo un análisis crítico sobre la forma en que las principales leyes ambientales del Paraguay abordaban todo lo atinente a la aplicación de sanciones por las infracciones a las obligaciones que estas leyes establecían.

Mediante dicho estudio se notaron ciertas falencias, como la carencia de textos legales con sanciones claras y adecuadas para algunas de las conductas prohibidas, así como la falta de un procedimiento único para la aplicación de las sanciones que sí estaban establecidas.

También derivaron ciertas recomendaciones, como la necesidad de que “cada delito e infracción debería tener una sanción preestablecida y en el caso de infracciones, el procedimiento de aplicación de sanciones debería garantizar el derecho de defensa del infractor. Además, en este sistema, luego de aplicada una sanción por una infracción, debería articularse un mecanismo de revisión judicial”.

Dichas falencias se fueron haciendo más evidentes con el transcurso de los años, a medida que fueron aumentando las fiscalizaciones del cumplimiento de las normas legales ambientales.

La carencia en la Secretaría del Ambiente de un procedimiento para los sumarios de investigación de infracciones, derivaba en numerosos problemas, que no permitían una efectiva aplicación de sanciones, por lo que no se obtenían los resultados esperados. Por ejemplo, en los procedimientos no se tomaban todos los recaudos necesarios para recolectar las pruebas; o se daban casos de incertidumbre acerca de los plazos para contestar vistas e interponer recursos, para aplicar medidas de seguridad, etcétera.

Todos estos motivos derivaron en la necesaria elaboración de una norma que regulara el procedimiento de los sumarios administrativos. Luego de siete meses de trabajo de la Secretaría del Ambiente, con la colaboración del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, se obtuvo la Resolución N° 1881/05 “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las leyes de las cuales la Secretaría del Ambiente es autoridad de aplicación, así como la imposición de las eventuales sanciones”

Dicha resolución consta de 31 artículos, a través de los cuales se organiza el procedimiento sumarial, reglamentando las actuaciones previas a la instrucción del sumario, el procedimiento en sí, la conclusión del mismo y la aplicación de sanciones, y las medidas preventivas aplicables en caso de grave peligro o daño inminente.

Constituye esta resolución una herramienta fundamental que permitirá una efectivización de las funciones de la SEAM, como autoridad encargada de punir las infracciones ambientales. Lo cual contribuirá a una reducción en la judicialización de las infracciones a las normas legales ambientales, y un incremento en el nivel de cumplimiento de las mismas.

3. Ilícitos y Sanciones Penales

Las sanciones penales son las consecuencias jurídicas que derivan de la comisión de un hecho punible. Para que una conducta sea considerada punible, el derecho penal exige la configuración previa de ciertos elementos y el cumplimiento de ciertos principios, cuya ausencia no permite que el hecho sea perseguible penalmente. Por lo que podemos decir que el derecho penal restringe notoriamente el ámbito de conductas a las cuales va dirigida.

Y es que el mismo prevé las sanciones más graves, tales como la pena privativa de libertad. Por lo que constituye la ultima ratio del Estado, el último recurso utilizado únicamente en los casos de las lesiones más graves al bien jurídico protegido.

Justamente por este motivo, el cumplimiento de los principios de legalidad y proporcionalidad revisten una importancia fundamental en el derecho penal, y su violación convierte en inconstitucional a la aplicación de la norma penal.

Pasando al campo del Derecho Ambiental, los hechos punibles ecológicos revisten características particulares en razón a la complejidad del bien jurídico protegido. Isabel de los Ríos, en su libro “Derecho del Ambiente”, define al delito ecológico como “aquella acción típica, antijurídica y culpable o violatoria de preceptos legales o reglamentarios, dirigida a trastornar nocivamente el ambiente, desmejorando la calidad de la vida y que es merecedora de una sanción penal.”⁸⁵²

El derecho penal del medio ambiente es el que actúa ejerciendo la vía penal para castigar todas aquellas conductas que atenten negativamente contra el medio ambiente y los recursos naturales.

Independientemente de tratarse de dos ramas diferentes, el derecho penal ambiental mantiene una estrecha relación con el derecho administrativo, ya que el entorno natural, su utilización, su manteniendo y su protección, están ampliamente regulados por el derecho administrativo, que no sólo es el ordenamiento legal que refleja la política ambiental del Estado, sus directivas y fines, sino que además, está nutrida de conceptos, datos, medios técnicos y peritos.

La norma administrativa da contenido a la norma penal, al remitir esta última constantemente a Autoridades Vigentes u obligaciones jurídicas administrativas, debido al carácter técnico- científico de esta rama, que no permite una inclusión en el tipo penal de parámetros y datos técnicos muy detallistas o constantemente variables.

La remisión a normas administrativas para completar el tipo penal es perfectamente válida en nuestro país, tal como lo ha afirmado la Corte Suprema de

⁸⁵² DE LOS RÍOS, Isabel. “Derecho del Ambiente.” Editorial Isabel de los Ríos; Caracas (Venezuela); 1993.

Justicia en el Acuerdo y Sentencia N° 167, de fecha 2 de abril del 2007.⁸⁵³ En este fallo, el órgano jurisdiccional supremo deja en claro que en ciertos casos la norma penal incorpora como elemento del tipo ciertas disposiciones administrativas. Es el voto de la Ministra Preopinante, Dra. Alicia Pucheta de Correa, se afirma que: “Se puede observar que la Ley N° 716/96, para lograr su correcta aplicación sobre el tópico y poder adecuar cabalmente la conducta del justiciable a su norma, requiere la utilización de otra Ley, cual es la que termina de explicar los requisitos y establecer con claridad cuando las dos conductas citadas son ilegales (...) Es también dable acotar, y aquí radica el error en el razonamiento y control que hizo el Tribunal de Apelación, que el carácter o naturaleza de la Ley N° 422/73 es irrelevante para la configuración de la Ley penal tratada en este caso, es decir, no importa si esa Ley sea o no administrativa, y a la vez pueda producir como efectos un sumario administrativo con su correspondiente sanción; lo que importa en el caso es que una Ley penal, que juzga conductas humanas y sanciona penalmente, requiere de ella para su configuración....”.

Últimamente la doctrina ha considerado al delito ambiental como un delito de peligro, de manera a proteger de modo más eficiente al ambiente. Por tanto, no es necesaria la producción de una lesión concreta. El objetivo es que la norma penal anticipe la sanción a un momento anterior al daño real; tiene una función preventiva respecto a las conductas que originan dicho daño.

No obstante, nuestra legislación aún prevé tipos penales que exigen la causación de un resultado concreto, y la jurisprudencia se muestra todavía reacia a reconocer al delito ambiental como delito de peligro.

Independientemente de su clasificación, tanto el peligro como el resultado, deberán ser graves para configurar un hecho punible. Esto se debe al denominado principio de subsidiariedad del derecho penal. El cual, como ya mencionamos, sólo actúa cuando no exista otro orden jurídico más apropiado para el tratamiento de la cuestión, debido a la gravedad que revisten las sanciones penales.

En nuestra legislación las sanciones penales se encuentran previstas en la Ley 716/96 “Que sanciona los delitos contra el medio ambiente”, así como en el Código Penal, específicamente en el Título III Capítulo I denominado “Hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana”.

⁸⁵³ CS, Paraguay, Sala Penal, 2007/04/02. Díaz de Bedoya, Blas Gustavo s/ Comercialización ilegal de productos forestales. (Ac. y Sent. N° 167).

4. El Problema De La Delimitación Entre Ilícito Penal E Ilícito Administrativo

Como ya mencionamos anteriormente, los aplicadores de la normativa ambiental muchas veces se ven en dificultades a la hora de determinar si a una infracción en particular corresponde una sanción administrativa o una penal.

Y es que la barrera entre uno y otro tipo de ilícito no es fácilmente identificable. Varios son los autores y diferentes las teorías que han surgido para determinar cuales son los elementos que diferencian al ilícito administrativo del ilícito penal.

La trascendencia de las cuestiones relativas a las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo en materia de protección del entorno natural para la correcta construcción de una protección jurídico-penal del medio ambiente se puso ya de manifiesto en la Resolución N° 01 emanada de la 17 Conferencia de Ministros Europeos de Justicia del Consejo de Europa, sobre la Protección Penal del Medio Ambiente, celebrada en Estambul los días 4 a 8 de junio de 1990, en la que se recomendaba al Comité Europeo para los Problemas Criminales que “elabore líneas directrices comunes, en forma de Recomendación o en su caso, de convenio, con el fin de luchar contra los atentados al medio ambiente, examinando más especialmente, la oportunidad... c) de definir las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, en materia de medio ambiente”.

Una de las primeras teorías que trataron esta problemática es la denominada de las diferencias sustanciales. Según la misma, entre el ilícito penal y el ilícito administrativo existen ciertas distinciones básicas y objetivas por las cuales se caracteriza a priori a los distintos órdenes sancionadores.

Afirma por ejemplo el autor Javier Gálvez Montes⁸⁵⁴, que “el ilícito administrativo es la acción constituida por hechos que entrañan un peligro de perturbación del Orden Público, y reservando para el ilícito penal las conductas que entrañan un perjuicio de los intereses fundamentales del individuo y la sociedad”.

La Profesora Silvia Jaquenod Zosgon resume los postulados de esta teoría, explicando que según la misma “el Derecho Penal se ocupa sólo del hecho éticamente reprochable, a diferencia del ilícito administrativo, que sería más propiamente un ilícito formal que se agota en la desobediencia de los preceptos establecidos, carece de importancia ética y se refiere únicamente al valor Bienestar en tanto que el Derecho Penal se ocupa primordialmente del valor Justicia”⁸⁵⁵

⁸⁵⁴ GÁLVEZ MONTES, Javier. “Comentarios a la Constitución” Artículo 42, [et al.]. 3ª ed. Civitas; Madrid (España); 2001.

⁸⁵⁵ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. “Tratado de Derecho Ambiental”; Editorial Dykinson; Madrid (España); 2002.

Varias críticas surgieron en torno a esta teoría, pues la misma pretendía que las sanciones administrativas se aplicarían ante meros desconocimientos de lo dispuesto por la autoridad competente, sin ningún fundamento axiológico-valorativo. Tan sólo se necesitaba una infracción formal. Por lo que la teoría fue rechazada por ser excesivamente positivista, y considerando que toda actividad de la Administración debe tener por fin la creación de un orden justo en la sociedad.

Existe otra segunda postura denominada Teoría de la diferencia cuantitativa. Al contrario de la anterior, no reconoce diferencias de naturaleza entre ambos tipos de ilícitos, sino meramente de carácter cuantitativo.

Es decir, la diferencia sustancial entre uno y otro radica en la gravedad intrínseca de las sanciones que se impongan. Así lo explica José Cerezo Mir, quien afirma que: “Desde el núcleo central del Derecho Penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo. La mayor parte de las veces es la lejanía del sector vital respectivo la que induce a creer a los juristas que lo injusto de una falta determinada es puramente formal”⁸⁵⁶

También se han planteado críticas contra esta doctrina, afirmando que puede no darse una mayor intensidad o gravedad de la pena criminal respecto a la sanción administrativa, ya que en ciertas legislaciones, la Administración tiene la facultad de imponer sanciones de muy superior gravedad a algunas de las que las leyes penales prevén.

Un tercer grupo de autores se inclinan por posicionamientos formalistas o positivistas. Estas posturas atienden, en un primer momento, a la naturaleza de la norma que se encuentra establecida la infracción, y en un segundo lugar, a la índole penal o administrativa de la Autoridad encargada de su cumplimiento.

Estas clasificaciones ofrecen también reparos de parte de otros autores, pues no ofrecen ninguna claridad al asunto. Para la primera solución otorgada, nuevamente deberíamos preguntarnos cuáles son los criterios que diferencian la sanción administrativa de la penal, y en el segundo caso, ofrece también confusiones el hecho de determinar los criterios que se habrán de seguir para decidir cual será la jurisdicción encargada de resolver el conflicto concreto.

En realidad, estas teorías que recurren a argumentos formales y a un análisis ex post del Derecho positivo (sustantivo o procesal) vigente en un momento determinado, no logran solucionar el problema de fondo de encontrar criterios objetivos para determinar a priori cuando se deberá aplicar una sanción administrativa y cuando una penal. Si

⁸⁵⁶ CEREZO MIR, José. “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo” Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, t. XXVIII, fascículo II, mayo - agosto de 1975.

recurrir al órgano emisor de la norma, al órgano jurisdiccional encargado de aplicarla o al tipo de sanción impuesta, como criterio diferenciador, nos encontraremos en un círculo vicioso que no nos permitirá delimitar uno y otro concepto.

Por tanto, debemos recurrir a puntos de vista que el autor Jesús Urraza Abad denomina “teleológicos”. Según este autor, la diferencia entre los dos tipos de ilícitos es cuantitativa y se refiere a la gravedad del daño potencial que dicha conducta ilícita encierra frente a la vida en sociedad. Pues en realidad ambos ilícitos presentan rasgos sustancialmente similares, ambos deben tener por finalidad conseguir un “orden justo en la sociedad”⁸⁵⁷

El mencionado autor cita al Profesor Alemán Welzel, quien afirmaba que “no cabe entender que en las normas administrativas sancionatorias el legislador imponga los mandatos y prohibiciones para ejercitar en la obediencia a los administrados, sino que incluso éstas deben siempre buscar la creación de un estado valioso o impedir lesiones a bienes jurídicos”⁸⁵⁸

Este elemento típico, la gravedad del peligro (concreto o abstracto, según la interpretación que se tome) sirve para delimitar la protección que debe otorgar el Derecho penal al bien jurídico y la que debe recaer sobre otras ramas del ordenamiento, como el Derecho administrativo. Con el fin de salvaguardar la vigencia del principio de intervención mínima, el Derecho penal tan sólo deberá emplearse para reprimir aquellas conductas que impliquen un peligro especialmente grave. En razón del riesgo de grave perjuicio, todo ilícito penal constituirá razonablemente un ilícito administrativo; pero no todo ilícito administrativo (por muy grave que se considere la infracción administrativamente) será susceptible, de manera necesaria, de implicar un peligro de perjuicio grave en el ámbito penal. En otras palabras, si el peligro que estamos sopesando no es grave, la respuesta sancionadora deberá venir dada por el sistema de protección administrativo, no por el penal.

En conclusión, la gran línea divisoria entre el ilícito penal y el administrativo es la gravedad del peligro. Esta gravedad y el supuesto daño tanto para el entorno natural inmediato o para la sociedad de manera indirecta, constituyen el problema o el elemento valorativo que ha de ser interpretado y valorado por los Tribunales a la hora de determinar si nos encontramos ante un ilícito penal o un ilícito administrativo.

Esta situación ha acarreado muchas veces serios problemas, debido a la dificultad de probar la gravedad de los hechos. Han existido numerosos casos de absolución de las personas responsables por no haber quedado acreditado que los vertidos o su acción

⁸⁵⁷ URRAZA ABAD, Jesús. “Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente. Editorial”; La Ley; Madrid (España); 2001.

⁸⁵⁸ WELZEL, Hans. “Derecho Penal Alemán”; Traducción: Juan Bustos R. y Sergio Yañez P; 4ª Edición; Editorial Jurídica de Chile; Santiago (Chile); 2002.

contaminante tuvieran la entidad suficiente como para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

Otros autores sostienen, al estudiar el requisito de «perjuicio grave para la salud de las personas», que deberán valorarse dos variables distintas «la entidad de la lesión y el número de personas afectadas».

Hemos de partir de la base de que el derecho penal debe ser la respuesta jurídica a las más graves vulneraciones, de ahí el importante papel que en este orden de cosas desempeña el Derecho Administrativo sancionador. No cabe olvidar tampoco que estamos en una materia donde la prevención, sobre todo de tipo administrativo, debería desempeñar un papel importante.

Una Sentencia española de gran notoriedad fue la de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al confirmar la absolución de la segunda causa del empresario Puigneró (que fue la primera persona que en España fue a la cárcel por delito ambiental) el Supremo afirmó en su Sentencia que “no se considera probado que los excesos en los niveles de vertidos lo fueran en cantidad bastante para conceptuarlo como conducta delictiva, exceso que no se consideran penalmente significativos y suponen una mera infracción administrativa”.

El término “grave” para caracterizar al resultado de los delitos ambientales, ha sido utilizado ciertos artículos de la legislación paraguaya. El mismo ha sido ampliamente criticado por la doctrina por considerarlo excesivamente ambiguo y por ende, como claramente deficiente a los efectos de dar cumplimiento a los principios constitucionales.

La jurisprudencia tampoco ha ofrecido una interpretación general, sino más bien casuística, de este requisito del tipo. Sobre la base de un estudio de pronunciamientos judiciales concretos, J. M. Silva Sánchez propone como elementos para determinar el peligro grave: «a) la probabilidad mayor o menor de lesión; y b) la magnitud de la lesión previsible en función de la extensión en el espacio, prolongación en el tiempo y la intensidad de la afectación o incidencia».

El autor Carlos Lesmes Serrano propone una serie de criterios de referencia a tomar en consideración a los efectos de determinar en qué concretos supuestos concurre la gravedad exigida por el precepto analizado, afirmando al efecto que “pueden utilizarse como factores determinantes la mayor dificultad en restablecer el equilibrio ecológico, proximidad de hábitats humanos al foco medioambiental afectado, la posible aparición ulterior de efectos perjudiciales no apreciados en el momento de la conducta sancionable o la aparición de sus consecuencias”.

En la jurisprudencia también se han constatado las dificultades que presenta la interpretación y aplicación de la gravedad del riesgo en un tipo penal. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo Español del 11 de marzo de 1992, trataron de fijar ciertas pautas de la siguiente forma: “En el sentido semántico grave es aquello que

produce o puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello implica un juicio de valor y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial. Pero, para que no quede todo en mera apreciación subjetiva, con lo que ello tiene siempre de inseguridad jurídica, habrá que acudir como punto de referencia a los propios parámetros del tipo. Por de pronto hay que descartar los elementos más agudos del elemento normativo, o si los actos de agresión al medio ambiente originan un riesgo de deterioro o reversible o catastrófico, puesto que ambos supuestos exceden del tipo básico para constituir subtipos agravados. Entonces, para encontrar el tipo medio de gravedad habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto la salud de las personas, como las condiciones naturales del ecosistema”.

La propia naturaleza del delito llamado ecológico exige la concurrencia de un peligro grave para distinguir el delito de la infracción meramente administrativa. Por ello se hace necesario un peritaje llamado de impacto ambiental, esto es, el daño sufrido en la flora y fauna, agua o aire, pues si no se demuestra la concurrencia de un grave peligro para las personas y recursos naturales, no habrá delito. La sola existencia de actos de contaminación no son suficientes para fundar imputación penal, ya que se requiere ese plus de lesividad cual es la puesta en peligro del equilibrio de los sistemas naturales, debiendo recordarse que todo aquello que quede al margen del Derecho penal no necesariamente queda impune, pues puede operar, lógicamente, el derecho administrativo sancionador.

Como menciona el autor Carlos Vázquez Iruzubieta, de manera cotidiana la concurrencia del requisito de gravedad en cada caso concreto “se deja en manos de los Jueces asesorados por expertos en medio ambiente”.

Para determinar si a cierta conducta se le puede aplicar el régimen represivo del Código Penal, o si por el contrario, la conducta en cuestión sólo puede y debe ser, en su caso, objeto de sanción a través de un procedimiento administrativo (con exclusión del penal en aplicación del comentado principio “non bis in idem”), debemos atender al resultado causado por la acción. Nos referimos en concreto al perjuicio grave al equilibrio de los sistemas naturales o a la salud de las personas.

Evidentemente, si el perjuicio no es grave, no procederá en ningún caso la atribución de responsabilidad penal. Ello no obsta sin embargo a que haya casos de procedimientos penales en los cuales, después de la correspondiente investigación, el Ministerio Público o el Juzgado en lo Penal, hayan considerado que los hechos enjuiciados no son susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, razón por la que procede la absolución de los encausados, y su remisión al sistema administrativo. Como sucede en la persecución de otros tipos bien distintos de delitos (como por ejemplo los delitos de defraudación tributaria, los delitos contra la seguridad en el trabajo, etc) la Administración sancionadora (Ministerio de Hacienda, de Justicia y Trabajo) conserva su derecho de perseguir administrativamente a quien hubiera resultado absuelto del procedimiento

penal. Igual ocurre en los procedimientos administrativos sancionadores en materia ambiental (de nuevo, otra manifestación, esta vez en sentido contrario, del principio “non bis in idem”).

Es más, en el caso de los procedimientos penales por delitos contra el medio ambiente puede resultar más complicada, para el Agente Fiscal que inicia el procedimiento, la labor de discernimiento sobre la existencia o no de indicios por los cuales la conducta del investigado sea susceptible de perjudicar, y además gravemente, el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Salvo en los supuestos de querellas o denuncias que revelen desde el inicio una carencia de relevancia penal, generalmente el fiscal dará curso a toda querrela o denuncia que revele, por lo menos por indicios, los elementos del tipo.

Estos elementos se revelarán comprobando la realización de la conducta típica (objeto, resultado, causa, modalidades delictivas especificadas en el tipo). En los delitos ambientales, en particular, el resultado que debe darse para castigar un tipo penal consumado será generalmente el riesgo de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas.

Así, aun cuando el fiscal debe tener bien presente los principios de intervención mínima y de subsidiariedad del Derecho penal, como ultima ratio, existe una gran presión por parte de los denunciadores para por lo menos dar inicio a la investigación penal, debido al carácter intimidatorio de este procedimiento. Independientemente de que luego pueda llegarse o no a una sanción.

De ahí la trascendencia del elemento del tipo consistente en el riesgo de grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales o a la salud de las personas. En efecto, en aquellos supuestos en que exista entre un procedimiento penal y un procedimiento administrativo identidad de sujeto, hecho y fundamento, como se ha dicho, la aplicabilidad o no del ordenamiento represivo penal a una conducta también reprochable administrativamente sólo vendrá justificada por la apreciación o no por los órganos de la jurisdicción penal de la existencia de dicho riesgo de grave perjuicio.

De hecho, dada la tradicional complejidad desde un punto de vista científico para poder aseverar la existencia de tal riesgo de un perjuicio grave, ha de concluirse que son y serán determinantes en este tipo de procedimientos los dictámenes periciales que puedan y deban practicarse para ayudar a los jueces y tribunales del orden penal en su convicción de que el riesgo existe y que, además, es de naturaleza grave. Aunque no sea objeto de este artículo, nos parece igualmente importante hacer hincapié en la trascendencia que la prueba pericial tiene en este tipo de procedimientos.

También se puede dar el caso en que además del riesgo que se trata de evitar, se produzca un efectivo daño o lesión al medio natural o a la salud de las personas. En tal caso, aunque también requerirá de los oportunos informes o dictámenes periciales, parece

razonable pensar que la tarea del juzgador se hará más sencilla por cuanto ya no le será necesario llegar a la convicción de que se ha puesto en riesgo grave el medio natural o la salud de las personas, una vez que se ha acreditado la propia producción de un daño. En tal caso, lo que aparecía como un ejercicio de probabilidad o de posibilidad se habría concretado en una lesión, y la labor del juzgador consistirá entonces en la acreditación de la relación causa-efecto entre la conducta, el peligro y el daño efectivo.

A estas dificultades referentes a la comprobación del elemento de gravedad (del peligro o del daño), se le ha de sumar la casuística de cada asunto, en donde siempre existe duda razonable de que la actividad del acusado fuese la causante de la contaminación o la imposibilidad de descartar otras fuentes de contaminación diferentes, pues si nos encontramos ante la contaminación difusa o generalizada, ya sea por los numerosos causantes de la misma, o por la antigüedad y ambigüedad de tal contaminación, no podemos criminalizar la acción de uno solo; y es que ha de quedar suficientemente acreditado que no consta la existencia de ninguna otra industria que sea productora de la contaminación ambiental, ya sean residuos peligrosos, vertidos o emisiones de las características referenciadas.

En la legislación paraguaya, los conceptos de la gravedad del daño ambiental se manifiestan en el artículo introductorio de la Ley 716/96 “Que sanciona los delitos contra el Medio Ambiente”. Incluso podemos afirmar que requieren una gravedad en extremo exigente, ya que al exigir que los efectos de la actividad requieran tal magnitud como para afectar el equilibrio del ecosistema, la sustentabilidad de los recursos naturales y la calidad de vida humana, se complica la actividad probatoria por parte del Ministerio Público.

En el Código Penal se manifiesta también el concepto de gravedad pero en forma un tanto más precisa, por lo menos en el artículo N° 200 de “Procesamiento Ilícito de desechos”. Para la configuración del tipo se requiere que las sustancias tengan la capacidad por su género, cualidades o cuantía de contaminar gravemente las aguas, el aire o el suelo estableciéndose una vinculación con la norma administrativa en los incisos anteriores al proponer como requisito del tipo penal el apartarse considerablemente de los tratamientos prescritos o autorizados, pero dándole un carácter relativo a esta dependencia al establecer la real significancia del daño producido a los elementos aire, suelo o agua como requisito, y excluyendo las conductas “bagatelarias” de este ámbito al expresar que “el hecho no será punible cuando un efecto nocivo sobre las aguas, el aire o los suelos esté evidentemente excluido por la mínima cuantía de los desechos”.

5. Principio “Non Bis In Idem” En El Derecho Ambiental

Bajo el aforismo “non bis in idem” o “ne bis in idem”, se consagra un principio, inicialmente de origen jurisprudencial o doctrinal, que actualmente ya se encuentra consagrado en la mayor parte de los derechos positivos. Este principio prohíbe “la doble sanción por un mismo hecho”.

El principio de “non bis in idem” tiene plena aplicación tanto para impedir los supuestos de concurrencia de sanciones de carácter penal, una de carácter penal y otra de carácter administrativo, o dos de carácter administrativo. En el presente artículo nos ocuparemos principalmente de los supuestos de concurrencia de sanciones de carácter penal y de carácter administrativo con referencia a un mismo hecho.

La compatibilidad o incompatibilidad entre sanción jurídico-penal y jurídico-administrativa es un tema muy discutido debido a la aplicación del principio non bis in idem que garantiza, en la práctica, que no se produzca una doble imposición de sanciones por un mismo hecho.

Esta situación es muy frecuente en el derecho ambiental, ya que en la generalidad de las situaciones, las leyes penales y administrativas hacen referencia a los mismos hechos. Es decir, la redacción dada a los distintos preceptos que tipifican las infracciones administrativas ambientales y los delitos contra el medio ambiente en muchos casos, pueden incidir sobre los mismos bienes jurídicos que se tratan de proteger.

Tradicionalmente, como indica E. García de Enterría, se había considerado que la potestad sancionadora de la Administración, como manifestación del *ius puniendi* del Estado, era independiente de la jurisdicción penal. Las sanciones administrativas y penales, frente a unos mismos hechos, eran perfectamente compatibles; más aún, unos mismos hechos podían estimarse de un modo por el juez penal y de otro completamente distinto o hasta contradictorio por la autoridad administrativa sancionadora.⁸⁵⁹

Luego surgieron dos corrientes contradictorias, una permisiva del «bis in idem», y otra postuladora del «non bis in idem». Los defensores de «la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos» consideran que la protección del derecho fundamental a no ser sancionado doblemente (penal y administrativamente) por un único comportamiento, desde la misma perspectiva de protección, deberá llevarse a cabo desde el momento en que, sobre el comportamiento realizado, haya recaído la primera sanción, ya sea ésta de naturaleza administrativa o penal; la imposición de una sanción administrativa a un determinado comportamiento cierra toda posibilidad constitucional, no solo de imponer con posterioridad una sanción penal a su autor, sino incluso de someter el comportamiento realizado al correspondiente procedimiento criminal a fin de determinar si pudieran ser constitutivo de delito alguno.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido una doble vertiente —material y procesal— del principio «non bis in idem». Junto a la vertiente material, que supone que no haya duplicidad de sanciones —administrativas y penales— por los mismos hechos, se aprecia una correlativa «vertiente procesal o formal», que supone que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procedimientos distintos.

⁸⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El Problema Jurídico de las sanciones administrativas”; Revista Española de Derecho Administrativo núm 10/1976, págs 399 y ss.

Por medio de este principio impiden que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues “semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado”.⁸⁶⁰

Para que pueda aplicarse el principio “non bis in idem” es necesaria la concurrencia de las identidades de sujeto, hecho y fundamento. De estos tres requisitos, la identidad de fundamento es la que plantea mayores problemas de apreciación, ya que se refiere al análisis de los bienes jurídicos protegidos por la norma administrativa y la norma penal, de tal modo que si la acción de un mismo sujeto lesiona o pone en peligro distintos bienes jurídicos podría no existir identidad de fundamento y, por tanto, cabría admitir la duplicidad de sanciones.

Existe jurisprudencia abundante, que establece que sólo serán compatibles la sanción penal con la sanción administrativa cuando una y otra vengan impuestas por diferentes hechos o bien se trate de la tutela de intereses públicos también distintos, así como los supuestos de relaciones de especial supremacía o sujeción, supuesto este último en el que es posible la imposición de la sanción administrativa y penal por iguales hechos. Conforme a la jurisprudencia constitucional española (SSTC de 30 de enero de 1981 y 3 de octubre de 1983), el órgano administrativo ha de abstenerse de imponer sanción alguna frente a hechos que puedan ser jurídico-penalmente relevantes hasta que el juez penal competente se pronuncie al respecto, de forma que la sanción penal es excluyente de la administrativa. En caso de absolución, el órgano administrativo ha de respetar aquellos hechos que hayan sido declarados probados judicialmente.

En nuestra jurisprudencia sin embargo, existen sentencias que apoyan la tesis contraria, afirmando que no existen coincidencias que permitan un doble juzgamiento en un juicio penal y en uno administrativo, pues ambos tienen distintos fines. En el Acuerdo y Sentencia 1052 de fecha 26 de julio del 2004, en la causa “Manuel Zubizarreta s/ supuestos hechos punibles contra el medio ambiente”, la Corte Suprema de Justicia consideró que “el derecho Penal y el Derecho Administrativo son de naturaleza y jurisdicciones diferentes. El derecho Penal busca la responsabilidad y que la misma se incluya dentro de un tipo penal y consecuentemente una sanción dependiendo de la pena aplicable para cada tipo penal que puede ser la privativa de libertad o de multa, sin embargo en el Derecho Administrativo y en este caso en particular se averigua si hubo transgresión a las normas municipales, por tanto no se puede aseverar como lo hizo el recurrente en su expresión de agravios de que existen coincidencias de sujeto, objeto y causa”.

⁸⁶⁰ Tribunal Constitucional Español 159/1987 de 26 de octubre

Según este criterio, un mismo infractor por un mismo hecho puede ser objeto de varias sanciones tanto penales como administrativas, en ambas instancias. Como ejemplo citamos el siguiente: Una persona presenta un cuestionario ambiental con contenido falso ante la Secretaría del Ambiente (SEAM) para que le sea aprobada la obra que desea construir. La misma es aprobada y luego de iniciada la operación no se ajusta a los criterios del plan de manejo, por lo que la SEAM le inspecciona y le notifica los cambios que debe realizar para seguir operando, pero esta persona no se adecua y se produce un derrame de desechos peligrosos en alguna corriente de agua o simplemente no repara la planta de tratamiento de aguas de la empresa. Aquí nos encontraríamos ante varios tipos de sanción: Primero le cabría primero una sanción de tipo penal por suministrar de información falsa y alterada que conllevo a la administración pública a otorgar un permiso o licencia que no hubiese autorizado de conocer la información correcta (Art. 5° inc d. Ley 716/96). La SEAM puede por este mismo hecho imponer varias sanciones como son la suspensión temporal y definitiva de la licencia, autorización o permiso, así como la imposición de una multa por no adecuarse a los requerimientos hechos por esta a la empresa (Ley 294/93 y 1561/00), lo cual también configuraría un ilícito penal, por incumplimiento de las medidas de mitigación. (Art. 5° inc e. Ley 716/96).

También en el ámbito penal pueden imponérsele sanciones por haber arrojado desechos contaminantes en un curso de agua (Art. 200 Código Penal) imponiéndole una pena privativa de libertad o una multa, u ordenándole el cierre definitivo del establecimiento comercial, No habiendo en ningún caso dos penas por el mismo hecho, por lo que el principio de non bis in idem no aplica.

No obstante, debido a la dualidad de criterios que existe referente al non bis in idem, de darse este tipo de situaciones dejarían a merced de sanciones irrisorias a conductas altamente lesivas al ambiente si se diera la sanción administrativa antes que la penal. Por lo tanto, para evitar todo tipo de inconvenientes, es recomendable que ante conductas que atentan gravemente contra los recursos naturales ceda la competencia administrativa ante la penal para ejercer el ius puniendi del Estado absteniéndose de imponer sanción en sede administrativa.

Ya en 1981 afirmaba el Dr. Luis Rodríguez Ramos, que “las futuras normas penales ambientales han de ajustarse a las no penales como un guante a la mano, en especial deben coordinarse con las administrativas configuradas de infracciones y sanciones, pues una interpretación literal del artículo 45.3 de la Constitución impone la imposibilidad de doble sanción (principio non bis in idem) administrativa y penal por un mismo hecho antiambiental”.⁸⁶¹

⁸⁶¹ Rodríguez Ramos, Luis. “Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del medio ambiente”; Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente; Universidad Complutense; Madrid (España); 1981, pag 37.

6. Conclusiones

En una política ambiental eficiente, deben primar las medidas preventivas, pues, las medidas punitivas operan cuando la lesión al medio ambiente ya se ha consumado y su reparación resulta con frecuencia difícil o imposible. Por ejemplo, es importante contar con medios positivos que eviten la producción del daño, como las campañas de educación ambiental o los instrumentos de control previo de las actividades potencialmente contaminantes o degradantes del medio.

Es decir, las medidas represivas han de suponer únicamente una aportación excepcional o anecdótica a la disciplina ambiental. No obstante, ejercen también éstas un papel fundamental en la garantía del cumplimiento de las normas y medidas de protección ambiental. Inclusive cumplen una destacada preventiva, al disuadir a los que, intencionada o negligentemente, estén próximos a la infracción.

En lo que a medidas represivas se refiere, éstas pueden ser de carácter administrativo, y en los casos más graves, de carácter penal. Últimamente hemos visto como en el ámbito ambiental se han querido criminalizar ciertas infracciones administrativas, dándose intervención en las mismas al Ministerio Público, y la mayor parte de las veces con finalidad intimidatoria. Esta situación acarrea consecuencias negativas no sólo para el imputado sino también para el ambiente en sí mismo, debido a que disminuye la efectividad y el grado de credibilidad de los sistemas punitivos.

Por ello, conviene precisar que en los temas ambientales existe una gran línea divisoria entre la vía administrativa y la penal, por más que esta pueda parecer un tanto confusa.

Tal como lo dice el abogado ambientalista Borja Llanza Primo de Rivera: “No se trata de no penar los ilícitos ambientales ni dejar impunes las infracciones administrativas ambientales, sino más bien que cada jurisdicción ejerza correctamente las competencias que constitucionalmente tiene establecidas, solicitando al efecto la práctica de todas las pruebas necesarias para su correcta criminalización”.⁸⁶²

La importancia de delimitar cuando se esta frente a una infracción ambiental administrativa o delito ambiental es una condición indispensable para poder sancionar de acuerdo a la violación o daño que ha ocurrido. Porque una calificación errónea por parte del Juez correspondiente, constituiría un acto de injusticia y debilitaría la fortaleza de los distintos sistemas punitivos.

⁸⁶² PRIMO DE RIVERA, Borja Llanza. “Los delitos ecológicos.” Revista de la Universidad de Sevilla; Sevilla (España); 2003.

A pesar de todas las teorías desarrolladas, el único criterio lo suficientemente objetivo para diferenciar ambos órdenes jurídicos es el de la gravedad del resultado producido por la conducta sancionada.

Para determinar cuando un resultado es grave o no, nuevamente se presentan inconvenientes. Los autores han citado ciertas variables como la magnitud de la lesión, el número de personas afectadas, su extensión en el espacio o en el tiempo, etcétera.

No obstante en la práctica se recurre a informes periciales de técnicos especializados en las distintas ciencias relacionadas con el medio ambiente. Lo cual es también merecedor de mucho cuidado y análisis debido a que tampoco se cuenta con parámetros formalmente establecidos para delimitar lo que será considerado grave de lo que no.

El tratamiento de estas cuestiones en nuestro sistema jurídico es muy reciente y prácticamente no existen fallos jurisprudenciales al respecto. Es tarea de los magistrados sentar posturas que recalquen la importancia de la gravedad del daño para la configuración del tipo penal, y que vayan estableciéndose los criterios de delimitación de este elemento.

Sobre todo, resulta sumamente importante fortalecer los ámbitos previos a la sanción penal, para decantar aquellos que no revistan la gravedad necesaria. Las Municipalidades, Secretaría del Ambiente y demás autoridades que tengan como atribución la aplicación de una ley ambiental, pueden resolver estos problemas menores con mayor rapidez y eficacia, debido a que sus procesos son más sencillos y menos onerosos para las partes.

En la actualidad el Ministerio Público recibe un gran número de denuncias de este tipo (en muchos casos el 50% de las denuncias) que finalmente son desestimadas por atípicas.

Una vez que los ciudadanos confíen en la eficiencia de los procesos administrativos, comprueben que sus denuncias y quejas son debidamente atendidas, y que las autoridades correspondientes provean una solución a sus problemas, tomarán el hábito de denunciar los problemas menores en los ámbitos correspondientes. Todo lo cual será beneficioso para la justicia en general, reduciendo el elevado número de desestimaciones de denuncias penales, que conlleva un desgaste innecesario tanto para las fiscalías como para los juzgados, y genera una sensación de injusticia a los denunciantes que no ven una solución a sus problemas.

Es importante mencionar que en los últimos años, en otros países se ha desarrollado con bastante celeridad el derecho civil ambiental, el cual tiene como objetivo la reparación de los daños ocasionados al medio ambiente, así como la indemnización,

restauración y pago del lucro cesante ocasionado a las víctimas de contaminación, en ocasión de daños.

Para que esto sea posible, el derecho resarcitorio común ha sufrido cambios profundos, pasando de manera progresiva de una responsabilidad común basada en la subjetividad, la falta y en la relación de causalidad, a una responsabilidad ambiental basada en la objetividad, donde no es necesario que se demuestre la negligencia, torpeza, imprudencia, intencionalidad del autor del daño, ni tampoco de manera imprescindible la relación causal entre el daño y la víctima, sino simplemente que este sea señalado como el responsable de la acción, sin la determinación de la culpa. Ya que la necesidad de probar quien es el responsable, no es responsabilidad del demandante, sino del demandado o de los demandados, cuando la responsabilidad sea solidaria, como es el caso de contaminación.

En nuestro país prácticamente no se han visto aún casos de reparación de daños ambientales en que se haya utilizado la vía civil. Hasta hoy en día, cuando las personas sufren menoscabos en su calidad de vida a causa de daños ocasionados al medio ambiente, recurren mayormente al ámbito penal, cuando en muchos casos sería la vía civil la más adecuada para obtener un resarcimiento.

Luego de estas reflexiones podemos concluir que, para lograr una mayor eficiencia del derecho ambiental como herramienta protectora de nuestro ecosistema, es importante que sean correctamente utilizadas cada una de las vías. Dependiendo de la gravedad del daño o del peligro ocasionado, o de la finalidad que se pretenda conseguir por medio de la acción, se utilizarán las vías penales, administrativas o civiles, según corresponda.

Bibliografía

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "El Problema Jurídico de las sanciones administrativas"; Revista Española de Derecho Administrativo núm 10/1976, págs 399 y ss

PRATS, Eduardo Jorge. "Derecho Constitucional" Volúmenes I y II" (Santo Domingo: Gaceta Judicial, 2003 y 2005)

DE ORO DIAZ, Aimara. "La responsabilidad administrativa ambiental como institución jurídica".

http://www.wikilearning.com/relacion_responsabilidad_administrativa_contravencion-wkccp-12228-4.htm

DE LOS RÍOS, Isabel. "Derecho del Ambiente." Editorial Isabel de los Ríos; Caracas (Venezuela); 1993.

GÁLVEZ MONTES, Javier. “Comentarios a la Constitución” Artículo 42, [et al.]. 3ª ed. Civitas; Madrid (España); 2001.

CEREZO MIR, José. “Límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo” Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, t. XXVIII, fasc. II, mayo - agosto de 1975

PRIMO DE RIVERA, Borja Llanza. “Los delitos ecológicos.” Revista de la Universidad de Sevilla; Sevilla (España); 2003.

URRAZA ABAD, Jesús. “Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente. Editorial”; La Ley; Madrid (España); 2001.

WELZEL, Hans. “Derecho Penal Alemán”; Traducción: Juan Bustos R. y Sergio Yañez P; 4ª Edición; Editorial Jurídica de Chile; Santiago (Chile); 2002.

LA PROTECCIÓN PENAL DEL AMBIENTE EN EL PARAGUAY

Por Alma Poletti Merlo

1. Introducción

Con el grado de deterioro ambiental que se ha experimentado en los últimos años, debido al gran avance de procesos tecnológicos y el crecimiento poblacional, la tutela ambiental se ha transformado en acontecimiento de primera magnitud en el ámbito del derecho punitivo.

En la actualidad no hay duda de que las libertades humanas, así como la vida misma peligran a causa del agotamiento de los recursos naturales y es a partir de ahí que para el ordenamiento jurídico surge el problema de asegurar al mismo tiempo el desarrollo económico y la conservación del equilibrio con el ambiente.

Los gobiernos han reaccionado ante esta situación, con la sanción de leyes penales ambientales. En nuestro país, se ha sancionado una Ley específica que castiga a los delitos ecológicos, y se ha incluido en el Código Penal una sección especial de hechos punibles que atentan contra este bien jurídico.

Las vulneraciones al derecho a un ambiente sano revisten una gravedad que las hace merecedoras de la más fuerte de las reacciones estatales. Pero justamente por la gravedad que reviste el ejercicio del ius puniendi, el derecho penal se ha munido de una serie de garantías jurídicas, para asegurar que los derechos procesales de la persona investigada no sean violados.

Si sumamos esta tendencia garantista del derecho penal, a la complejidad técnico-jurídica que traen consigo las ciencias ambientales, tenemos como resultado una rama merecedora del más profundo y detallado análisis si queremos lograr efectividad en la aplicación de sus normas.

El derecho penal ambiental en el Paraguay se encuentra en incipiente desarrollo. Por más de que aún exista cierta resistencia por aplicar condenas a los hechos que dañan o ponen en peligro a los recursos naturales, algunos avances en la jurisprudencia se han conseguido ya en este campo.

No obstante, las dificultades que se presentan al aplicar esta normativa son aún muy numerosas. La estricta atención que merece el principio de legalidad en el derecho penal, la excesiva criminalización de las infracciones ambientales que se ha dado en los últimos tiempos, y la constante ingerencia del derecho administrativo en el derecho penal ambiental, son puntos que merecen una delicada investigación, y de los cuales nos ocuparemos en el presente artículo.

Asimismo, haremos una exposición del marco jurídico del derecho penal en el Paraguay, interpretando cada uno de los artículos que castigan los ilícitos ambientales. Analizaremos doctrina internacional con respecto a los temas más controvertidos del derecho penal ambiental, tales como el bien jurídico protegido, el delito ecológico como delito de resultado o de peligro, la técnica de redacción de la ley penal en blanco, los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, etcétera.

Además, a lo largo del artículo existen constantes referencias a pronunciamientos jurisprudenciales con respecto a estos mismos temas, fundamentalmente de nuestro país, así como de la argentina, debido a la similitud que existe generalmente entre nuestras legislaciones.

Empezaremos por definir al delito ecológico, como concepto básico para la realización del presente análisis, haciendo especial referencia a las posturas doctrinales con respecto a cual es el ámbito de protección de la legislación penal.

2. El Delito Ecológico Y El Bien Jurídico Protegido.

POSTIGLIONE, citado por JAQUENOD DE ZSÖGÖN, en su tratado de Derecho Ambiental, sostiene que al hablar de delito ambiental, se hace referencia al ilícito ambiental, y lo define diciendo que es en general el "Hecho antijurídico, previsto por el derecho positivo, lesivo del derecho al ambiente, o sea al aspecto esencial de la personalidad humana, individual y social, en relación vital con la integridad y el equilibrio del ambiente, determinado por nuevos trabajos o acciones sobre el territorio y por alteraciones voluntarias, químicas o físicas o por cualquier otro atentado o perjuicio, directo o indirecto, o en uno o más componentes naturales o culturales y las condiciones de vida de los seres vivientes."⁸⁶³

Isabel de los Ríos, en su libro "Derecho del Ambiente", lo define como aquella acción típica, antijurídica y culpable o violatoria de preceptos legales o reglamentarios, dirigida a trastornar nocivamente el ambiente, desmejorando la calidad de la vida y que es merecedora de una sanción penal.⁸⁶⁴

Por más que en este capítulo utilicemos el término "delito" ambiental, por ser el más frecuentemente utilizado en la doctrina, es importante mencionar que la legislación penal paraguaya, a partir de la sanción del Código Penal del año 1997, ha adoptado el término de "hechos punibles" para referirse a las conductas humanas sancionadas penalmente. Este código clasifica como "delitos", a los hechos punibles sancionados con

⁸⁶³ JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. "Tratado de Derecho Ambiental" Editorial Dykinson; primera edición; Madrid (España); 2002

⁸⁶⁴ DE LOS RÍOS, Isabel; "Derecho del Ambiente". Editorial Isabel de los Ríos; Caracas (Venezuela.); 1993.

una pena máxima de 5 años de privación de libertad, y como “crímenes” a aquellos sancionados con una pena mayor.

El derecho penal ambiental participa de todas las características del derecho penal en términos genéricos. Para que un delito sea considerado delito ambiental, tiene que ser primero considerado delito. Es decir, tiene que reunir todos los elementos de la punibilidad. Por tanto, debe tratarse de una acción típica, antijurídica y reprochable.

Los hechos punibles ambientales, así como los de naturaleza ordinaria, han sido sancionados para proteger un bien jurídico determinado. Son las características especiales de este bien jurídico, las que hacen que el derecho penal ambiental merezca consideraciones y análisis particulares.

En lo que respecta a los delitos ecológicos, el bien jurídico protegido principal es el medio ambiente. Accesoriamente se desprende que al proteger el medio ambiente, estamos protegiendo o tutelando la vida humana; cuestión que enuncia la doctrina germana e ibérica. El medio ambiente se constituye como un *prius* para la propia existencia del hombre y de todo cuanto existe en nuestro planeta.

A este respecto, existe un importante sector de la doctrina que considera que el ambiente debe ser materia de protección penal en sí mismo, por representar un interés de carácter autónomo e independiente de las formas en que puede brindarse a los seres humanos. Otros autores consideran el ambiente relacionado en su tutela en forma inmediata con el ser humano.

Pero no sólo éstas sino varias han sido las posturas doctrinales adoptadas a lo largo del desarrollo del derecho penal ambiental, en cuanto a la delimitación del bien jurídico a proteger.

En un primer momento, los autores se han mostrado partidarios de acudir a bienes jurídicos tradicionales como punto de referencia para la tipificación penal de las conductas. Es decir, no consideraban necesario recurrir a la creación de bienes jurídicos nuevos, por entender que dichas conductas constituyen sencillamente nuevas modalidades de ataque contra bienes jurídicos tradicionales.

Autores como María Dolores Fernández Rodríguez, consideran que los delitos ecológicos no son más que una manifestación de los tradicionales atentados contra la salud pública. Otros sin embargo señalan que el medio ambiente constituye un bien

jurídico de carácter socio-económico, ya que “abarca todas las condiciones necesarias para el desarrollo de la persona en sus aspectos sociales y económicos”⁸⁶⁵

Pero la mayoría de la doctrina ha optado por concebir al medio ambiente como un bien jurídico autónomo, diferente de los valores tradicionales penalmente tutelados. Entre esta segunda postura, se distinguen nuevamente aquellos que otorgan al medio ambiente una conceptualización amplia, de aquellos que restringen su contenido, según consideren cuál será la noción por la cual el medio ambiente obtendrá una mayor protección.

Entre estas dos corrientes, tenemos una postura intermedia, denominada de la “perspectiva natural”. Esta es la postura que se considera como mayoritaria, y cuyo máximo exponente, Jaime Miguel Peris Riera, define afirmando que: “el medio ambiente se presenta como mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales”⁸⁶⁶

Existe una última conceptualización denominada “residual”, iniciada por Rodríguez Devesa, que considera que debemos señalar que es lo que no pertenece al concepto de medio ambiente, de forma que todo lo demás debería ser entendido como parte del bien jurídico a proteger. En las palabras del mencionado autor: “siempre y cuando no encuentren una tutela penal específica en otros preceptos del propio Código o de leyes penales especiales”⁸⁶⁷.

La doctrina coincide en afirmar que el bien jurídico ambiental es un bien de carácter colectivo. Es decir, afecta a la comunidad como tal, sea en forma directa o indirecta, mediata o inmediata. Es un bien de todos, y está estrechamente vinculado a las necesidades existenciales de los sujetos, tales como la vida, la salud, y otros como la recreación, etcétera.

No obstante, en el pensamiento penal, se han tejido diferentes concepciones con respecto a la naturaleza de estos bienes colectivos. Se han desarrollado así visiones individualistas, y otras de carácter suprapersonal, destacándose las teorías monistas y teorías dualistas. Como apunta Mata y Martín la teoría dualista establecen que los bienes jurídicos pueden ser de naturaleza individual o bienes universales, sin que quepa encontrar un denominador común. Para la teoría monista, la figura central es concebir al

⁸⁶⁵ URRAZA ABAD, Jesús. “Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente.” Editorial La Ley; Madrid (España); 2001.

⁸⁶⁶ PERIS RIERA, Jaime Miguel. “Delitos contra el Medio Ambiente”; Editorial Dickinson; Madrid (España); 2005.

⁸⁶⁷ RODRIGUEZ DEVESA, Jose Maria. “Derecho Penal Español” Parte Especial; Dykinson; Madrid (España); 1989.

bien jurídico desde una sola perspectiva, bien en sentido estatista o bien desde el punto de vista de los intereses de la persona singular.

Si se parte de la teoría monista-personalista, la persona y su libre desarrollo, se convierten en el punto de referencia al que deben orientarse todos los bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal. En este orden de ideas, los bienes jurídicos colectivos o universales se convierten en simplemente medios o vehículos al servicio del desarrollo personal del hombre, que son los únicos realmente protegibles.

Se ha cuestionado la legitimidad de los bienes jurídicos colectivos, sobre todo por un sector doctrinario importante vinculado a la Escuela de Frankfurt, (entre ellos Hassemer, Naucke y Albrecht) quienes defienden una postura personalista, manifestando que aquellos intereses comunitarios constituyen una clara muestra del carácter expansionista del Derecho penal, lo que violenta la idea del Derecho penal de última ratio.

Una de las características de los bienes colectivos es que en ellos no se presenta exclusión en su uso ni rivalidad en su consumo, lo que sí está presente en la configuración de los bienes jurídicos individuales, así por ejemplo en el bien jurídico patrimonio existe una total exclusión y rivalidad en lo concerniente al uso y disfrute de la posesión del patrimonio de una persona en relación a los demás que con él componen el grupo social. Lo que no sucede en los bienes colectivos, en la cual pueden disfrutarlo todos los componentes de la sociedad, sin excepción alguna.

En los delitos ambientales el bien jurídico protegido es, en líneas generales, la colectividad, con lo cual está en conexión con la noción de interés difuso. Gilbert Armijo en su libro “La Tutela Constitucional del Interés” cita una definición de interés establecida por la jurisprudencia constitucional de Costa Rica, quien por sentencia de la Sala Constitucional No.2331-96 del 14 de mayo del 1996, establece que “se trata de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos mas o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y por ende reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, mas o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas.”⁸⁶⁸

Con el reconocimiento de los derechos de tercera generación estos intereses han adquirido mayor relevancia y desarrollo, pues dichos derechos se fundamentan en la idea de solidaridad para responder a los cambios negativos que experimenta la sociedad actual, llamada por Vasak, “sociedad de masa.”

⁸⁶⁸ ARMIJO, Gilbert. “La Tutela Constitucional del Interés”; UNICEF; Costa Rica; 1998.

Los intereses difusos son denominados también, intereses sociales, intereses de grupo, intereses colectivos, intereses supra individuales e intereses de clases. El término intereses difusos, es el más extendido de todos los citados, ha sido dado porque su reconocimiento implica la ruptura de la dogmática de la teoría procesal de la legitimación, pues la persona no se encuentran en el supuesto clásico del derecho subjetivo individual.

Así el acto de contaminación no sólo crea riesgo al interés colectivo cuya característica es que pertenecen a un grupo de personas indeterminadas, no precisadas en número. Es decir todos somos titulares como por ejemplo cuando los ciudadanos de una localidad se ven afectados en el ambiente donde se desarrollan por los actos que generan las empresas industriales, mineras, etc.

Por último, debe tenerse en consideración que la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos tienen importantes incidencias en determinadas categorías dogmáticas; así en la legítima defensa, resulta determinante por ejemplo, si es posible aceptar por parte del inmediatamente ofendido –que tiene que encarnar un bien individual- por el hecho injusto; en el tema del consentimiento para la lesión del bien jurídico, que es inadmisibles en bienes colectivos, o para determinar el tratamiento del delito continuado, pues reviste interés determinar si se trata o no bienes jurídicos altamente personales o personalísimos

En nuestra jurisprudencia se han producido varios avances al reconocer al medio ambiente como bien jurídico colectivo, que reviste interés nacional.

Así, en el Acuerdo y Sentencia N° 28 del 05 de abril de 1999, el cual resuelve la Acción de Inconstitucionalidad en el Juicio “Pedro Viudes c/ Ley N° 816/96 (Que adopta medidas de defensa de los recursos naturales)”, la Corte Suprema de Justicia, reconoce que: “la temática ambiental constituye un problema global, y no un antojo histórico circunstancial. De la preservación de este medio depende la vida humana” Asimismo reconoce que la protección del medio ambiente (en este caso de los bosques) constituye un interés general, que en todo caso primará sobre el interés de los particulares.

Más recientemente, en el año 2003, un Tribunal de Apelaciones de la Capital ha dictado el Acuerdo y Sentencia N° 78, en el juicio “IDEA y otros c/ Banco Nacional de Fomento y otros s/ Amparo”, reconoce a la preservación del medio ambiente natural no solamente como interés difuso perteneciente a todos los habitantes del país, sino que le asigna la categoría de derecho humano, lo cual abre la posibilidad de un reclamo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En la jurisdicción penal, se ha reconocido también el valor del derecho ambiental, afirmándose que “El Derecho Ambiental formado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de derecho público o privado tendientes a mantener el medio ambiente libre de contaminación o protegerlo de la explotación irracional. Por tanto es un

bien jurídico protegible en sí mismo como un valor intrínseco e ideal que busca disciplinar el comportamiento humano en relación con el medio ambiente. Es un derecho de rango y de valor constitucional... son bienes que componen el complejo ambiental, dirigidos a garantizar el derecho de goce de la colectividad que contraviniendo normas reguladoras en relación al mismo, derivado del uso o explotación ilícita genera consecuentemente responsabilidades penales previstas en la ley.” SD N° 95 del 10 de junio del 2004 del Tribunal de Sentencia de la Capital, en la causa “Ministerio Público c/ Rafael Recalde y Calixto Echeverría s/ Tráfico ilegal de productos forestales”.

3. Evolución Del Derecho Penal Ambiental En El Paraguay

A partir de los años 70, a raíz de la Conferencia de Estocolmo, Paraguay fue uniéndose al resto de las naciones en la lucha internacional contra el deterioro del medio ambiente.

Los primeros esfuerzos resultaron en un cúmulo de legislación inarmónica, haciendo confusa la aplicación de la misma e inclusive derivando en contradicciones.

La protección de los distintos recursos naturales era incluida en toda clase de fuentes, desde leyes hasta resoluciones administrativas. Sin embargo, esta normativa tenía un carácter más bien patrimonialista que ambiental.

En lo atinente al derecho penal, el Código Penal de 1914 se refería a ciertos actos atentatorios contra el medio ambiente, mas tan solo indirectamente pues el bien jurídico protegido en realidad era la salud humana, o la seguridad pública.

Por ejemplo, en el capítulo denominado De los delitos contra la seguridad pública, se encontraban tipificados la quemazón de campos o bosques, la contaminación del agua o de alimentos.

Pero se presentaba un gran inconveniente para castigar los delitos ambientales, pues la tipificación de los mismos exigía que se produzcan daños directa e inmediatamente verificables sobre seres humanos determinados y concretos, o fueran cometidos intencionalmente para poner en peligro la vida o la salud de las personas.

Por ejemplo, la contaminación de aguas y alimentos podía ser castigada únicamente si era realizada en forma intencional, o para procurar una ganancia ilegítima. La quemazón de campo era sancionada solamente si se causaban daños intencionales a la propiedad.

El Código Penal, recientemente modificado en 1997, con el Código Rural, se constituían en los cuerpos normativos más antiguos, que de modo directo e indirecto legislaban cuestiones atinentes a la problemática ambiental.

Otros cuerpos legales que hacían referencia al medio ambiente eran la ley Forestal dictada en el año 1973, y el Código Sanitario del año 1980. Pero los mismos tocaban el tema ambiental en forma vaga, y establecían sanciones mínimas en comparación a las sumas que se ahorran los grandes contaminadores del ambiente, al eludir la normativa ambiental. En efecto, hacían alusión a la protección de recursos específicos, por ej., la Ley Forestal declaraba proteger los recursos forestales; el Código Sanitario declaraba proteger la salud del pueblo y el bienestar social. No se utilizaba el término medio ambiente sino el término “recurso”, demostrando que lo que se tenía por valioso era aquello que poseía valor económico, como la madera, o tenga algo que ver con la salud humana.

Como podemos observar, no se protegía al medio ambiente en su concepto ecologista, sin tener en cuenta que los efectos de la transformación del ambiente alteran las condiciones de existencia de los seres vivos, lo cual a largo plazo puede provocar daños incalculables para la existencia de los seres vivos en nuestro planeta.

Era necesario en nuestra legislación incorporar estos conceptos ambientalistas, y desarrollar figuras como la incorporación de delitos de peligro y los derechos difusos, que permitan una mejor protección del ecosistema.

Históricamente, la primera norma legal que sanciona penalmente hechos atentatorios del medio ambiente, es la Ley 40/90. Esta Ley considera como delito contra la salud humana y ambiental a la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento, por lo cual prohíbe la realización de estos hechos.

Posteriormente fueron sancionadas ciertas normas ambientales, como las leyes de Pesca y de Vida Silvestre, las cuales incluían ciertas disposiciones punitivas.

Recién a partir de la Constitución Nacional de 1992, los criterios de conservación, preservación, recuperación y mejoramiento del ambiente, fueron acogidos por nuestra legislación. En el Capítulo I “De la Vida y del Ambiente”, la sección II trata exclusivamente del ambiente. En lo concerniente al derecho penal, el Art. 8 es de suma importancia, ya que establece como mandato constitucional para los legisladores la obligación de definir el delito ecológico y sus penas. El mismo menciona que: “El delito ecológico será definido y sancionado por la ley”.

A partir de este mandato constitucional, fueron sancionándose las conductas punibles atentatorias contra el ecosistema. En primer lugar, en el año 1996 Ley 716/96 “Que sanciona los Delitos Contra el Medio Ambiente”. Y luego, con la inclusión en el Código Penal de un capítulo dedicado a la protección de las “bases naturales de la vida humana”. A continuación realizaremos una breve explicación de esta normativa.

4. Legislación Penal Ambiental. Marco Jurídico

4.1 Ley 716/96 “Que Sanciona Los Delitos Contra El Medio Ambiente”

Consecuentemente con el mandato constitucional, fue promulgada la Ley 716/96 “Que sanciona los Delitos contra el Medio Ambiente”. La misma ha tipificado penalmente conductas que ya fueron prohibidas por la Constitución Nacional, y se ha encargado de definir a los delitos ambientales, según lo requería el artículo 8 de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, al igual que la mayor parte de la legislación penal especial, ha respondido a situaciones que han conmovido a la comunidad y requerido la actividad de los legisladores en forma intempestiva. Por ello contiene una diversidad de conductas que se ocupan desde deforestaciones con grave daño al ecosistema, hasta algunas cuyo ámbito de sanción es más propio de las autoridades administrativas como por ej: ruidos molestos producidos por los escapes de auto vehículos.

Esta Ley fue en un primer momento vetada por el Poder Ejecutivo, justamente por los defectos que la misma contenía. En la exposición de motivos, fundamentando el veto, el Poder Ejecutivo critica la excesiva dureza de las penas y utilización de normas de reenvío, y la falta de normas administrativas con que llenarlas.

No obstante, para paliar la necesidad legislativa en este ámbito, fue promulgada la mencionada ley.

La misma empezó a regir desde fines del año 1996, y contempla sanciones para conductas tales como: el tráfico y comercialización ilegal de especies en peligro de extinción, la infracción a las normas de caza y pesca, el incumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en las licencias ambientales, la contaminación de aguas y aire, realizar obras hidráulicas o de cualquier tipo en nacientes o curso de aguas de los humedales sin autorización; totalizando treinta y cinco conductas merecedoras de sanción penal.

La técnica legislativa empleada para su redacción difiere mucho de la utilizada en el Código Penal y no es la más acertada para la redacción de normas penales.

En primer lugar, porque la descripción de las conductas no es muy clara. Se inician los artículos mencionando con las sanciones aplicables, y luego se describen en diferentes incisos una serie de conductas, muchas veces no relacionadas unas con otras.

Utiliza constantemente la remisión a leyes administrativas para llenar el tipo penal, con la técnica de redacción de ley penal en blanco, lo cual no es lo más recomendable pues se crean conflictos con el principio de legalidad.⁸⁶⁹

Además las penas utilizadas en esta Ley ya no condicen con los preceptos del nuevo Código penal, pues la mayor parte de los artículos sancionan a los hechos con penas privativas de libertad y multa. Al respecto, el Código Penal de 1997 en su Artículo 321 inciso 4 establece que cuando en las leyes penales especiales, se establezca como sanción única o alternativa una multa, sea ella facultativa o acumulativa, la sanción sólo será pena de multa.

Esto es así, porque en nuestro actual Código Penal la pena de multa es una pena principal, según lo establece el Artículo 37, por lo que no puede ser aplicada en forma conjunta con la Pena Privativa de Libertad. Salvo excepción de la pena de multa complementaria, que según lo establece el artículo 53, puede ser adicionada en los casos en que el autor se haya enriquecido o intentado enriquecerse con la realización del hecho.

Es importante mencionar también, que aunque en su denominación la Ley hable de “delitos” ambientales, la mayor parte de los hechos tipificados corresponden a la categoría de crimen según el Código Penal.

El primer artículo de la Ley 716, sirve de introducción a la misma, delimitando el ámbito de protección de la norma. Así lo han interpretado los autores José I. González Macchi y Fernando Casañas Levi en su libro “Comentarios a la Ley 716/96”⁸⁷⁰

El mencionado artículo establece que los bienes jurídicos tutelados son el medio ambiente y la calidad de vida. En cuanto a los sujetos activos a quienes va dirigida la norma, y las conductas sancionadas, este artículo menciona que va dirigido no sólo a quienes sean autores inmediatos de los hechos, sino también a aquellos que ordenen, permitan o autoricen las actividades atentatorias contra el medio ambiente.

Tal vez estas menciones ya no son necesarias a partir de la vigencia del nuevo Código penal, pues el mismo prevé las figuras de instigador y cómplice como formas de participación en un hecho punible. Además los funcionarios que permitan estas actividades, pueden ser sancionados por la comisión del hecho en forma de omisión, ya que la posición de garante que ocupan les otorga esta responsabilidad.

⁸⁶⁹ El tema es desarrollado con mayor amplitud más adelante en este capítulo, bajo el título Ley Penal en Blanco.

⁸⁷⁰ GONZALEZ MACCHI, José I. CASAÑAS LEVI, José F. “Comentarios a la Ley 716/96”; Editorial Intercontinental; Asunción (Paraguay); 2000.

No obstante, vemos como la intención de la ley es proteger de la forma más amplia posible el medio ambiente. Inclusive habla de sancionar toda actividad “atentatoria” contra el medio ambiente. Lo cual nos demuestra la intención de sancionar no solo a aquellas actividades que causen daño al ambiente sino aquellas que podrían causarlo, haciendo referencia por primera vez a los delitos ambientales como delitos de peligro.

Vemos también, que el artículo incluye como bien protegido a la sustentabilidad de los recursos naturales, y al ecosistema, conceptos que amplían y definen aún más el marco de protección al medio ambiente, y se los reconoce de esta forma como susceptibles de protección penal.

Como ya dijimos, este artículo cumple una función delimitadora. Lo cual resulta de suma importancia teniendo en cuenta que la Ley 716 en muchas ocasiones prevé la sanción de hechos que no deberían ser objeto de persecución penal. Conductas como depositar basuras una calle o adyacencia de un arroyo (previstas en el Artículo 12), difícilmente conlleven una gravedad que justifique sean sancionados penalmente. Cuestiones como esta deberían limitarse al ámbito administrativo. Las autoridades administrativas tienen el deber de velar por la salubridad pública y el medio ambiente, y las atribuciones necesarias para sancionar estos hechos.

La tipificación de hechos de esta categoría viola el principio de subsidiariedad del derecho penal. El Ministerio Público recibe denuncias de problemas vecinales, en que se denuncia la acumulación de basura en un patio baldío, o recolectores de basura que las arrojan en un lugar inadecuado, lo cual da inicio a un proceso penal, que requiere la movilización de toda la maquinaria para la investigación de hechos cuya gravedad no la justifica.

Por tanto, los mismos hechos tipificados en la Ley 716, se contradicen con el artículo 1° que la limita a los hechos “atentatorios” contra el equilibrio del ecosistema. Tal vez, tomados en su conjunto, estos hechos bagatelarios podrían llegar a afectar al medio ambiente. Pero como sabemos, nuestra legislación penal responde a los principios de la teoría finalista, por lo cual no castigamos por el resultado ocasionado, sino por la conducta de cada persona en particular.

Es necesario que los juristas tengan en cuenta esta delimitación otorgada por el artículo 1° a la hora de aplicar la norma. No obstante, sería recomendable despenalizar conductas tales como las de los artículos 12 y 13 de la Ley 716, por corresponder al sistema punitivo administrativo.

El primer artículo que verdaderamente sanciona una conducta, es el número 2, el cual sanciona la fabricación, montaje, importación, comercialización, posesión o el uso de armas nucleares, químicas o biológicas. Este artículo responde a los preceptos del

principio final de la denominada “Declaración de Estocolmo”, en el cual se condena todo tipo de armas nucleares y cualquier medio de destrucción masiva.

Así también, la sanción de este artículo responde en forma directa al Artículo N° 8 de la Constitución Nacional, penaliza las mismas conductas que ya fueron prohibidas por este artículo el cual “prohíbe la fabricación, el montaje, la importación, la comercialización, la posesión o el uso de armas nucleares, químicas y biológicas.”

El sujeto activo del hecho puede ser cualquier persona, pues la redacción del artículo no exige una calidad especial, sancionando a todo “el que” realice las mencionadas actividades.

La sanción impuesta es de cinco a diez años de penitenciaría, por lo cual el hecho según las disposiciones del Código Penal, es clasificado como crimen. Por lo cual la tentativa también es punible.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta las disposiciones del artículo N° 321 numeral 4), según las cuales la única sanción imponible en este caso será pena de multa.

El artículo tercero es también consecuencia de las prohibiciones establecidas en el octavo artículo de la Constitución. La Ley 716 en este caso sanciona tres conductas diferentes: la primera, es la de introducir al territorio nacional residuos tóxicos o desechos; la segunda es comercializar los que ya se hallan en el territorio nacional; y la tercera es facilitar los medios o los transportes para que estos residuos puedan ser introducidos o comercializados.

Nos encontramos igualmente ante un crimen, pues las penas previstas son de cinco a diez años de penitenciaría. Sin embargo, este artículo en la actualidad resulta inaplicable ya que el mismo ha sido derogado por el Artículo 201 del Código Penal. Sólo que en este caso la pena principal es de hasta sólo cinco años de privación de libertad. Por lo que se trata de un delito.

No obstante, si el hecho es realizado con la intención de enriquecerse por parte del autor, la pena puede ser aumentada hasta diez años.

Como antecedente de estos artículos también tenemos a la Ley 42/90 “Que prohíbe la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento”. Esta ley en sus artículos 1 y 5, ya establecía penas de “penitenciaría” para los autores de estos hechos.

El artículo número 4 prevé sanciones de tres a ocho años de penitenciaría y multa de 500 a 2000 jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas, a los que realicen las siguientes conductas:

- En el inciso a), sanciona a quienes realicen la tala o quema de bosques o formaciones vegetales.

La Ley que regula la materia forestal en nuestro país es la 422/73 “Forestal”. En esta ley no encontramos una definición de la palabra “bosque”, más si de las que son consideradas “tierras forestales”. El artículo tercero establece: “Entiéndese por tierras forestales a los fines de esta ley, aquellas que por sus condiciones agrológicas posean aptitudes para la producción de maderas y otros productos forestales”. La protección y clasificación otorgada por esta Ley a bosques y tierras forestales es la misma.

Según el Glosario Botánico de Huiña-Pukios, bosques son comunidades vegetales en que predominan los árboles o las plantas leñosas altas escasamente o no ramificadas en la base.

La denominada Ley de “Deforestación Cero”⁸⁷¹ también nos da una definición, mucho más específica, de lo que debía ser entendido por “bosque”, pero solo a los efectos de esa ley. En su artículo 5º inciso b, establecía que bosque es el: “Ecosistema nativo o autóctono, intervenido o no, regenerado por sucesión natural u otras técnicas forestales, que ocupa una superficie mínima de dos hectáreas, caracterizadas por la presencia de árboles maduros de diferentes edades, especies o porte variado, con uno o más doseles que cubran mas del 50% (cincuenta por ciento) de esa superficie y donde existan más de sesenta árboles por hectáreas de quince o más centímetros de diámetro medido a la altura del pecho

Por formación vegetal, el Diccionario botánico de Huiña Pukius, entiende que es la “Agrupación de comunidades vegetales, delimitable en la naturaleza por caracteres fisionómicos particulares, dependiendo de las formas de vida dominantes y del modo como se efectúa la ocupación del espacio. Una formación vegetal representa la expresión de determinadas condiciones de vida y tienen su base en un tipo de ambiente particular.”

De estas definiciones podemos concluir que el bosque sería una especie de formación vegetal, pero de mayores dimensiones y constituida principalmente por árboles capaces de dar madera u otro tipo de producto forestal.

Este primer inciso también nos exige que la conducta produzca un resultado específico: un grave perjuicio al ecosistema.

⁸⁷¹ Ley N° 2.524/04 De Prohibición En La Región Oriental De Las Actividades De Transformación Y Conversión De Superficies Con Cobertura De Bosques. Su vigencia fue prorrogada por la Ley N° 3139/06.

Como sabemos, la legislación no nos provee del concepto o límites para entender cuando se trata de un “perjuicio grave”⁸⁷². Lo que sí queda muy en claro es que en este caso debe comprarse la causación de un resultado, el cual debe ser “grave”, lo cual excluye definitivamente los hechos bagatelarios

La importancia de proteger a los bosques debido a los graves daños que ya se han ocasionado a estos recursos naturales, ha sido reconocida por la jurisprudencia paraguaya. Por ejemplo en la SD N° 40 del 15 de octubre del 2001, en la causa “Detlef Andreas Manfred y Clovis Gasques s/ hechos punibles c/ las bases naturales de la vida humana” el Tribunal de Sentencia ha fundado la condena afirmando que “es de destacar que las secuelas que han dejado la deflagración del bosque, hasta hoy pueden ser acusadas por los sentidos, y lo será por mucho tiempo, dado que la recuperación del medio ambiente una vez que es dañado de esa forma, como todos lo sabemos, se produce con el transcurso de muchos años, y esto si no se vuelve a cometer actos que lo dañen, y si es permitido por la propia naturaleza”

- El segundo inciso, inciso b), sanciona a quienes procedan a la explotación forestal de bosques declarados especiales o protectores. La definición de este tipo de bosques está dada en la ley 422/73 “Forestal”, en los artículo 6 y 7.

Vemos que en este caso, no se exige la comprobación de un grave daño, justamente por el valor que tienen y la finalidad que cumplen esta clase de bosques. Por lo que la mera explotación de los mismos ya supone un peligro para el ecosistema.

- El inciso c) castiga el tráfico y la comercialización ilegal de rollos de madera o sus derivados. Para saber cuando la comercialización y el tráfico serían “ilegales” nos remitimos a las disposiciones de la Ley 422/73 “Forestal”, la cual establece que “El transporte y la comercialización de las maderas y otros productos forestales, no podrá realizarse sin las correspondientes guías extendidas por el Servicio Forestal Nacional. Dichas guías especificarán: Cantidad, especie, peso o volumen, procedencia y destino del producto transportado.” (Art. 26).

Con respecto a si la presentación tardía de guías que amparen los productos forestales, exime de culpa al autor, la Corte Suprema de Justicia ha opinado en el Acuerdo y Sentencia N° 167, de fecha 2 de abril del 2007⁸⁷³, que: “los documentos deben estar antes o en el momento de ser llevadas a cabo las acciones, no después. Cabe la posibilidad que por cuestiones materiales, el autor no los tenga consigo por tenerlos en

⁸⁷² En la página 35 de este artículo se hace mayor referencia a la interpretación que tiene el concepto de “grave” en la doctrina y jurisprudencia.

⁸⁷³ CS, Paraguay, Sala Penal, 2007/04/02. Díaz de Bedoya, Blas Gustavo s/ Comercialización ilegal de productos forestales. (Ac. y Sent. N° 167).

otro lugar, por seguridad o por tenerlos otra persona, pero en tales eventualidades los mismos deberían ser acercados rápidamente al Ministerio Público”.

- Por último, el inciso d) sanciona la realización de obras hidráulicas de cualquier tipo, y provee ciertos ejemplos de este tipo de obras, tales como la canalización, desecación, represamiento. Pero el tipo penal exige que la conducta cause un resultado específico, en realidad, dos resultados están previstos, en forma alternativa. Uno es la alteración del régimen natural de las fuentes o cursos de agua de los humedales. Y el otro, que el hecho atente contra los mecanismos de control de aguas o las destruyan.

Para saber cuando nos encontramos en presencia de un humedal, podemos remitirnos a la definición otorgada por la Convención relativa a los Humedales de importancia internacional, más conocida como Convención RAMSAR. La misma fue ratificada en nuestro país por Ley N° 350/94, y establece que: “Son humedales las extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros.”

Como vemos, la definición otorgada por la Convención es sumamente amplia. Y crea confusiones a la hora de aplicar la ley penal, pues ni la propia Secretaría del Ambiente ha unificado sus criterios técnicos para establecer cuando una determinada extensión de agua será clasificado como humedal o no. Por lo que convendría especificar que se entenderá por humedal a los fines de este artículo, identificando exactamente cuál es el ámbito de protección penal que se le quiere dar.

.En este caso en particular se prevé la posibilidad de excluir la punibilidad de la conducta si es que la actividad realizada cuenta con autorización expresa de la autoridad competente. La autoridad competente en este caso sería la Secretaría del Ambiente, según su Ley de Creación N° 1561/00.

Únicamente porque la ley así lo dispone, se puede despenalizar la conducta gracias a la autorización administrativa. Pues en ninguno de los otros casos, la existencia de una autorización excluiría la tipicidad, porque ningún acto de carácter administrativo tiene primacía sobre disposiciones legales. Podría no obstante tenerse en cuenta para excluir la reprochabilidad configurándose por ejemplo error de prohibición, mas esto sería objeto de análisis en cada caso particular y atendiendo a todas las circunstancias del hecho.

El otro posible resultado es que los hechos realizados “atenten contra los mecanismos de control de aguas o las destruyan.”

El artículo 5to sanciona con penitenciaría de uno a cinco años y multa de 500 (quinientos) a 1500 (mil quinientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas, a las personas que realicen los siguientes actos:

- Destruyan las especies de animales silvestres en vías de extinción y los que trafiquen o comercialicen ilegalmente con los mismos, sus partes o productos.

La lista de especies de animales silvestres que se encuentran en peligro de extinción, se encuentra en el Apéndice I de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES). Este Convenio fue ratificado en nuestro país por Ley N° 583/73.

- Practiquen manipulaciones genéticas sin la autorización expresa de la autoridad competente o difundan epidemias, epizootias o plagas.

La autoridad con competencia para regular y prevenir todo lo referente a plagas y enfermedades que puedan afectar la calidad y salud animal, es el Servicio Nacional de Calidad y Salud Animal (SENACSA), según lo establecido en su ley de creación N° 2426/04.

También la Ley N° 123/91 “Que Adoptan Nuevas Formas De Protección Fitosanitarias” establece restricciones y medidas de control y prevención contra plagas que puedan ser dañinos para las plantas y productos vegetales. La autoridad de aplicación de esta Ley es el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE), que fue creado por Ley N° 2459 en el año 2004.

- Los que introduzcan al país o comercialicen en él con especies o plagas bajo restricción fitosanitaria o faciliten los medios, transportes o depósitos

Al igual que en el punto anterior, se debe atender a lo establecido en la Ley N° 123/91, así como a la Ley N° 385/94 “De Semillas y Protección de Cultivares”, y a toda otra actualización que al respecto pueda establecer la SENAVE.

- Los que empleen datos falsos o adulteren los verdaderos en estudios y evaluaciones de impacto ambiental o en los procesos destinados a la fijación de estándares oficiales

La Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”, y su Decreto Reglamentario N° 14281, regulan todo lo referente a los Estudios y Evaluaciones de Impacto Ambiental.

La autoridad de aplicación de estas leyes es la Secretaría del Ambiente. Ante esta institución se presentan las evaluaciones y estudios de impacto ambiental, que deben ser

elaborados por consultores debidamente habilitados para estas tareas, y contratados por los titulares de los proyectos.

Utilizar datos falsos o alterar los verdaderos en estos documentos, y presentarlos ante la Secretaría del Ambiente para su aprobación, constituye la conducta sancionada en el presente inciso.

- Los que eludan las obligaciones legales referentes a medidas de mitigación de impacto ambiental o ejecuten deficientemente las mismas.

Nuevamente para conocer cuales son estas obligaciones, debemos remitirnos a la Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”, y su Decreto Reglamentario N° 14281.

Las medidas de mitigación de impacto ambiental, son aquellas destinadas a evitar o controlar los efectos perjudiciales que la realización del proyecto puede causar al medio ambiente.

Estas medidas de mitigación están contenidas dentro del Plan de Gestión Ambiental, el cual es una parte del Estudio de Impacto Ambiental. Una vez aprobado este estudio, la Secretaría del Ambiente (SEAM) expide una licencia, que autoriza la ejecución del proyecto y contiene la obligación de cumplir con el Plan de Gestión Ambiental.

Ahora bien, ¿a que se refiere la ley cuando decide sancionar a aquellos que “eludan las obligaciones legales” referentes a las medidas de mitigación de impacto ambiental?

¿Únicamente debemos sancionar a aquellos que cuenten con un EvIA e incumplan las medidas de mitigación en él contenidas? ¿O debemos sancionar también a quienes siquiera se hayan presentado a la SEAM para obtener su licencia ambiental?

La Ley 294/93 en su artículo primero establece la obligatoriedad de la Evaluación de Impacto Ambiental. Asimismo establece en el artículo séptimo cuales son los proyectos o actividades que requerirán una EvIA.

Y como en el proceso de Evaluación de Impacto Ambiental son establecidas las medidas de mitigación, realizar una actividad o un proyecto sin contar con un EvIA, sería “eludir” una obligación legal referente a las medidas de mitigación.

No obstante, esta interpretación de la norma aún no ha sido aplicada en un caso concreto. Esto debido a que si el Ministerio Público decidiera iniciar procesos penales a todos los emprendimientos que no cuenten con la licencia ambiental correspondiente, la

labor sería interminable debido que en nuestro país aún son muy elevados los niveles de incumplimiento de esta normativa.

No obstante, si se han aplicado sanciones penales a aquellos emprendimientos que, contando con licencia ambiental, han cumplido con las medidas de mitigación aprobadas por la SEAM. Esto genera una situación un tanto injusta ya que son susceptibles de esta sanción, aquellos que se han sometido al proceso de evaluación, pero no quienes sí han hecho el esfuerzo de obtener su licencia.

-El artículo sexto original de la Ley 716 ha sido modificado en el año 2005 por la Ley N° 2717, y ha quedado redactado de la siguiente forma: “El que infrinja las normas y reglamentos que regulan la caza, la recolección o la preservación del hábitat de especies declaradas endémicas o en peligro de extinción será castigado con pena privativa de libertad de uno a cinco años o con multa de quinientos a mil jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas. En ambos casos se aplicará, además, el comiso de los elementos utilizados para el efecto.”

Esta primera parte del artículo prácticamente no ha sido alterada. La modificación consiste en que la nueva redacción del artículo ha incluido una descripción taxativa de cuales son las conductas que infringen las normas y reglamentos que regulan la pesca. Establece que: “Serán castigados con la misma pena establecida en el párrafo anterior, las siguientes conductas en infracción de normas y reglamentos que regulan la pesca: 1. Captura de especies de la fauna íctica en época de veda o de prohibiciones 2. Captura de especies de la fauna íctica en cantidades no autorizadas 3. Captura de especies de la fauna íctica en zonas prohibidas o restringidas 4. Captura de especies de la fauna íctica utilizando procedimientos de pesca prohibidos y artes de pesca no permitidos 5. La realización de actividades que impidan o dificulten la reproducción o migración de las especies ícticas. 6. La utilización de explosivos como métodos de pesca 7. Los actos previos y posteriores a la extracción de los recursos pesqueros, las operaciones de apoyo para la extracción, la recolección o el acopio después de la captura a los fines de su comercialización, procesamiento o tráfico sin la licencia previa de la autoridad administrativa o fuera de los límites permitidos para el aprovechamiento de los recursos. En todos los casos será castigada también la tentativa Se entenderá por pesca, a los efectos de este artículo, toda acción de búsqueda o persecución de peces con el fin de capturarlos o matarlos, ya sea con fines comerciales, deportivos o de subsistencia”

Como vemos, el artículo fue redactado con la técnica de la ley penal en blanco, y hace una remisión directa a todas las normas y reglamentos que regulan la caza, la recolección o la preservación del hábitat de especies declaradas endémicas o en peligro de extinción.

Por tanto, lo que este artículo estaría haciendo es penalizar todo tipo de conductas que en el principio serían tan solo merecedoras de sanciones administrativas. Como los mencionan los Doctores González Macchi y Casañas Levi en su libro “Comentarios a la

Ley 716/96” “como falencia se presenta la no-descripción de las conductas prohibidas, puesto que se utiliza el término infringir, con lo que se indica que cualquier violación a normas administrativas, que tampoco son precisadas, puede ser considerada penalmente relevante, pudiendo constituirse el precepto en violación al principio de legalidad”.

Justamente la imprecisión de las conductas que pueden o no ser sancionadas, fue lo que llevó a los legisladores a modificar el artículo, citando una serie de infracciones referentes a la pesca que serán sancionadas.

Nuevamente se comete el error de sancionar penalmente infracciones que deberían ser relegadas al ámbito administrativo, rayando los límites de la inconstitucionalidad. Se penalizan conductas que en muchos casos no revestirían la gravedad necesaria para justificar su inclusión en el sistema penal.

El artículo séptimo, sanciona a Los responsables de fábricas o industrias que descarguen gases o desechos industriales contaminantes en la atmósfera por sobre los límites autorizados. Consideramos que este artículo ha sido derogado por el artículo 198 del Código Penal de la “Contaminación del Aire”.

Lo mismo sucede con el artículo octavo, el cual sancionaba a Los responsables de fábricas o industrias que viertan efluentes o desechos industriales no tratados de conformidad a las normas que rigen la materia en lagos o cursos de agua subterráneos o superficiales o en sus riberas. Esta conducta forma parte de las que fueron sancionadas en el Artículo 200 del Código Penal “Procesamiento ilícito de desechos”

El artículo noveno preceptúa que “Los que realicen obras civiles en áreas excluidas, restringidas o protegidas, serán castigados con seis meses a dos años de penitenciaría y multa de 200 (doscientos) a 800 (ochocientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas”.

Lo que se sanciona en el presente artículo no es tan solo la construcción de una obra civil, sino que se lo haga en un lugar prohibido por alguna norma en particular. Por ejemplo, la Ley N° 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”, establece cuáles son las áreas de protección, y lo que podrá o no hacerse en las mismas. La Ley 422/73 “Forestal” dispone ciertas obras prohibidas en los bosques de protección, etc.

El artículo décimo, establece una sanción de penitenciaría de seis a dieciocho meses y multa de 100 (cien) a 500 (quinientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas, para las siguientes actividades:

- Los que con ruidos, vibraciones u ondas expansivas, con radiación lumínica, calórica, ionizante o radiológica, con efecto de campos electromagnéticos o de fenómenos de cualquier otra naturaleza violen los límites establecidos en la reglamentación correspondiente.

- Los límites para ruidos se encuentran en la Ley 1100 de “Polución Sonora”. Más esta misma conducta ya fue sancionada por el Código Penal en el Artículo 198 “Contaminación del aire”, por lo esta parte del artículo se encuentra derogada.

En cuando a la radiación lumínica, calórica, ionizante o radiológica con efecto de campos electromagnéticos, aún no contamos con normativa que establezca los límites correspondientes, por lo que los preceptos de esta norma se vuelven inaplicables.

- Los que violen las vedas, pausas ecológicas o cuarentenas sanitarias; y,

Los períodos de veda y de caza son establecidos por la Secretaría del Ambiente, según las atribuciones que le fueron otorgadas por su ley de creación, la 1561/00. En cuanto a períodos de cuarentena para la protección de animales, SENACSA es la autoridad encargada de establecer las restricciones para prevenir enfermedades.

- Los que injustificadamente se nieguen a cooperar en impedir o prevenir las violaciones de las regulaciones ambientales, o los atentados, accidentes, fenómenos naturales peligrosos, catástrofes o siniestros.

Negarse a cooperar requiere necesariamente que haya un pedido o solicitud expresa por parte de las autoridades, para colaborar a impedir o prevenir una determinada violación de las regulaciones ambientales, o en casos de que nos encontremos ante un extraordinario caso de un accidente, catástrofe o fenómeno natural que cause un peligro al equilibrio del ecosistema o a la seguridad de las personas.

El artículo 11 establece que: “Los que depositen o arrojen en lugares públicos o privados residuos hospitalarios o laboratoriales de incineración obligatoria u omitan la realización de la misma, serán sancionados con seis a doce meses de penitenciaría y multa de 100 (cien) a 500 (quinientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas.”

La Resolución del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social N° 548/96 “Por el cual se establece normas técnicas que reglamentan el manejo de los desechos sólidos”, define a los residuos hospitalarios como: aquellos materiales orgánicos e inorgánicos que se desechan como resultado de las distintas funciones que se cumplen en un centro asistencial; que por sus características y composición, pueden ser reservorio o vehículo de infecciones, denominándose también como patológicos e infectantes” E incluye a los residuos laboratoriales como un tipo de residuo hospitalario.

El Capítulo IV de esta resolución regula todo lo referente al transporte, almacenamiento y disposición de los residuos hospitalarios.

El Artículo 12 sanciona a los que depositen o incineren basuras u otros desperdicios de cualquier tipo, en las rutas, caminos o calles, cursos de agua o sus

adyacencias, con multa de 100 (cien) a 1.000 (mil) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas.

Debido a la poca gravedad que en muchos casos suelen revestir estos hechos, su sanción correspondería más bien al ámbito administrativo o municipal. Mas los legisladores lo han incluido como norma penal debido a la falta de acción por parte de las autoridades administrativas, y han pretendido de esta forma prevenir o sancionar conductas que son muy comunes en nuestras ciudades y poblaciones.

No obstante, no debemos olvidar que el Derecho Penal es la última ratio del Estado, por lo que la gravedad es el límite que debemos tener en cuenta para sancionar estas conductas.

El artículo número trece preceptúa que Los propietarios de vehículos automotores cuyos escapes de gases o de niveles de ruido excedan los límites autorizados serán sancionados con multa de 100 (cien) a 200 (doscientos) jornales mínimos legales para actividades diversas no especificadas y la prohibición para circular hasta su rehabilitación una vez comprobada su adecuación a los niveles autorizados.

Las mismas consideraciones hechas en el artículo precedente, son aplicables a este artículo. Difícilmente las emisiones de gases o niveles de ruidos provenientes de vehículos automotores, revestirán la gravedad necesaria para justificar la intervención penal.

La sanción de estos hechos debería ser limitada al ámbito administrativo. La Municipalidad de Asunción por ejemplo cuenta con ordenanzas que regulan los límites máximos de emisión de gases por parte autovehículos. Y cuenta con sanciones para casos de incumplimiento.

Así también la Dirección Nacional de Transporte (DINATRA) por Resolución.11/05, ha establecido los niveles admisibles de emisión de gases contaminantes aplicables a los vehículos de transporte público de pasajeros y cargas movidos a gasoil.; y pueden sancionar a los vehículos de transporte público como parte del procedimiento de verificación técnica vehicular.

Recientemente la Secretaría del Ambiente ha emitido la Resolución. 001/07 “Por la cual se establecen los parámetros de emisión de poluyentes vehiculares y se establecen multas a infractores” Por lo que actualmente también la Secretaría del Ambiente puede sancionar este tipo de conductas.

Por tanto con respecto a este artículo se presentan dos cuestionamientos:

Uno, que existen mecanismos administrativos y municipales para sancionar la contaminación por medio de autovehículos. Por lo que teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad del Derecho Penal, deberíamos limitar la sanción de estas conductas al ámbito administrativo, debido a que de forma individual no revisten la gravedad necesaria para su inclusión en el sistema penal.

En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que el Artículo 198 del Código Penal, también sanciona a quienes indebidamente contaminaran el aire, considerando como indebida la contaminación cuando se excedan los valores de emisión establecidos por la autoridad administrativa competente.

Con lo que nos encontramos ante una superposición de conductas, siendo los responsables de los vehículos también pasibles de las sanciones contenidas en el artículo 198 del Código Penal. Con lo que el artículo trece de la Ley 716/96 quedaría derogado por el 198 del Código Penal.

El artículo número catorce enumera las concretas circunstancias que incrementan el grado de reproche jurídico implícito en los hechos punibles sancionados por esta ley.

Es decir, cuando se de alguna de estas circunstancias la sanción aplicada deberá ser superior en grado dentro del marco penal previsto para el tipo, en virtud al principio de proporcionalidad del derecho penal que establece que la gravedad de la pena debe tener en cuenta la gravedad del reproche penal.

Es lo que la doctrina denomina “circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”.⁸⁷⁴

El mencionado artículo preceptúa que: Se consideran agravantes: a) El fin comercial de los hechos; b) La prolongación, magnitud o irreversibilidad de sus consecuencias; c) La violación de convenios internacionales ratificados por la República o la afectación del patrimonio de otros países; d) El que los hechos punibles se efectúen en parques nacionales o en las adyacencias de los cursos de agua; y, e) El haber sido cometido por funcionarios encargados de la aplicación de esta Ley.

El artículo número quince establece sanciones adicionales en caso de que los responsables de los hechos punibles sean funcionarios de la administración pública. Menciona que: “Los funcionarios públicos nacionales, departamentales y municipales, y los militares y policías que fueren hallados culpables de los hechos previstos y penados por la presente Ley, sufrirán, además de la pena que les correspondiere por su responsabilidad en los mismos, la destitución del cargo y la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por diez años.”

⁸⁷⁴ BLANCO LOZANO, Carlos. “Derecho Penal.”; Editorial J.M Bosch; Sevilla (España); 2000.

Estas sanciones adicionales no obstante no podrán ser aplicadas, ya que el Código Penal en su artículo 37 establece cuales son las únicas penas que podrán ser aplicadas a un hecho punible, entre las cuales no se incluyen las de destitución del cargo e inhabilitación para el ejercicio de un cargo público. Y en virtud del artículo 4to las disposiciones del libro primero, Parte General, del Código Penal son aplicables a los hechos punibles previstos por las leyes especiales.

4.2 Código Penal

En fecha 26 de noviembre del año 1997 fue sancionado el "Código Penal", por Ley N° 1160/97. Dentro del Título III que sanciona los "Hechos punibles contra la Seguridad de la Vida y la Integridad física de las personas", en el Primer Capítulo denominado "Hechos Punibles contra las bases naturales de la vida humana", fueron incluidos seis tipos penales de carácter medioambiental.

El legislador penal no sigue sin embargo, la línea marcada por la Constitución del Paraguay y cuando aborda la protección del "medio ambiente" no enuncia como bien jurídico autónomo, sino que prefiere la perífrasis "hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana".

Quizá el motivo del distanciamiento del legislador penal del mandato constitucional que prevé el delito ecológico y enuncia como bien jurídico protegible el medio ambiente se deba a la excesiva dependencia del Código penal de Paraguay con el Código penal alemán. El paralelismo es casi evidente si se comparan el artículo 197 con el 324 del Código penal alemán ambos referidos a la protección de la pureza de las aguas, 198 y 325, sobre contaminación del aire, etc.

Efectivamente, los epígrafes tanto del título como del capítulo abandonan el camino marcado por la Constitución del Paraguay y no hacen mención al medio ambiente como bien jurídico protegido. Pero además, los tipos se construyen más como infracciones administrativas que como tipos penales.

La técnica de tipificación opta por tipificar, por un lado, conductas en atención al objeto medioambiental que tales conductas afectan, aguas, aire, suelo, reservas naturales en los artículos 197, 198 199 y 202 respectivamente, y por otro, conductas de tratamiento ilícito de sustancias peligrosas, en los artículos 200 y 201.

Se derogaron algunas conductas contenidas en la ley especial, especificando requisitos objetivos diferentes para la configuración de tipos penales. En especial para el procesamiento ilícito de desechos y la contaminación de aire. Asimismo contempla de nuevo como hecho punible el ingreso de sustancias nocivas en el territorio Nacional, sancionando la contaminación producida por petróleo y sus derivados como delito autónomo, e incluyendo la sanción para actividades como alteración de hidrosistemas en

áreas de parques y la utilización de abonos fertilizantes y pesticidas fuera de las normativas de carácter administrativo.

4.2.1 Artículo 197 “Ensuciamiento Y Alteración De Las Aguas”

El primer artículo N° 197 trata del “Ensuciamiento y Alteración de las Aguas”

El mismo preceptúa que: “El que indebidamente ensuciara o, alterando sus cualidades, perjudicara las aguas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa...”

El recurso natural protegido por este tipo penal es el agua. El propio artículo nos da una aclaración con respecto a los tipos de agua que son protegidas en su inciso 6° en el cual establece que: “Se entenderán como aguas, conforme al inciso 1°, las subterráneas y las superficiales junto con sus riberas y cauces.”

Según Paz M. de la Cuesta Aguado, la protección abarca tanto el agua en sí misma, como el entorno que la rodea, es decir, las orillas o cauce del curso. Cabe entender también que la protección se realiza con independencia de si se trata de agua dulce o salada, por lo que también puede considerarse "aguas" a efectos del artículo 197, las marinas -si hubiera-. Queda excluida el agua procedente de la lluvia. Así por ejemplo la emisión de gases que provocara lluvia ácida no sería típica a efectos del artículo 197.⁸⁷⁵

Los verbos rectores son dos: 1: ensuciar, o 2: perjudicar alterando sus cualidades.

Pero no cualquier tipo de alteración es punible en este caso, ya que el artículo establece que: “Se entenderá como indebida la alteración cuando se produjera mediante el derrame de petróleo o sus derivados, en violación de las disposiciones legales o de las decisiones administrativas de la autoridad competente, destinadas a la protección de las aguas.”

La sustancia contaminante debe ser petróleo o alguno de sus derivados. Se concluye que se trata de derivados en estado líquido pues habla de “derrame”, y solamente sustancias líquidas pueden ser derramadas.

Exige además que el “derrame” sea realizado en violación de las disposiciones legales o de las decisiones administrativas de la autoridad competente, siempre que éstas sean destinadas a la protección de las aguas.

⁸⁷⁵ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M.- “La protección del agua, aire y suelo en el Código Penal de 1998, comentarios al Código Penal Paraguayo.”; Revista Poenalis; España.

Nuevamente nos encontramos ante el problema de que el tipo penal nos remite a disposiciones de carácter administrativo, de forma tan amplia y vaga, rayano a los límites del principio de legalidad.

No obstante, la autoridad competente sería para dictar resoluciones de protección de las aguas sería la Secretaría del Ambiente.

El artículo continúa estableciendo un agravante, para el caso de que el hecho tenga fines de lucro: “2º Cuando el hecho se realizara vinculado con una actividad industrial, comercial o de la administración pública, la pena privativa de libertad podrá ser aumentada hasta diez años. “

La tentativa también es punible en el presente artículo ya que así lo establece el inciso 3º En estos casos será castigada también la tentativa.

También es punible la conducta culposa, pero con una pena reducida de hasta dos años de pena privativa de libertad o con multa.

En el inciso quinto se incluye una disposición especial que sanciona a aquellos que teniendo una posición de garante con respecto a la protección de las aguas, omitan evitar un perjuicio a las aguas. Se exigen dos condiciones en el sujeto: que conozca del ensuciamiento o la alteración de las aguas, y que tenga la obligación de evitar éstas conductas.

La conducta consiste en una omisión: no tomar las medidas idóneas para desviar o reparar el resultado y no dar noticia a las autoridades.

La pena prevista es de hasta dos años privativa de libertad o multa.

4.2.2 Artículo 198 – Contaminación Del Aire

El artículo 198 contiene la tipificación de dos conductas diferentes:

En el primer numeral, habla de contaminar el aire. En el segundo, la conducta es la de emitir ruidos. Pero la diferencia entre ambos es que en el primero nos encontramos ante la tipificación de un delito de resultado. El tipo penal exige que se produzca la contaminación del aire. La finalidad de este inciso es proteger el recurso aire, la atmósfera, de aquellas emisiones que sean dañinas para este bien protegido.

La utilización del verbo “contaminar”⁸⁷⁶ resulta un tanto controvertida, pues el mismo implica más bien un resultado que una acción concreta. Y además, medir cuando

⁸⁷⁶ Según el Juzgado Penal de Liquidación y Sentencias de Paraguari “definiendo el término de contaminar en el concepto que nos interesa es un acto por el cual se adultera, se vicia o corrompe las propiedades

un sujeto ha “contaminado” el aire, sería una cuestión muy difícil de probar, pues en la actualidad el aire ya se encuentra contaminado. Por lo que el resultado no sería directamente causado por la persona.

Sería más correcto sancionar la “emisión” de gases, humos o sustancias contaminantes a la atmósfera. De esta forma se facilitaría al legislador la tarea de interpretar el tipo penal.

En el segundo inciso sin embargo, el tipo penal es de un delito de peligro, pues lo que se exige es que los ruidos emitidos sean capaces de dañar la salud de las personas. No se exige la comprobación de un perjuicio a la salud para la configuración del tipo. En este caso, la protección va dirigida a la salud de las personas, y no al equilibrio del ecosistema en sí.

Pero el artículo establece una modalidad común para ambas conductas; los elementos generadores de la contaminación o de la emisión de ruidos deben ser instalaciones o aparatos técnicos.

Según Paz De la Cuesta, por instalación hemos de entender el conjunto de muebles e inmuebles destinados a la producción industrial o a la actividad comercial, que se caracterizaría por la agrupación coordinada y funcional de acuerdo a los fines empresariales de maquinaria o tecnología más o menos compleja que se encuentra ubicada y en funcionamiento (instalados) de forma estable y permanente en un inmueble. Instalación puede ser aplicado tanto a un complejo deportivo (instalaciones deportivas) como a un aserradero (instalación industrial), como a una discoteca o a un bar, como a las propias de un colegio para párvulos.

Por aparatos técnicos se ha de entender el conjunto de piezas construido para funcionar unitariamente con finalidad práctica determinada. El calificativo técnico hace referencia a que ha de ser fruto de la aplicación práctica de los saberes humanos. Pero aparato técnico puede ser tanto un avión como un televisor, un acelerador de electrones como un interruptor de luz, un ordenador como una bicicleta o una trompeta

Como vemos, la interpretación que se puede dar a los vocablos “instalación” y “aparatos técnicos” es sumamente amplia, por lo que el espectro de conductas penadas por el artículo también resulta muy amplio.

naturales de una cosa y sustancia, es decir, alterando la pureza de algo. En una misma consideración tiene su significado jurídico penal: cambiar el estado natural de la tierra, el agua, la atmósfera o el ambiente en general agregando sustancias o elementos que alteran dicho estado..” (SD N° 02 del 14 de julio del 2004, Causa “Eric Lorenz, Nery Guzmán Rivas y Julio César Chávez s/ hechos punibles c/ el medio ambiente en Ybycui”

Otra modalidad del tipo penal, es el carácter indebido que debe tener la contaminación o la emisión de ruidos. Para saber cuando estas conductas son “no-debidas”, se nos ofrecen tres alternativas. Cuando:

1. no se hayan cumplido las exigencias de la autoridad competente respecto a las instalaciones o aparatos;

En este numeral el tipo nos plantea una remisión a las disposiciones administrativas, utilizando la palabra “exigencias”. La interpretación que podemos hacer de la misma es bastante amplia, pues una las “exigencias” pueden estar contenidas tanto en una ley, resolución o normativa, como en un permiso o licencia.

En cuanto a cual es la autoridad competente para emitir estas exigencias, existen diversos organismos que pueden regular como deben ser las instalaciones o aparatos. Así por ejemplo, el Ministerio de Justicia y Trabajo puede dictar reglamentaciones atinentes a salvaguardar la seguridad de los trabajadores.

No obstante, las interpretaciones siempre deben ser realizadas teniendo en cuenta el contexto de la norma. Por lo que, siendo el objeto del tipo penal la protección del aire contra sustancias contaminantes o ruidos nocivos, estas exigencias deben ir directamente relacionadas a la protección de estos bienes jurídicos.

Por tanto, una autoridad competente sería la Secretaría del Ambiente, que puede emitir tanto reglamentos generales como permisos particulares, que contengan exigencias relativas a las instalaciones y aparatos técnicos. Y debería hacerlo en forma conjunta con el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social.

Además se supone que la exigencia ha de referirse a la instalación o al aparato concreto utilizado para las emisiones indebidas.

2. se hayan violado las disposiciones legales sobre la preservación del aire;

Esta segunda alternativa nos remite también a otras disposiciones, aunque en este caso hace la aclaración que debe tratarse de disposiciones legales. Es decir, establecidas por ley.

Estas leyes deben tener como fin la protección del recurso “aire”.

3. se hayan excedido los valores de emisión establecidos por la autoridad administrativa competente.

Finalmente el tercero de los supuestos hace referencia a los valores límite y su incidencia en el tipo. Los valores-límite contenidos en la normativa administrativa sirven en este para marcar la línea divisoria entre la licitud o ilicitud del ejercicio de la correspondiente actividad.

En cuanto a valores máximos para la emisión de ruidos, contamos con la Ley 1100/97 “De Polución Sonora”, por la cual se establecen los niveles máximos de emisión de ruidos.

Con respecto a estos niveles, cabe hacer la acotación de que los mismos son sumamente estrictos. Especialmente aquellos que fueron fijados para los horarios nocturnos. Pongamos como ejemplo un local nocturno que funciona al aire libre, los ruidos provenientes de las voces de las gentes, sin necesidad de poner música, sobrepasarán los niveles permitidos por esta ley.

Por tanto, es sumamente importante tener cuidado con la mera remisión a los valores permitidos para la configuración del hecho punible. Pues la norma penal requiere que los ruidos emitidos sean capaces de causar grave daño a la salud de las personas. Esta potencialidad del daño es lo que hace a la conducta merecedora de las sanciones penales.

Es importante tener en cuenta además la realidad de nuestro país, en donde en la mayor parte de las poblaciones no se cumplen con las disposiciones de un ordenamiento territorial. Por lo que encontrar establecimientos industriales rodeados de viviendas es sumamente común.

Esta situación genera aún mayores inconvenientes, porque el establecimiento puede contar con todas las autorizaciones administrativas, e incluso puede haberse establecido ahí antes de que existan las viviendas. Por lo que es de mucha importancia atender si en cada caso concreto serían reprochables los responsables de estas industrias, por la emisión de ruidos molestos.

Sería recomendable que la norma legal utilizada para llenar el tipo penal de contaminación del aire establezca valores menos estrictos que los establecidos por la ley 1100.

En lo que se refiere a valores máximos de contaminación del aire, no existe en el ordenamiento jurídico paraguayo norma alguna que sea adecuada para llenar el tipo penal del artículo 198.

Existen varias reglamentaciones que regulan los niveles máximos de emisión de gases por parte de autovehículos. La SEAM ha emitido este año la Resolución N° 001/07 en la cual se establecen los parámetros de emisión de poluyentes vehiculares. Asimismo la Dirección Nacional de Transporte ha emitido la Resolución N° 11/05 “Por la cual se establecen los niveles admisibles de emisión de gases contaminantes aplicables a los vehículos de transporte público de pasajeros y cargas movidos a gasoil”.

También contamos con ordenanzas emitidas por la Municipalidad de Asunción que reglamentan los niveles de emisión de gases al ambiente.

Más teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad del derecho penal, difícilmente la emisión de gases por parte de vehículos reúna la gravedad necesaria para poder tipificar estas conductas dentro de las disposiciones del artículo 198.

Más bien deberíamos dejar la sanción de estos hechos al ámbito administrativo. Para llenar los vacíos del tipo penal de contaminación del aire, deberíamos contar con una norma a nivel nacional que establezca los niveles máximos de inmisión en y emisión a la atmósfera de gases contaminante.

Tal como lo manifiesta el Dr. Ezequiel Santagada: “Creemos que es posible (y deseable) la sanción y promulgación de una ley que establezca los límites máximos de inmisión en y de emisión a la atmósfera de gases contaminantes que complete el tipo penal del Art. 198. Los niveles máximos recomendados no varían significativamente en el tiempo, por lo cual no puede acudir al argumento de que es una cuestión en constante cambio por los avances de la ciencias. Por supuesto esta norma debería ser propuesta por las autoridades a quienes por ley se les ha encomendado esta tarea, el MSPBS y la SEAM.”⁸⁷⁷

El numeral tres prevé las circunstancias agravantes, que posibilitan elevar la pena a diez años de privación de libertad y son: que el hecho se realizara vinculado con una actividad industrial, comercial o de la administración pública.

La conducta culposa es castigada en el numeral cuatro, con una pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

4.2.3 Artículo 199 -Maltrato De Suelos

El artículo 199 sanciona con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa, al que violando las disposiciones legales o administrativas sobre la admisión o el uso, utilizara abonos, fertilizantes, pesticidas u otras sustancias nocivas para la conservación de los suelos.

El objeto de protección del artículo es el suelo. La finalidad es protegerlo de las sustancias nocivas que se utilizan en las prácticas de agricultura. Pero en la mayor parte de los casos concretos, no solamente el suelo podría ser dañado por el uso de estas sustancias nocivas, sino también el agua, la flora y la fauna de la zona afectada.

La conducta fue tipificada como un delito de peligro, pues no se exige la causación de un resultado concreto. Más bien se sanciona la infracción a las normas administrativas, pues la mera utilización de las sustancias en violación a las normas legales o administrativas, ya configuran la realización del tipo.

⁸⁷⁷ SANTAGADA, Ezequiel. “Normas Jurídicas sobre emisión de humos negros y competencias institucionales” La Ley Paraguaya. Año 30 Nro . Marzo del 2007. Página 159.

Por suelo debe entenderse la zona terrestre fértil para uso agrícola o ganadero puesto que hablamos de utilización de abonos, fertilizantes, pesticidas.

Fertilizante es toda sustancia de origen animal o vegetal que se echa sobre el terreno destinado al uso agrícola o ganadero con la finalidad de reforzar los nutrientes contenidos en el mismo y facilitar un mejor desarrollo de las plantas y como consecuencia obtener una cosecha mayor. El tipo penal utiliza también la palabra abono, el cual en realidad sería una especie de fertilizante, por lo que el uso de estos dos vocablos resulta reiterativo.

Pesticidas son sustancias destinadas a combatir plagas, generalmente de parásitos de las cosechas, plantas o animales (insectos, pequeños roedores, etc) que perjudican a las cosechas.

Sustancias nocivas para la conservación de los suelos serán todas aquellas que en la dosis utilizada destruya la zona terrestre fértil para uso agrícola o ganadero o para soporte básico de los ecosistemas. De sustancias nocivas pueden ser calificadas tanto las procedentes de manipulaciones químicas -aceites minerales, residuos tóxicos, mercurio, etc.,- como otras naturales en grandes dosis -sal-. La expresión sustancia es realmente difícil y ambigua.

Una sustancia "admitida" por la ley o disposiciones reglamentarias será aquella cuyo uso está autorizado administrativamente. Las disposiciones sobre el "uso" serán aquellas que establezcan los periodos en los que está permitida la utilización de las sustancias, en que cantidades, en que circunstancias y en que dosis.

En resumen, será típica la conducta de quien utilizara estas sustancias infringiendo la normativa que regula sus condiciones de uso o de quien utilizara sustancias no permitidas.

Es necesario no obstante tener en cuenta la realidad de nuestro país, en que estas conductas generalmente serán llevadas a cabo por campesinos agricultores, gente de bajo nivel educativo, que no conoce y tal vez no tenga capacidad de conocer o comprender la normativa que reglamenta el uso de estas sustancias. De forma complementaria debería sancionarse además a los responsables de la introducción y comercialización de estas sustancias.

También se sanciona la conducta culposa.

4.2.4 Artículo 200.- Procesamiento Ilícito De Desechos

El artículo número doscientos tiene por finalidad protección del medio ambiente tanto como de la salud y seguridad humanas, de los efectos nocivos que pueden causar los desechos.

Desecho o residuos es todo material excedente o de deshecho que ya no es útil ni necesario y que se destina al abandono

Pero el artículo trae su propia definición de lo que debe ser entendido por desechos, mencionando que son aquellas sustancias que sean: 1. venenosas o capaces de causar enfermedades infecto-contagiosas a seres humanos o animales; 2. explosivas, inflamables, o, en grado no bagatelario, radioactivas; o 3. por su género, cualidades o cuantía capaces de contaminar gravemente las aguas, el aire o el suelo.

Como vemos se trata de un delito de peligro pues no se exige que los desechos causen un resultado lesivo sino tan solo que sean potencialmente dañinos para las personas o para el medio ambiente.

Las actividades prohibidas consisten en tratar, almacenar, evacuar o de otra forma echar desechos.

Para que el procesamiento sea ilícito debe ser realizado en una de estas dos formas:

1. fuera de las instalaciones previstas para ello; o
2. apartándose considerablemente de los tratamientos prescritos o autorizados por disposiciones legales o administrativas

Para conocer cuando se configuran estas características debemos remitirnos a las normas administrativas que se refieren a las formas de disposición de residuos y a las instalaciones adecuadas para ellos.

La Resolución 548/96 del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social establece los lineamientos para la disposición de residuos sólidos. En cuanto a los líquidos, para el vertido de efluentes en cauces hídricos la Resolución N° 222/02 de la Secretaría del Ambiente es la que se debe tener en cuenta.

El artículo incluye una condición adicional para la punibilidad, que es la gravedad del daño, pues en el inciso cinco preceptúa que: “El hecho no será punible cuando un efecto nocivo sobre las aguas, el aire o los suelos esté evidentemente excluido por la mínima cuantía de los desechos”. Es decir, deja en claro que no son perseguibles los hechos bagatelarios.

Los incisos tres y cuatro establecen que serán punibles también el hecho tentado y culposo.

4.2.5 Artículo 201.- Ingreso De Sustancias Nocivas En El Territorio

Este artículo sanciona las mismas conductas que ya fueron prohibidas en el artículo 3 de la Ley 716/96, y en la Ley 42/90 “Que prohíbe la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento”. Por tanto, con la inclusión de este Artículo en el Código Penal, las normas anteriores quedan derogadas.

El artículo 201 castiga al que ingresara al territorio nacional residuos o desechos peligrosos o basuras tóxicas o radioactivas; o recibiera, depositara, utilizara o distribuyera dichas sustancias, con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

Quizás los términos utilizados no son los más felices pues son más bien sinónimos. Una basura tóxica es obviamente un residuo peligroso. Por lo que es redundante incluir ambos términos en el artículo.

El Convenio de Basilea “Sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación”, en su Artículo 1º establece una clasificación de los residuos considerados peligrosos.

También el Decreto N° 14281/96 Reglamentario de la Ley 294/93 de Evaluación de Impacto Ambiental, define a los residuos peligrosos como: “Cualquier residuo que contenga cantidades significativas de una sustancia que puede presentar peligro: a) Para la vida o la salud de los organismos vivos cuando se libera al medio ambiente; b) Para la seguridad de los seres humanos o el equipo en plantas de vertido si se manipula incorrectamente.”

Los residuos o desechos peligrosos o basuras tóxicas son definidos en el Decreto N° 18969/97 reglamentario de la Ley N° 42/90, como: “Sustancias o elementos resultantes de los procesos industriales y productos que han sido adquiridos y/o desechados, y que por sus características explosivas, inflamables, oxidantes, tóxicas, infecciosas, radioactivas, corrosivas, etc., pueden causar riesgos presentes o futuros a la calidad de vida de las personas o afectar el suelo, la flora, la fauna, contaminar el aire o las aguas de manera tal que dañen la salud humana o ambiental de nuestro país. “

4.2.6 Artículo 202.- Perjuicio A Reservas Naturales

El presente artículo tiene como objeto proteger áreas de especial interés ecológico, como son las reservas naturales y parques nacionales.

La Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”, es la que regula el establecimiento de éstas áreas de protección, y en la misma se citan las áreas silvestres protegidas que han sido creadas en nuestro país

Define al Área Silvestre Protegida como toda porción del territorio nacional comprendido dentro de límites bien definidos, de características naturales o seminaturales, que se somete a un manejo de sus recursos para lograr objetivos que garanticen la conservación, defensa y mejoramiento del ambiente y de los recursos naturales involucrados.

Las Áreas Silvestres Protegidas podrán estar bajo dominio nacional, departamental, municipal o privado.

Se considera como Área de Reserva a toda aquella propiedad privada que haya sido declarada como tal por el decreto respectivo y que permanecerá bajo esa denominación hasta tanto se finiquite el proceso de conversión en Área Silvestre Protegida bajo dominio público.

El verbo rector de la conducta es perjudicar. El objeto perjudicado será la conservación de partes esenciales de las áreas protegidas. No obstante el artículo no especifica que se entiende por “partes esenciales” y consideramos un tanto vaga a la expresión.

Se trata de un delito de resultado, pues es necesario que la conducta perjudique la conservación de las áreas, y tampoco es cualquier tipo de perjuicio, sino que debe afectar a las partes esenciales del área protegida, y además debe ser causado por alguna de las siguientes alternativas: 1. explotación minera; 2. excavaciones o amontonamientos; 3. alteración del hidro-sistema; 4. desecación de humedales; 5. tala de bosques; o 6. incendio.

La enumeración es taxativa, por lo que si no se da alguna de estas alternativas, no se configura el hecho punible. Se castiga también la conducta culposa.

Es de mencionar, que este artículo sólo prevé una pena máxima de dos años de privación de libertad. Siendo que por similares conductas, el Artículo 203 del Código Penal prevé una pena de hasta cinco años, sin exigir que éstas sean realizadas en un área protegida. Con lo que nos encontramos ante la situación que cuando un incendio se da en una zona que no sea protegida, puede sancionárselo con cinco años de cárcel, siendo que cuando el mismo se da en un área de reserva, tan sólo puede sancionarse con dos años de cárcel.

5. Delitos De Peligro

En los diferentes ordenamientos jurídicos, los delitos ambientales generalmente fueron contruidos como tipos de peligro. Esto respondiendo a la necesidad de adelantar la protección penal a supuestos en los cuales aún no haya acaecido un efectivo daño o lesión al ambiente, ya que la reparación de los mismos es generalmente muy difícil o casi imposible.

Pero antes de entrar a tocar concretamente el tema en lo que se refiere al derecho ambiental, veremos que se entiende en la doctrina por “delito de peligro”.

La esencia de la antijuricidad en el derecho penal, la constituye la ofensa al bien jurídico. Esta ofensa puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro del mismo.

La lesión consiste en la destrucción o daño no solo de bienes materiales, sino también a aquellos de tipo ideal, que no tienen un sustrato material, como el honor, o la libertad.

Pero el derecho penal ha optado por castigar juntamente con la lesión de los bienes, a la puesta en peligro de los mismos.

En las palabras de W. Von Rohland “El derecho penal debe ocuparse no solo del daño real producido a los bienes jurídicos, sino también a la posibilidad del mismo, y con ello, del peligro como objeto importante de la investigación criminal”

Dado que la ley no ofrece una definición de peligro, es necesario establecer una noción válida a los efectos de una mejor comprensión de este concepto.

Así las características esenciales a tener en cuenta cuando se habla de peligro son:

- a). La posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado.
- b). El carácter dañoso o lesivo de dicho resultado.

Como indica V. ROHLAND, citado por Muñoz Conde, "si falta una de esas dos notas, falta también el peligro". No hablaremos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo concuerda con nuestros intereses o no los afecta. "El peligro es, por tanto, la mayor o

menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción".⁸⁷⁸

Para establecer si la acción realizada es peligrosa para un bien jurídico, es preciso que el juzgador conozca la situación de hecho en la que se realiza la acción que está enjuiciando (conocimiento ontológico) y que conozca además las leyes de la naturaleza y las reglas de experiencia por las que se puede deducir que esa acción, realizada en esa forma y circunstancias, puede producir generalmente la lesión de un bien jurídico (conocimiento nomológico).

Así es posible admitir una situación o una conducta peligrosa sin que en ella nuestros intereses se vean en absoluto involucrados y respecto a la segunda característica admite, sin discusión, que el resultado a que puede conducir el peligro ha de ser un resultado dañoso.

Su incorporación a nuestra legislación penal responde a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la conducta lesiva de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta.

Es clásica la distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. En los primeros el tipo requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico, el peligro concreto es el resultado típico. En los de peligro abstracto, por el contrario, se castiga una acción "típicamente peligrosa" o peligrosa "en abstracto", en su peligrosidad típica, sin exigir como en el caso concreto que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido.

El criterio clave es, pues, la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluarlos. La doctrina española expone como ejemplo de los primeros al delito de conducción temeraria cuyo tipo exige, junto a la conducción con "temeridad manifiesta", que se ponga en concreto peligro la vida o integridad de las personas.

Patrón de delito de peligro abstracto sería la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, conducta generalmente muy peligrosa, pero sin exigir una concreta puesta en peligro.

Francisco Muñoz Conde se refiere a los delitos de peligro abstracto, como aquellos supuestos en los que el peligro a que se refiere el delito en cuestión es meramente abstracto y no va referido directamente a bienes jurídicos individuales, sino a

⁸⁷⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal, Parte Especial." Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla; Sevilla (España); 1983.

bienes jurídicos colectivos inmateriales, tales como la seguridad en el tránsito terrestre, las bases naturales de la vida humana, o la seguridad ante riesgos colectivos. Manifiesta el autor español que: “en estos casos se trata de prevenir un peligro general que afecta a la seguridad colectiva y sólo indirectamente a bienes jurídicos individuales, cuya puesta en peligro concreto queda fuera de la configuración típica...”⁸⁷⁹

Como ya hemos mencionado, los delitos ambientales han sido clasificados por la mayor parte de los grandes autores doctrinarios como delitos de peligro. La cuestión de fundamental divergencia consiste en definir si se trata de delitos de peligro concreto o abstracto.

La doctrina y la jurisprudencia española han modificado su criterio varias veces a lo largo de estos últimos años. En un inicio los han considerado como de peligro abstracto. Autores españoles afirmaban que el texto legal había adoptado el criterio preferible de conformar el supuesto de hecho típico como delito de peligro abstracto.

No obstante, la nueva redacción del artículo en el Código Penal Español de 1995, que castiga aquellas conductas antiecológicas que: “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, ha llevado a los autores y jueces a una diferente interpretación.

Se ha formado así una postura mayoritaria partidaria de la existencia de un peligro concreto. La jurisprudencia ha adoptado este criterio. Ejemplos son el de la sentencia del 02 de marzo de 1999 pronunciada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona: “el delito enjuiciado es un delito de riesgo concreto, que exige la puesta en peligro de la salud de las personas.” En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha venido a ratificar la necesidad de un peligro concreto, en su sentencia del 16 de diciembre de 1998, en la que señala que el mismo: “es un delito de peligro concreto, que se consume cuando se produce la creación del riesgo y exige que se produzca un peligro grave”

Los jueces españoles consideraban que en cada caso debía acreditarse la existencia de una relación causal entre la conducta contaminante y la puesta en peligro del sistema natural o la salud.

La evolución jurisprudencial continuó su rumbo y lo traslado posteriormente a los delitos de peligro concreto o abstracto –concreto, aunque no requiere del acaecimiento de lesiones o daños, dado que se consume con la constatación del peligro “grave”.

⁸⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción a la Teoría General del Hecho Punible.” Adaptada al Código Penal Paraguayo por José Ignacio González Macchi; Ediciones Jurídicas Catena S.A.; Asunción (Paraguay); 2003.

La jurisprudencia argentina ha fallado también en este sentido. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, en su resolución del 31 de marzo del 2005, ha resuelto: "... revocar la resolución por la cual se resolvió archivar la causa por inexistencia de delito puesto que los tipos penales previstos en la ley 24.051 (Adla, LII-A, 52) revisten la calidad de delitos de peligro abstracto, bastando para su consumación el acto de arrojar residuos que puedan ser calificados como peligrosos - en el caso, sangre animal-, sin que sea necesario acreditar el efectivo poder contaminante de cada uno de ellos."

Es la opinión seguida por varios doctrinarios, entre ellos Francisco Muñoz Conde, quien utiliza a los delitos ambientales como claro ejemplo de delito de peligro abstracto. Menciona el autor que al incluir esta clase de peligros para bienes colectivos dentro de la protección penal, se ha producido una enorme expansión de esta rama del derecho.

Roxin sostiene que en la tercera fase (desde 1975) de la evolución del Derecho penal en Alemania, éste estaba determinado por el desplazamiento que experimentaron los comportamientos punibles, esto es, desde la protección individual a la protección de la colectividad, ya que "...en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño" Y nuevamente utiliza a los delitos ambientales como ejemplo de esta clase de delitos.⁸⁸⁰

Pero los últimos estudios doctrinales van más allá de la mera distinción entre peligros concretos y abstractos. Borja Llanza Primo de Rivera. Profesor de la Universidad de Sevilla, opina que: "es más certero considerarlo como un delito de "riesgo hipotético", es decir, a medio camino entre el de riesgo concreto y el abstracto que, si bien no exige la demostración de una situación de peligrosidad concreta, sí al menos que la acción imputada presente una aptitud lesiva que, la califique frente a simples infracciones administrativas". Introduce el criterio de gravedad del daño, como diferenciador entre los delitos concretos y abstractos.⁸⁸¹

También Muñoz Conde utiliza este término, manifestando que " para hacer más eficaz esa intervención se recurre a instrumentos como los delitos de peligro hipotético, cuyo supuesto de hecho describe una "aptitud" o "idoneidad" de la acción típica para producir resultados lesivos o incluso catastróficos"⁸⁸²

⁸⁸⁰ ROXIN, Claus. "Tratado de Derecho Penal." Editorial Marcial Pons; España.

⁸⁸¹ PRIMO DE RIVERA, Borja Llanza. "Los delitos ecológicos." Revista de la Universidad de Sevilla; Sevilla (España); 2003.

⁸⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal, Parte Especial." Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla; Sevilla (España); 1983.

Otra corriente ha surgido en los últimos tiempos, que ha caracterizado a los delitos ambientales como “delitos de acumulación”, en el sentido que el peligro (abstracto o concreto) creado por el sujeto ya no es un peligro parcial, en muchos casos inocuo para los objetos jurídicos protegidos, sino que la verdadera lesividad para los mismos incide recién a través de la adición de determinados peligros considerados globales (“daño acumulativo” o “efecto sumativo”), donde no hay una lesión (o peligro) para el bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto.

Pero no siempre el concepto del delito ambiental como delito de peligro ha tenido aceptación favorable, especialmente en la jurisprudencia. Y es que aceptar que podemos reprimir penalmente hechos que no hayan tenido un resultado lesivo, roza siempre con los principios de taxatividad y de mínima intervención del derecho penal.

Incluso se ha llegado a plantear la posible inconstitucionalidad del tipo de delito abstracto, por afectar la seguridad jurídica en la delimitación del ámbito de lo típico.

Otros autores han hablado de un proceso denominado “de administrativización del Derecho penal”, al cual se tacha de escasamente garantista, pues se tiende a proteger anticipadamente peligros que han sido determinados en forma presunta o en base a estadísticas. Con lo cual el Derecho Penal estaría asumiendo el modo de razonar propio del Derecho administrativo sancionador, y convirtiéndose en un Derecho de gestión ordinario de problemas sociales.

En nuestra legislación, si atendemos a la redacción de los delitos ambientales, los mismos implican, en ciertos casos, una tipicidad característica de los delitos de peligro. Mas en otros exigen la causación de un resultado.

La ley 716/96 “Que sanciona los delitos contra el medio ambiente”, en su artículo 1º hace una pequeña introducción del bien jurídico protegido por la misma, y de las conductas sancionadas. Dicho artículo reza que se sancionará a aquellos que realicen o permitan: “actividades atentatorias contra el equilibrio del ecosistema, la sustentabilidad de los recursos naturales y la calidad de vida humana.”

Si atendemos a la palabra atentatorios, el Diccionario de la Real Academia Española lo define como: “Aquel que lleva en sí la tendencia, el conato o la ejecución del atentado.” Y en cuanto a lo que es un atentado, manifiesta que el mismo debe ser entendido como: “Agresión contra la vida o la integridad física o moral de alguien.” A su vez, la doctrina jurídica considera a la agresión como “una acción humana y dolosa que ponga en peligro bienes jurídicos personales, propios o de tercero.”

Por tanto podemos concluir que la Ley 716 ha sido sancionada con el objeto de proteger al medio ambiente contra todas aquellas actividades que lo pongan en peligro.

Respondiendo a este principio, muchas de las conductas sancionadas, exigen meramente una actividad y no un resultado. Tales como la fabricación, comercialización o posesión o el uso de armas nucleares, químicas o biológicas (art 2º); la introducción al territorio nacional residuos tóxicos o desechos peligrosos, (art. 3º); y la realización de obras civiles en áreas excluidas, restringidas o protegidas (art 9º).

Estas conductas no exigen la comprobación de un daño real y palpable al ambiente, sino que implican la realización de actividades que ponen en peligro al bien jurídico protegido.

No obstante, en la redacción de ciertos tipos penales, se han incluido como elementos, la causación de ciertos resultados específicos, que deben comprobarse para que se dé configuración del tipo objetivo.

Así por ejemplo, el artículo 4 inc a), sanciona a quienes “realicen tala o quema de bosques o formaciones vegetales que perjudiquen gravemente el ecosistema” También en el inc. d), en el cual hace referencia a “los que realicen obras hidráulicas tales como la canalización, desecación, represamiento o cualquier otra que altere el régimen natural de las fuentes o cursos de agua de los humedales...”

En estos específicos casos, de no darse los resultados de “grave perjuicio al ecosistema” o “alteración del régimen natural”, no podríamos subsumir las conductas dentro de la tipificación de los hechos punibles, lo que impediría la persecución penal de los mismos.

En la redacción del Código Penal, también fueron tipificados ciertos hechos como “de peligro”. Por ejemplo, el Art. Nº 200 “Procesamiento ilícito de desechos” no requiere que se produzca el resultado “contaminación”, perfeccionándose la tipicidad con la mera potencialidad del daño, ya que el mismo sanciona echar desechos que sean “capaces de causar enfermedades” o “capaces de contaminar gravemente las aguas, el aire o el suelo”

También el Art. Nº 198 “Contaminación del aire”, que castiga a aquellas personas que emitan ruidos “capaces de dañar la salud de personas”, exigiendo meramente una potencialidad del daño.

En la jurisprudencia paraguaya, existen antecedentes que consideran a los delitos ambientales como delitos de peligro concreto. Por ejemplo, en el caso “Eric Lorenz, Nery Guzmán Rivas y Julio César Chávez s/ hechos punibles c/ el medio ambiente en Ybycui”, el Tribunal de Sentencia en la SD Nº 02 de fecha 14 de julio del 2004, ha fundamentado la condena a los responsables de un hecho de procesamiento ilícito de desechos, manifestando que: “es importante señalar que este hecho punible considera que no se exige que previamente afecte de manera directa la salud, sino que posiblemente la afecte,

tratándose de un delito de peligro concreto, existiendo tal situación por los componentes del residuo vertido en los lugares citados en el cuerpo de esta sentencia”.

6. Principio De Subsidiariedad Y De Fragmentariedad

Que el Derecho Penal sólo debe proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelado deba determinar la intervención del Derecho Penal.

La aplicación del derecho penal es la “ultima ratio” del estado, pues deriva en las sanciones más duras. El derecho penal permite al estado privar al ciudadano del ejercicio de su libertad, uno de los bienes jurídicos más importantes del ser humano. Es por eso que su aplicación solamente puede ser reservada para los casos más graves, y en forma subsidiaria, una vez que no existan otros medios jurídicos para reprimir o evitar el menoscabo del bien jurídico protegido.

Es lo que denominamos, principio de subsidiariedad. Este es un límite inmanente del derecho penal. No suele encontrárselo textualmente en las leyes penales, pero su presencia es innegable ya que es propio de la naturaleza de la ciencia penal.

Según el principio de subsidiariedad, el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado carácter fragmentario del Derecho Penal constituye una exigencia relacionada con la anterior. Ambos postulados derivan del principio de la mínima intervención del Estado en la vida de los ciudadanos.

En virtud surgen dos subprincipios, el del carácter fragmentario del Derecho penal, que constriñe éste a la salvaguarda de los ataques más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social, y el de subsidiariedad, que entiende el Derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos.

Si fuera de otra forma, la intervención del derecho penal no estaría legitimada. En primer lugar, por respeto a los derechos humanos. Si lo que el derecho penal está buscando es reducir la violencia social, sería ilógico que el mismo sea un factor generador de más violencia. El costo social de la aplicación de las penas es tan grande, que debemos dejarlos únicamente para los casos de extrema necesidad.

En segundo lugar, si las sanciones penales fueran la única respuesta a cualquier tipo de infracción, el derecho penal perdería totalmente su eficacia. El Estado dejaría de ser de derecho, los ciudadanos vivirían bajo la amenaza penal, la inseguridad en vez de la

seguridad y el estado en vez de ser un estado de derecho se convierte así, de esta manera en un estado policía.

Los sistemas penales no resuelven el problema que genera el delito en la sociedad con la pena privativa de libertad. Lo que el derecho busca al intervenir en las situaciones de conflicto, es recuperar el equilibrio jurídico alterado, reparar los daños ocasionados, y prevenir futuros atentados contra el bien jurídico. Pero como ya se ha demostrado, no siempre la pena privativa de libertad cumple con estos fines.

La resocialización del individuo que se pretende mediante su aislamiento, generalmente no es obtenida debido a la falta de un buen sistema penitenciario. Es más, en muchos de los casos la aplicación de la pena se convierte en un obstáculo para su reinserción en la sociedad. Las cárceles en nuestro país son lugares donde la dignidad del ser humano es afectada en forma tan profunda, que la regeneración del individuo se hace prácticamente imposible.

Además, es sabido que no son pocos los casos de injusticia cometidos, en que personas han sido objeto de prisiones preventivas e inclusive de condenas, y que con el transcurso del tiempo han resultado inocentes o han sido absueltos por un recurso de revisión.

Por estos motivos, la pena privativa de libertad únicamente debe ser reservada para los casos de atentados más graves contra el bien jurídico (naturaleza fragmentaria) y cuando los demás medios no tengan eficacia para la erradicación del conflicto (subsidiariedad).

En lo atinente a la protección del medio ambiente, los principios de subsidiariedad y de carácter fragmentario, deben ser tenidos muy en cuenta a la hora de aplicar el derecho penal.

Como modalidad del derecho ambiental, el derecho penal es auxiliar de las prevenciones administrativas, y por sí solo carece de aptitud para ser un arma eficaz frente a las conductas de efectos negativos para el entorno en general.

Las sanciones administrativas son en la mayor parte de los casos el medio idóneo para atender los problemas ambientales, cuando éstos no revistan una gravedad que haga necesaria la intervención del derecho penal.

Lastimosamente, la sanción de las leyes penales ambientales especiales, ha pretendido en forma intempestiva ser una solución a problemas ecológicos que no eran debidamente atendidos por el orden jurídico administrativo.

Es el caso de la Ley 716/96 “Que sanciona los Delitos contra el Medio Ambiente”. La misma contiene una diversidad de conductas que se ocupan desde deforestaciones con grave daño al ecosistema, hasta alguna cuyo ámbito de sanción es más propio de las autoridades administrativas (municipios) como por ej: ruidos molestos producidos por los escapes de autovehículos.

Esta situación resulta en una enorme sobrecarga del sistema penal. El Ministerio Público recibe denuncias de hechos bagatelarios, tales como carritos que arrojan basuras a un patio baldío, o ruidos molestos producidos por parlantes de un vehículo. Todo debido a la falta de efectividad de los ámbitos sancionatorios del derecho administrativo.

Y es que dichas conductas no pueden quedar impunes, pues no obstante no revestir la gravedad necesaria para justificar la intervención penal, constituyen cuya suma producen efectos dañinos para la salud o el medio ambiente.

Pero individualmente, no justifican los gastos y esfuerzos que supone para el Estado la movilización del sistema penal.

Por tanto es necesario delimitar correctamente el ámbito administrativo del penal, y restringir este último únicamente a los casos de grave daño al ambiente.

En ese sentido, hay autores como BLOSSIERS HÜME que opinan que no es secundaria la naturaleza del Derecho Penal, puesto que aún cuando defienda bienes jurídicos o instituciones pertenecientes a otras ramas del Derecho; no se limita a enumerar sanciones meramente protectoras de diferentes realidades jurídicas, sino que antes de prever una pena, es el propio ordenamiento penal el que indica el ámbito de los comportamientos acreedores de tales penas. Por tanto, de ordinario la norma penal nunca está subordinada totalmente a lo que disponen leyes no penales; se resalta que el Derecho Penal es tan autónomo como las más tradicionales disciplinas jurídicas.

RODRÍGUEZ RAMOS afirma: "El Derecho Penal Ambiental es pues secundario, en el sentido que corresponde a las normas no penales el papel primario en su protección, y accesorio en cuanto a su que función tutelar solo puede realizarse apoyando la normativa administrativa que de modo principal y directo, regula y ampara la realidad ambiental".⁸⁸³

Nuestra jurisprudencia así lo ha reconocido, especialmente en el área del derecho penal ambiental, afirmando que “lo que caracteriza al sistema hoy día en vigencia es la minimalización de los conflictos penales por la vigencia del principio del derecho penal mínimo... dichos axiomas nos dirigen hacia la dejudicialización de los conflictos de

⁸⁸³ Ambos autores citados por URRAZA ABAD en el libro “Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente”; Editorial La Ley; Madrid (España); 2001.

orden penal, puesto que el mismo no restablece derechos conculcados. La descriminalización porque su aplicación es de ultima ratio. La despenalización porque asume medios alternos. La desprisonalización porque la pena privativa de libertad es la última opción, axiomas éstos acordes con el Art. 20 de la Constitución Nacional. 3 y 39 del Código Penal” (Acuerdo y Sentencia N° 106 del 23 de diciembre del 2003 del Tribunal de Apelación en lo Criminal de la Capital, Cuarta Sala. Causa: “Rafael Recalde y Calixto Echeverría s/ trafico ilegal de productos forestales)

7. Ley Penal En Blanco

Se entiende por “leyes penales en blanco” aquellas que “fijan la sanción pero no el delito, cuya determinación se deja en todo o en parte a otra ley, a un reglamento o a una orden de la autoridad; de modo que el contenido puede sufrir modificación con la de estas fuentes.

En la doctrina alemana, existen dos corrientes en cuanto a lo que debe entenderse por normas penales en blanco:

- Binding interpretaba esta clase de normas penales como la autorización de delegación por parte de un órgano legislativo superior respecto de órganos de inferior jerarquía: la norma resultante es sólo válida, desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes, por virtud de la autorización concedida por la ley penal en blanco (caso en el que el complemento debe buscarse en una instancia inferior).

- Mezger era partidario de la que se ha definido tradicionalmente como interpretación amplia, según la cual además del supuesto anterior, incluía también los casos en que el complemento se halla contenido en el mismo código o ley que contiene el precepto penal en blanco y el complemento se halla previsto en otra ley, pero emanada de la misma instancia legislativa.

El empleo de esta técnica de tipificación resulta muy común en los delitos ambientales, debido a que los legisladores consideran que resulta imposible tipificar todas las conductas que podrían constituir un hecho punible ambiental. Además de considerar que los valores para medir el grado de lesividad ambiental de una conducta son sumamente variables, por lo que mediante la técnica de la ley penal en blanco se pueden adaptar los elementos objetivos del tipo penal acorde a las necesidades ambientales, sin necesidad de pasar por un procedimiento bastante largo, cual es el de sanción de una ley.

Nuestro Código penal incluye varios artículos redactados con esta técnica, así como también la Ley 716/96 “Que sanciona los delitos contra el medio ambiente”. Estos tipos penales requieren para su configuración, la remisión a elementos extrapenales. Se requiere por ejemplo que se hayan infringido leyes o reglamentos protectores del ambiente.

Estas infracciones generalmente se prueban a través de documentaciones expedidas por la autoridad de aplicación de las leyes administrativas, o por medio de informes elaborados por técnicos o expertos, que dictaminan acerca de la existencia o no de las agresiones ambientales.

Según Mauricio Libster, la técnica de la ley penal en blanco es necesaria en ramas como las del Derecho Penal Ambiental. Afirma el autor que la ley penal en blanco se presenta como una necesidad en un derecho que por su contenido va a describir situaciones, elaborar parámetros y aún definiciones técnicas dentro de la órbita del derecho administrativo. Entonces, no utilizar este recurso implica concebir una norma penal con corta vida: su elemento objetivo correrá el riesgo de perder vigencia si la técnica o el avance del conocimiento modifica sus parámetros, como ocurre permanentemente en nuestros días.⁸⁸⁴

Así lo considera la Corte Suprema de Justicia argentina, que en el fallo de fecha 11 de abril del 2006, referente a la firma Cristalux S.A., manifiesta que: “En las leyes penales en blanco se da la posibilidad de que, sin una variación formal aparente del tipo penal, su contenido resulte modificado por el cambio sufrido por la norma extrapenal, en razón de que no es posible concebir como completa la norma en estudio sin la normativa de complemento, pues ésta resulta una parte esencial de la ley sin la cual se tornaría inoperante.”

Existen argumentaciones doctrinales respecto a la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco. Las que a primera vista plantean mayores problemas son las normas que contienen remisiones a normas de rango inferior, en la medida en que es aquí donde aparecen los principales riesgos de deslegalización de la materia penal, y en definitiva de posible ejercicio de competencia legislativa por instancias que no la poseen.

Según María Asunción Colás Turégano, “si bien es cierto que nos encontramos con materias, concretamente con una materia como el medio ambiente, en la que las consecuencias a los ataques por él sufridos se van clarificando por los avances en la investigación y, por tanto, sometidas a constantes cambios, que sería difícil que esas variaciones fueran recogidas por una Ley Orgánica por el largo procedimiento de aprobación a que éstas se ven sometidas, no es menos cierto que no es lícito desnaturalizar una materia como el Derecho Penal, que se resquebraja como consecuencia del hundimiento de uno de sus pilares básicos, el principio de legalidad.”⁸⁸⁵

Así como Colás Turégano, otros autores consideran que si aprobamos la existencia de las leyes penales en blanco, concedemos al principio de legalidad una flexibilidad incompatible porque, o se establecen delitos y penas por medio de la ley y

⁸⁸⁴ LIBSTER, Mauricio. “Delitos Ecológicos”; Editorial Depalma; Buenos Aires (Argentina); 1993.

⁸⁸⁵ Autora citada por Urraza Abad en el libro “Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente” Editorial La Ley; Madrid (España); 2001.

entonces se respeta el principio, o no se hace, y en ese caso, estamos incurriendo en un flagrante quebrantamiento con todas las consecuencias negativas que esa vulneración lleva consigo: inseguridad jurídica para el ciudadano, su conducta será o no punible dependiendo de la voluntad cambiante del ejecutivo; ruptura del principio de división de poderes, el Ejecutivo se inmiscuye en parcelas exclusivas del Legislativo.

En este sentido es conveniente recordar que uno de los motivos por los que existe reserva exclusiva de Ley en materia penal es porque a través de la Ley penal y por aplicación de la pena el sujeto puede ser privado o ver restringidos bienes jurídicos tan importantes como la libertad, la propiedad y otro tipo de derechos y que nuestra Constitución reserva competencia exclusiva al Poder Legislativo respecto de todas aquellas disposiciones que afecten a derechos fundamentales

Otros autores sin embargo, tratan de relativizar la polémica, como Enrique Bacigalupo Zapater, quien distingue entre los supuestos en los que la norma penal en blanco se refiere a la norma administrativa como referencia para indicar una falta de autorización, y aquellos otros casos en los cuales realmente puede decirse que las concretas conductas punibles aparecen descritas propiamente en la norma administrativa, sustituyendo en esa labor a la penal; de esta forma, según el autor, en el primer supuesto estaríamos ante una norma claramente constitucional, mientras que en el segundo caso la situación sería inconstitucional por violarse el principio de legalidad.⁸⁸⁶

Podemos ver de este modo que la doctrina coincide en distinguir dos formas de remisión a la normativa extrapenal:

- La remisión en bloque, definida como aquella en la que la infracción de la normativa administrativa se convierte en un elemento del tipo.
- La remisión interpretativa, entendida como aquella en la que la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento del tipo.

Según algunos autores, la diferencia fundamental es que en la remisión en bloque se deja el establecimiento de uno de los elementos típicos a la norma extrapenal, mientras que en la remisión interpretativa, el elemento típico lo establece el legislador, pero la precisión de su sentido necesita del recurso a la norma extrapenal.

Para resolver el problema de la constitucionalidad o no de las normas penales en blanco, doctrina y jurisprudencia han establecido una serie de requisitos que deben cumplirse para que esta técnica de redacción se válida. El Profesor Enrique Cury ha referido que La ley en blanco tiene que describir la acción u omisión de tal manera que ella, por sí misma, esté en condiciones de cumplir con la función de un tipo de garantía, y

⁸⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique. "Derecho Penal Económico." Editorial Hammurabi. Buenos Aires (Argentina); 2000.

además de informar sobre la naturaleza del bien jurídico que este tipo, una vez completo, está destinado a proteger”.⁸⁸⁷

La Jurisprudencia española también se ha pronunciado a este respecto, en la sentencia del 13 de diciembre de 1992 (n° 372/1993) del Tribunal Constitucional, afirmando que: “Las anteriores exigencias (refiriéndose al principio de legalidad) no impiden la utilización legislativa ni la aplicación judicial de leyes penales en las que no se encuentre prevista agotadoramente la conducta penada o su consecuencia jurídico penal, por lo que requieren que se acuda para su integración a una norma distinta; siempre, hemos manifestado que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido, y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, con la concreción suficiente para que la conducta calificada de delictiva se vea precisada suficientemente con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite”

Por lo que vemos que se exigen ciertos requisitos para que la norma penal en blanco no infrinja el principio de legalidad:

- 1- Que el reenvío normativo sea expreso.
- 2- Que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal.
- 3- Que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente castigada.

La jurisprudencia argentina no considera inconstitucional el hecho de llenar las normas penales con normas o reglamentos administrativos, siempre que ésta remisión haya sido expresamente prevista en la ley. Así lo han resuelto en forma bastante uniforme, por ejemplo, en la resolución de fecha 28 de agosto del 2002, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala A, que afirma que: “La resolución 789/98, reglamentaria de la ley 22.802 (Adla, LVIII-E, 5538; XLIII-B, 1346), no resulta inconstitucional por el hecho de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y los detalles necesarios para la publicidad o propaganda de bienes o servicios pues la Ley de Lealtad Comercial es una "ley penal en blanco", lo cual supone la integración de los tipos con disposiciones administrativas, sin que se afecte ningún principio constitucional en tanto haya una ley previa.”

De la misma forma han resuelto la inconstitucionalidad planteada por la firma Disco S.A., afirmando la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, en fecha 31 de octubre del 2005, que: “Debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad del decreto 1153/97, reglamentario de la ley 22.802 (Adla, LVII-E,

⁸⁸⁷ CURY, Enrique. “La ley penal en Blanco.” Editorial Temis; Bogotá (Colombia); 1998.

5593; XLIII-B, 1346), fundado en la falta de facultades del Poder Ejecutivo para legislar en materia penal, pues la circunstancia de que la descripción del tipo legal se complete por vía reglamentaria no afecta el principio de reserva toda vez que el art. 18 de la citada ley autoriza expresamente dicha integración.”

Por tanto, vemos que la jurisprudencia admite el llenado de las normas penales incluso con disposiciones de rango inferior, siempre que la norma haga expresa remisión a las mismas. Los problemas se presentan cuando no se hace una remisión expresa a reglamentos administrativos, sino a normas legales. Pero, por lo general, las leyes suelen dejar la concreción de los principios que ella instaura, o la aplicación de sus normas al caso concreto a los reglamentos administrativos, sin que la norma penal haya hecho una expresa remisión a los mismos.

A los efectos de evitar una interpretación demasiado amplia de los artículos penales, considero se debe optar siempre por dar prioridad a las disposiciones legales, y cuando no haya conflictos o contraposiciones con los reglamentos administrativos, se podrá recurrir a los mismos cuando sean una concreta derivación de la ley.

Como mencionamos, muchas de las normas penales ambientales en nuestro país fueron redactadas con esta técnica, tanto en la Ley 716/96 como en el Código Penal. Y se hacen remisiones expresas tanto a disposiciones legales como a normas de rango inferior a la ley.

En el primero de los casos, el legislador realiza una remisión legal explícita o implícita a normativa extrapenal de carácter legal. Un ejemplo es el del Código Penal en su artículo 197 de “Ensuciamiento y Alteración de las Aguas”, cuando exige “la violación de las disposiciones legales destinadas a la protección de aguas”. También el artículo número 200 del Código Penal establece que el procesamiento de desechos será ilícito cuando se aparte de los tratamientos prescriptos o autorizados por “disposiciones legales”. Asimismo el artículo 198 “Contaminación del aire” en su numeral 2 inciso 2, y el artículo 199 “Maltrato de suelos”.

Pero así también existen en la legislación paraguaya varios casos de remisión a normas de rango inferior a la ley. Estas pueden ser normas de carácter general, que usualmente se presentan en forma de reglamentos.

Es el caso de los artículos 199 numeral 1, y el artículo 200 numeral 1 inciso 2, que castigan conductas siempre que éstas violen las “disposiciones legales o administrativas” referentes al bien jurídico protegido. Como vemos son casos de doble remisión: tanto a normas legales como a disposiciones de rango inferior a la ley.

Como ya mencionamos, en estos casos de remisión a normas administrativas podrían surgir dudas acerca de la constitucionalidad de los mismos. Y sobre todo,

podrían surgir problemas de interpretación en los supuestos en los que el reglamento regula más allá de la ley o incluso "en contra" o "apartándose del espíritu" de la ley

Es importante mencionar que el legislador utiliza conceptos bastante vagos para referirse a la normativa administrativa, empleando términos tales como "disposiciones" o "exigencias". Es decir, no define el tipo de acto administrativo a que se refiere, especificando si se tratan de autorizaciones, permisos, reglamentos, prohibiciones, etcétera.

Esta situación plantea importantes problemas a la hora de aplicar la norma, decidiendo si la interpretación otorgada será amplia o restringida, y si el grado de amplitud de esta interpretación no lesiona los principios de seguridad jurídica.

Según Paz M. de la Cuesta Aguado "...hay que ser restrictivos y entender que las exigencias, prohibiciones, y en definitiva todo tipo de actuaciones de carácter singular de la administración que deban ser infringidas, para cumplir el tipo deber reunir todos los requisitos formales para su plena validez y eficacia. Y el mismo criterio habrá de mantenerse para que la autorización pueda excluir la tipicidad."⁸⁸⁸

Por tanto el juez penal deberá pronunciarse sobre la validez del acto administrativo. Es decir, ver de qué tipo de autorización se trata, a los efectos de determinar si son válidos los procedimientos utilizados, y si la autoridad que la dictó es la competente.

Asimismo deberá controlar su validez en cuanto a ámbito material y temporal de aplicación. Ha de comprobar si ha sido emitida con anterioridad al hecho y si está vigente al momento de la realización del mismo. Si por cualquier causa, ha dejado de surtir efectos con anterioridad a la comisión del delito (por razones temporales) no excluirá la tipicidad de la conducta.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia Paraguaya, ha dictado un fallo, en el cual afirma sin lugar a dudas que la remisión a normas administrativas para completar el tipo penal, es perfectamente válida en nuestro país. Se trata del Acuerdo y Sentencia N° 167, de fecha 2 de abril del 2007.⁸⁸⁹ En el caso en cuestión, el Tribunal de Primera Instancia había condenado en virtud del Artículo 4° inciso c) de la Ley 716/96, al propietario de una empresa que poseía en la misma madera (preparada para piso) sin contar con las guías de traslado correspondientes. El Tribunal de Alzada sin embargo, anuló dicha sentencia al considerar que la misma se basaba en una ley administrativa, y

⁸⁸⁸ DE LA CUESTA AGUADO, Paz M.- "La protección del agua, aire y suelo en el Código Penal de 1998, comentarios al Código Penal Paraguayo." Revista Poenalis; España.

⁸⁸⁹ CS, Paraguay, Sala Penal, 2007/04/02. Díaz de Bedoya, Blas Gustavo s/ Comercialización ilegal de productos forestales. (Ac. y Sent. N° 167).

sólo se debería haber abierto sumario administrativo. Contra esta resolución, el Ministerio Público ha planteado Recurso de Casación por considerar que la infracción sí es administrativa, pero que la ley administrativa (en este caso la 422/73) forma parte del tipo penal, ya que el artículo cuarto de la Ley 716 se refiere a las mismas al requerir que la conducta sea realizada en forma “ilegal”.

La Corte Suprema de Justicia ha resuelto hacer lugar a este Recurso de Casación, sentando precedentes con respecto al llenado de normas penales con leyes administrativas. Así, en el voto de la Ministra Preopinante, Dra. Alicia Pucheta de Correa, se afirma que: “Se puede observar que la Ley N° 716/96, para lograr su correcta aplicación sobre el tópico y poder adecuar cabalmente la conducta del justiciable a su norma, requiere la utilización de otra Ley, cual es la que termina de explicar los requisitos y establecer con claridad cuando las dos conductas citadas son ilegales... ..Es también dable acotar, y aquí radica el error en el razonamiento y control que hizo el Tribunal de Apelación, que el carácter o naturaleza de la Ley N° 422/73 es irrelevante para la configuración de la Ley penal tratada en este caso, es decir, no importa si esa Ley sea o no administrativa, y a la vez pueda producir como efectos un sumario administrativo con su correspondiente sanción; lo que importa en el caso es que una Ley penal, que juzga conductas humanas y sanciona penalmente, requiere de ella para su configuración...”

Con respecto a si la autorización otorgada posteriormente a la comisión del hecho puede tener efectos retroactivos que excluyan la punibilidad del hecho, la doctrina tiene diferentes opiniones.

Algunos consideran que una autorización posterior ya no es válida bajo ningún punto de vista. Pero no todos los autores están de acuerdo con esta afirmación, y distinguen entre autorizaciones en las que la administración tiene discrecionalidad para otorgar la autorización (autorizaciones discrecionales) y autorizaciones regladas, en las que la administración únicamente ha de comprobar que la actividad cumple los requisitos legales exigidos por el ordenamiento jurídico, y en tal caso, debe conceder siempre la autorización.

Para decidir la validez de las autorizaciones discrecionales tal vez no se presenten mayores problemas, pero en cuanto a las regladas, decidir si la autorización posterior excluye la tipicidad es un tanto más difícil. Cuando la tarea de la administración es tan solo comprobar la adecuación de las actuaciones a la legalidad vigente, optar por una postura interpretativa rígida que mantenga la ineficacia de la autorización es fácilmente criticable. Podría decirse que ello significaría sancionar la mera desobediencia a la administración, puesto que si posteriormente se obtiene la autorización porque se reunían todos los requisitos para ello, sancionar a quien ha realizado una conducta legalmente autorizable, y, por tanto, no contraria al ordenamiento jurídico, convertiría a correspondiente tipo en una mera garantía el cumplimiento de las obligaciones formales impuestas por la autoridad administrativa.

Otra cosa sucedería, desde mi punto de vista con la falta de "la" autorización constitutiva de elemento (descriptivo) del tipo. Afirmar la tipicidad de la conducta en este caso sería lo más cercano a la literalidad del precepto. En este caso la "concreta autorización -acto formal autorizante-" tendría la función esencial de delimitar el ámbito del riesgo permitido, con lo que no cabe duda que la actividad todavía no autorizada - aunque después lo esté- está excediendo este ámbito, sin perjuicio de que si, además no lesiona o menoscaba el bien jurídico protegido, tampoco quepa ser sancionada. Pero en este caso la causa que excluirá la tipicidad de la conducta no será la "ausencia de autorización" sino su insignificancia lesiva respecto al bien jurídico protegido. Pues en cualquier caso, la ausencia de autorización no implica necesariamente ni la tipicidad de la conducta ni, por supuesto, que finalmente la conducta sea constitutiva de delito.

Cuando la autorización sea anulable por defecto formal intrascendente a efectos materiales (que no incide en la concesión o denegación de ésta) y fuere subsanable, además de no conocido por el administrado, la autorización cumplirá plenamente sus funciones de exclusión de la tipicidad. Así sucederá, por ejemplo, cuando en lugar de firmar la autoridad competente lo hace un subordinado; o si falta el sello de determinada oficina. Son defectos formales, subsanables, que no impiden que el acto administrativo despliegue todos sus efectos, incluso en el ámbito penal. Distinto sería que tales errores hubieren sido motivados por el autorizado para agilizar un expediente que de otra forma no lograría superar un determinado trámite. En este supuesto, la existencia de un vicio constitutivo y conocido por el administrado invalidaría a la autorización para excluir la tipicidad.

La actividad que continúa una vez finalizado el plazo de vigencia de la autorización ha de considerarse típica "sin autorización". Sin embargo, algunos autores entienden que cuando la denegación de la prórroga es arbitraria, sin cumplir los requisitos formales y la paralización de la actividad puede suponer la grandes perjuicios para la empresa, habría que intentar una exclusión de la pena.

La autorización anulable con apariencia de validez para el administrado seguirá siendo plenamente eficaz en tanto no se declare la invalidez en función del principio de presunción de eficacia de los actos administrativos, siempre que el administrado no conozca o no haya motivado tal situación. La anulación de la autorización posterior a la realización del hecho típico no puede tener efectos retroactivos en el ámbito penal, del mismo modo que tampoco lo tendría la subsanación posterior (o la posterior obtención de la autorización). También actúa sin autorización quien cuenta con autorización formal pero no cumple con alguno de los requisitos que ésta impone. El error sobre la validez de la autorización o sobre la capacidad de exclusión de la tipicidad por parte de la autorización que se posee habrá de ser tratado como error de tipo. Si, por el contrario, el administrado conoce que la autorización no es la que exige el tipo o conoce la concurrencia del vicio -sin abuso de derecho- pero cree o confía en que, aún así, la conducta está permitida, nos hallaremos ante un error de prohibición (vencible o invencible, según el caso). En todo caso, la autorización correspondiente servirá para

excluir la tipicidad de la conducta a efectos de los delitos contra el medio ambiente, pero no frente a los delitos contra la vida o salud de las personas.

Un supuesto distinto que plantea la doctrina es el que se refiere a la tolerancia administrativa. La tolerancia se manifiesta en el hecho de que las autoridades administrativas encargadas de la protección del medio ambiente durante un cierto periodo no intervienen contra situaciones no autorizadas y, por ende, antijurídicas, pese a tener facultades para ello. Alguna doctrina alemana, considera que en estos supuestos la autorización informal de la administración podría actuar como causa de justificación a favor del administrado que, confiando en la palabra de la administración, actuó típicamente. Desde mi punto de vista, la tolerancia administrativa no puede surtir efecto ni de exclusión de la tipicidad y ni justificación. Primero, porque el artículo 329 tipifica la conducta de funcionario "tolerante"; segundo, porque si el administrado conoce la irregularidad, al menos formal, del permiso, no puede ampararse en tal abuso de derecho. Desde este punto de vista, solo el administrado que desconociera que la actuación de la administración tolerante es irregular podría alegar error sobre el elemento de la existencia de autorización. Pero si el administrado es una empresa, con abogados o personal cualificado desde un punto de vista técnico jurídico, no podrá alegar tal desconocimiento, ni siquiera imprudente.

La dependencia del tipo penal del acto administrativo de carácter singular plantea, al margen de las cuestiones formales que hemos tratado, cuestiones como si la remisión del tipo a la autorización es meramente formal o material. Desde mi punto de vista el planteamiento de la cuestión en estos términos puede viciar el debate en el sentido de que el tipo penal para una modalidad de conducta en concreto solo puede remitir a una autorización o prohibición, según las circunstancias de lugar y la rama de la actividad. Determinar a cual se refiere el tipo, es tarea del juez penal -como ya hemos expuesto- el cual habrá de analizar para ello la normativa legal y reglamentaria emanada por todos los órganos con competencia en la materia. Pero una vez que determine cual es, habrá de tratarla como un elemento descriptivo del tipo, cuya concurrencia excluye la tipicidad. El problema se planteará cuando la autorización o prohibición no hayan sido dictadas directamente para proteger el bien jurídico protegido en el tipo penal, cosa que no tiene por qué extrañar, puesto que el ordenamiento administrativo no tiene que justificar su existencia y su intervención en base a la concurrencia de un bien jurídico. Piénsese en el caso de que la administración no aprueba las instalaciones porque la salida de emergencia de los trabajadores no reúne los requisitos de seguridad suficientes o porque los vestuarios no cuentan con ventilación. La automática imposición de la sanción penal al empresario que en contra de la exigencia administrativa de mejorar las salidas de emergencia iniciara la actividad convertiría al artículo 198 del Código Penal en un delito meramente formal, donde la sanción penal derivaría directamente de la desobediencia a la administración.

La redacción de las normas penales ambientales como leyes en blanco es consecuencia del grado de accesoriedad que existe entre el derecho penal y el derecho

administrativo. Pero no solamente existen remisiones a disposiciones administrativas de carácter general, sino que en varios tipos penales, se hacen remisiones expresas a normas y actuaciones de carácter singular, como licencias, autorizaciones o permisos de la autoridad administrativa competente.

Ejemplos de estos casos son el del artículo 4 inciso d) de la Ley 716/96. Ej. artículo 4 inciso d), que sanciona a los que realicen obras hidráulicas sin autorización expresa de la autoridad competente.

Asimismo, el inciso b) del Artículo 5º, sanciona a los que practiquen manipulaciones genéticas sin la autorización expresa de la autoridad competente.

La remisión a una autorización expresa presenta la ventaja de otorgar una mayor seguridad jurídica para el administrado, ya que necesariamente conocerá si posee o no la autorización para realizar las actividades. A diferencia de la dificultad que presenta el conocimiento de toda la reglamentación (generalmente dispersa y numerosa) que regula una determinada situación.

8. Conclusiones

En base a lo analizado en este artículo, podríamos decir que el desarrollo derecho penal ambiental en el Paraguay se encuentra aún en sus inicios. Existen ciertos avances en la materia, como algunas condenas importantes y una mayor repercusión mediática y social de los temas ambientales. Pero la eficacia de la persecución penal para prevenir y solucionar las agresiones contra el ambiente es bastante cuestionable, ya que estas no han hecho sino crecer, y, sin embargo, las condenas contra empresarios contaminantes, autores de incendios forestales, cazadores furtivos o constructores ilegales son muy escasas.

A pesar de la implementación de una ley especial que sanciona los delitos contra el medio ambiente, y la inclusión en el Código Penal de un capítulo especialmente destinado a los delitos ambientales, los datos fácticos nos demuestran que la degradación ambiental en nuestro país ha crecido notoriamente en los últimos años.

Varios son los factores que contribuyen a esta situación. Por un lado, deficiencias procesales en cuanto a recursos humanos y técnicos para la investigación de delitos ambientales. Algunos ejemplos son la falta de formación específica de jueces y fiscales, tanto sobre la comprensión técnica de los fenómenos ambientales, como sobre la compleja normativa administrativa que los regula. Y, muchas veces, la escasa capacidad o valentía para hacer frente a los poderosos intereses institucionales y/o empresariales que están detrás de buena parte de las agresiones al medio ambiente.

El limitado desarrollo de las Fiscalías especiales, necesarias dado el incremento de este tipo de hechos y la complejidad técnica y jurídica que requiere su investigación y prueba. Su progresiva implantación se ha manifestado como un instrumento eficaz para mejorar la persecución de este tipo de delitos. Aunque son también muchas las limitaciones a que estas Fiscalías se ven sometidas, tales como la escasez de medios técnicos, dedicación parcial, dificultades para intervenir en el ámbito administrativo, y otras. La inexistencia actual de peritos judiciales especializados, que actúen como colaboradores imprescindibles de jueces y fiscales, es otra deficiencia importante del sistema.

Es necesario además erradicar la visión de los magistrados, en parte compartida por la sociedad, de que se tratan de temas accesorios o de escasa relevancia y que hay un conflicto con otros intereses o bienes prioritarios: el crecimiento económico, el progreso, el empleo, etc.

La situación se agrava debido a la tendencia reinante de criminalizar todos los ilícitos ambientales. Como ya lo mencionamos previamente, la escasa respuesta que ofrecen las autoridades administrativas a los problemas ambientales deriva en una sobrecarga de denuncias al sistema penal, que no revisten la gravedad necesaria que justifiquen su intervención.

Se dejan de lado vías procesales más aptas para la prevención de daños ambientales o la reparación de sus consecuencias, tales como la vía civil y la administrativa, en grave violación a los principios de subsidiariedad y legalidad del derecho penal.

De esta forma, se han llegado a pretender e inclusive sancionar condenas para obtener indemnizaciones que corresponderían al ámbito civil, o infracciones que por sus características corresponden al ámbito municipal o administrativo.

Es trabajo de los jueces y demás magistrados velar por que los principios mencionados se cumplan, y sentar criterios jurisprudenciales que aclaren las delimitaciones del ilícito ambiental.

Asimismo, sería importante obtener mejores y más fundamentados pronunciamientos con respecto a ciertos temas controvertidos del derecho penal ambiental, tales como el reconocimiento del delito ambiental como delito de peligro, la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, la dependencia del derecho penal del derecho administrativo, y otras interpretaciones que deben seguir los caminos marcados por las teorías y jurisprudencias internacionalmente ya aceptadas, y que han sido mencionadas a lo largo de este artículo.

Queda en manos tanto de los magistrados como de los abogados seguir colaborando con el crecimiento del Derecho Penal Ambiental, a medida que vamos tomando conciencia de la importancia que reviste esta rama en la tutela jurídica del medio ambiente.

Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique. "Derecho Penal Económico."; Editorial Hammurabi; Buenos Aires (Argentina); 2000.

BACIGALUPO, Enrique. "La instrumentación técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente, en Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal."; Madrid (España); 1991.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Manual de Derecho penal, Parte Especial" 2ª. edic. aumentada, corregida y puesta al día; Editorial Ariel; Serie Derecho; Barcelona (España); 1991.

CAMACHO, Emilio. "Lecciones de Derecho Constitucional." Tomo I; Intercontinental Editora; Asunción (Paraguay); 2001.

CASAÑAS LEVI, José. GONZÁLEZ MACCHI, José y MERLO FAELLA, Ricardo. "Legislación Penal Ambiental paraguaya Comentada."; Intercontinental Editora; Asunción (Paraguay); 2003.

CAÑIZA, Hugo Enrique. MERLO, Ricardo José. "Derecho Ambiental. Con especial énfasis en la Legislación Paraguaya."; Editorial Marben; Asunción (Paraguay); 2005.

CURY, Enrique. "La ley penal en Blanco." Editorial Temi; Bogotá (Colombia); 1998

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. "La protección del agua, aire y suelo en el Código Penal de 1998, comentarios al Código Penal Paraguayo."; Revista Poenalis; España.

DE LOS RÍOS, Isabel. "Derecho del Ambiente." Editorial Isabel de los Ríos; Caracas (Venezuela); 1993.

GONZALEZ MACCHI, José I. CASAÑAS LEVI, José F. "Comentarios a la Ley 716/96."; Editorial Intercontinental; Asunción (Paraguay); 2000.

LIBSTER, Mauricio Héctor. “Delitos Ecológicos” Segunda Edición; Ediciones Desalma; Buenos Aires (Argentina); 2000.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, Silvia. “Tratado de Derecho Ambiental”; Editorial Dykinson; Madrid (España); 2002

MEZGER, Edmundo. “Tratado de Derecho Penal.”; Editorial Ariel; Madrid (España).

MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal, Parte Especial.”; Editorial Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla; Sevilla (España); 1983.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “Introducción a la Teoría General del Hecho Punible.” Adaptada al Código Penal Paraguayo por José Ignacio González Macchi; Ediciones Jurídicas Catena S.A; Asunción (Paraguay); 2003.

PRIMO DE RIVERA, Borja Llanza. “Los delitos ecológicos.” Revista de la Universidad de Sevilla; Sevilla (España); 2003.

URRAZA ABAD, Jesús. “Delitos Contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente. Editorial”; La Ley; Madrid (España); 2001.

ROXIN, Claus. “Tratado de Derecho Penal.” Editorial Marcial Pons; España.

DAÑO AMBIENTAL. VÍAS PROCESALES DE ACCESO A LA JUSTICIA. REPARACIÓN DEL DAÑO: ANTIJURIDICIDAD, DAÑO, FACTOR DE ATRIBUCIÓN. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Introducción

El daño ambiental es una especie de daño relativamente nuevo en el universo jurídico. Si bien tiene reconocimiento constitucional y ha empezado a ser aceptado en los tribunales, la elaboración de sus límites está en plena fase de desarrollo, tanto doctrinario como jurisprudencial y legal.

El objeto del presente capítulo es realizar, en una primera etapa, una síntesis y análisis sobre el estado de la jurisprudencia argentina en la materia, previo a que en ese país se sancionara y promulgara en 2002 la Ley General del Ambiente 25.675 que se ocupó de regular la cuestión objeto de nuestro estudio.

Los tribunales argentinos de ese entonces jugaron un papel destacable a la hora de delinear los contornos de la problemática del daño ambiental, lo cual fue recogido posteriormente en el texto de la Ley 25.675⁸⁹⁰.

A partir de esta construcción si se quiere histórica, se intentará aprehender los principios de derecho internacional de los derechos humanos en los que se basaron las construcciones lógicas que los tribunales argentinos han realizado. Por último, se intentará esbozar las líneas sobre las cuales podría empezar a desarrollarse una futura elaboración jurisprudencial en esta materia -hoy prácticamente inexistente- en la República del Paraguay.

Antes de empezar con la tarea que nos hemos propuesto nos gustaría mencionar algunas de las causas que, a nuestro juicio, sustentan esa parálisis judicial.

En primer lugar, no es un tema que se desarrolle en el claustro universitario ni que haya sido objeto del análisis de la doctrina local.

En segundo lugar, en el Paraguay existe una muy dilatada penalización de las conductas dañinas al medio ambiente, a punto tal que ciertos supuestos decididamente

⁸⁹⁰ Todo ese cúmulo de experiencias también ha sido recogido en el Anteproyecto de Ley General del Ambiente para la República del Paraguay, La Ley, Suplemento de Derecho Ambiental, mayo 2007.

bagatelarios son objeto de persecución penal⁸⁹¹. Esto, no ocurría en la Argentina en el período analizado.

Si bien es auspicioso que, en cumplimiento de la disposición constitucional que establece que “el delito ecológico será definido y sancionado por la Ley” (Art. 8), desde los poderes legislativo y ejecutivo se haya intentado dar respuesta a la problemática de la degradación ambiental con la sanción y promulgación de leyes al respecto y que desde el Ministerio Público y el Poder Judicial se hagan los mejores esfuerzos por aplicarlas, estamos convencidos que la respuesta jurídico penal no es la más adecuada para lidiar con la mayoría de los problemas ambientales.

No es la más adecuada porque la propia lógica del sistema penal tiende a sancionar sólo los casos más graves, los más intolerables para la sociedad; por algo uno de los principios cardinales de esta rama del derecho es el de la ultima ratio. Por supuesto, a nuestro juicio esto es saludable y deseable.

No es la más adecuada porque en nada nos beneficia como sociedad que tengamos las cárceles repletas de condenados por delitos ambientales y nuestro ambiente esté cada vez más degradado.

No es la más adecuada porque el fuero penal no está “internamente” preparado para lidiar con típicas cuestiones civiles como la prevención y la reparación de los daños; su orientación es punitiva, no preventiva y reparadora, y esto está en la génesis de este ámbito jurídico.

Inclusive, nos encontramos con la paradoja de que uno de los casos penales ambientales paradigmáticos en nuestro medio (M. T. Z. s/ Hechos Punibles c./ el medio ambiente⁸⁹²) ha tenido una resolución típicamente civil. En efecto, el tribunal ha ordenado el cierre y el traslado del establecimiento en donde se originaba la degradación ambiental y la reparación del daño ambiental causado. Sin embargo, la condena de prisión del principal imputado ha quedado en suspenso y, si bien, se ha estimado el quantum global del daño ambiental causado⁸⁹³, todavía está lejos de obtenerse un efectivo resarcimiento –

⁸⁹¹ Así, por ejemplo, el Art. 12 de la Ley 716/96 que sanciona a “los que depositen o incineren basuras u otros desperdicios de cualquier tipo, en las rutas, caminos o calles, cursos de agua o sus adyacencias”.

⁸⁹² S.D. número 45 del 27 de mayo de 2003 del Juzgado Penal de Liquidación y Sentencia número 4, modificada parcialmente por el Acuerdo y Sentencia número 113 del 7 de noviembre de 2003 del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal, Segunda Sala. La Corte Suprema de Justicia confirmó en un primer momento el Ac. y Sent. 113 por medio del Ac. y Sent. número 1052 del 26 de julio de 2004; sin embargo, por medio del Ac. y Sent. número 244 del 30 de abril de 2007, haciendo lugar a un recurso de revisión, revoca el Ac. y Sent. 113 y confirma la S.D. 45.

⁸⁹³ La reparación de los daños causados según la estimación realizada el Ministerio Público –extremo ordenado en el Ac. y Sent. 113- fue el motivo por el cual la CSJ revocó el Ac. y Sent. 113. La S.D. 45 ya había declarado la responsabilidad civil de M.T.Z., como no podía dejar de hacerlo. El Ac. y Sent. 113 ordenó la reparación del daño como condición de la suspensión de la ejecución a prueba, lo cual también fue correcto; sin embargo, ordenó la reparación del daño según la estimación a realizar por el Ministerio Público,

el caso se inició en 1999-, tanto en la recomposición del ambiente dañado o en la implementación de medidas compensatorias, como en el resarcimiento de los daños producidos a los vecinos.

2. Fuentes Constitucionales De La Recomposición Ambiental En La Argentina

El derecho a un medio ambiente sano está expresamente contenido en el artículo 41 de la Constitución Nacional de la República Argentina. Este artículo, además, eleva a rango constitucional la categoría de “daño ambiental”, tal vez para resaltar su entidad en el universo de los daños reconocidos por el derecho y como un modo de facilitar la asimilación de sus principios y particularidades por el jurista, a quien, de otra manera, le resultaría difícil conjugar este nuevo tipo de daño con los parámetros clásicos de responsabilidad civil, acceso a la justicia y efectos de la cosa juzgada.

El daño ambiental posee características “complejas”, dado que está fundado en una realidad también compleja: el perjuicio que conlleva para la humanidad el menoscabo a su ambiente⁸⁹⁴. Si bien ese perjuicio, en algunos casos, no es científicamente cierto y preciso y además, a veces, su manifestación tarda años en revelarse, cuando lo hace puede afectar a las personas y a su entorno en proporciones inimaginables. En este sentido -por lo expansivo de sus efectos- este daño guarda cierta similitud con los daños causados por productos de consumo masivo y no es casual el tratamiento diferenciado y privilegiado que la Constitución hace tanto del derecho ambiental como del derecho del consumidor⁸⁹⁵. Podríamos decir que esto, de alguna manera, es una de las respuestas que la ciencia jurídica otorga a los nuevos problemas que plantea la evolución del desarrollo económico a los individuos.

Los artículos 43 y 75 inciso 22 son complemento del artículo 41. El primero, por incluir dentro del marco de un proceso constitucional⁸⁹⁶ -el amparo- la defensa del ambiente; y el segundo, por el carácter supralegal que otorga a los tratados internacionales de los que efectivamente es o sea parte la Argentina, en especial los tratados de derechos humanos enumerados en ese artículo, que no sólo tienen jerarquía supralegal, sino que gozan de jerarquía constitucional, esto es, integran el bloque de constitucionalidad.

la que una vez finalizada incluyó entre los daños resarcibles a los daños sufridos por particulares, daños cuyo resarcimiento no había sido peticionado por los damnificados hasta ese entonces. El Ministerio Público debería haberse limitado a estimar los daños causados al ambiente en sí mismo, en tanto interés social, colectivo y difuso, conforme lo establece el Art. 28 del Código Procesal Penal.

⁸⁹⁴ Así, la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, junio de 1972; instrumento jurídico fundacional del nuevo derecho ambiental.

⁸⁹⁵ Podríamos agregar al respecto, aunque no completamente relacionado, el derecho a la protección de los datos del individuo.

⁸⁹⁶ Eduardo Jiménez califica a los procesos constitucionales como “aquellos cuyo centro de acción se encuentra en la materia constitucional, más específicamente para guarecer de manera inmediata los derechos fundamentales y el correcto desempeño de la dinámica de los Poderes de Estado”. Derecho Constitucional Argentino, Tomo II, página 544, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2000.

Para nosotros, es fundamental que la Constitución incluya la defensa del ambiente como sustento de un posible proceso constitucional, porque más allá de que esa defensa se produzca o no en el marco de un proceso de ese tipo, creemos que esta calificación del proceso estará dada por la pretensión. Esto es, siempre que se defienda el medio ambiente, se lo hará a través de un proceso que tendrá las características de uno constitucional. La idoneidad del “medio” (tipo de proceso) será variable en cada caso concreto, pero las consecuencias de esta calificación no serán intrascendentes. Al estar en presencia de un proceso o de una pretensión constitucional, las decisiones judiciales serán la aplicación directa de normas constitucionales, sin pasar por el “tamiz” de normas infraconstitucionales; y allí cobrará todo su vigor la garantía de la tutela judicial efectiva.

Por ejemplo, podríamos pensar que la solicitud de una medida cautelar de cese de daño al ambiente tendría ese carácter (pretensión constitucional), sin importar lo subordinado o incidental de la cuestión. En este sentido, al decidir sobre el efecto suspensivo de una medida cautelar dentro de un proceso de conocimiento por daño ambiental, y a la luz del artículo 243 apartado 3º de Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires, la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial 1ª de La Plata, sala 3ª, mantuvo el efecto suspensivo de dicha medida, por aplicación del artículo referido, sin dar importancia a la calidad de la pretensión reclamada. Sin embargo, el voto en minoría se pronunció por el otorgamiento de la apelación al solo efecto devolutivo invocando el principio de instrumentalidad o flexibilidad de las formas, y teniendo en cuenta el carácter especial de la protección que se materializaba por la medida cautelar apelada.

El artículo 75 inciso 22 incorpora los tratados internacionales y, específicamente, como hemos mencionado, otorga jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos que enumera; entre otros, la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica- y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Estos tratados son un aporte muy valioso a la elaboración de la noción de daño ambiental, una vez que aceptemos que para el ser humano, todo menoscabo al ambiente incide en forma directa sobre el goce de su derecho a la salud. Esta es una interpretación unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina⁸⁹⁷ e internacional⁸⁹⁸. Ahondando en el concepto, se sostiene en esta dirección que el daño al ambiente es un daño a la calidad de vida⁸⁹⁹. Asimismo, en la clasificación de los derechos humanos realizada por Naciones Unidas se habla del derecho a un ambiente sano como un derecho

⁸⁹⁷ GOLDENBERG, Isidoro H. y Néstor A. CAFFERATTA, Daño ambiental. Problemática de su determinación causal, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2001, página 11 y “Maceroni, Francisco y otros c./ Dirección General de Fabricaciones Militares” y su acumulada “Viera, Florial y otros c./ Dirección General de Fabricaciones Militares”, de fechas 4/5/96 y 3/9/96 respectivamente – J.A. 1998-III-262.

⁸⁹⁸ PATHAK, R.S., “The human rights system as a conceptual framework for environmental law”, en International human rights law and environmental problems, ver: <http://www.unu.edu/unupress/unupbooks/uu25ee/uu25ee0k.htm>

⁸⁹⁹ GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa, Medio ambiente y derecho de daños, en Anuario de Derecho n°4. También, WINDSLADE, W.J., Human Needs and Human Rights, en Human Rights – Amintaphil 1, 29, 35 (1971).

humano de tercera (derechos de la solidaridad) y cuarta (por su virtualidad intergeneracional) generación⁹⁰⁰.

3. Daño Ambiental

El daño ambiental es de naturaleza bifronte (Bustamante Alsina) con incidencia individual y colectiva al mismo tiempo: un mismo hecho afecta en sus derechos subjetivos a una y a varias personas a la vez; y además, afecta bienes propios, particulares de cada individuo, y bienes comunes o compartidos⁹⁰¹ por una generalidad indeterminada de individuos.

El daño ambiental se produce en el ambiente en sí mismo⁹⁰² y “de rebote” (par ricochet, Bustamante Alsina) en las personas y en sus bienes. El daño al ambiente en sí mismo es un daño a un bien de titularidad difusa y compartida, que puede en el caso concreto, identificarse con una porción del ambiente de titularidad determinada. Sin embargo, siempre estará presente un daño de índole colectivo, porque esa porción de ambiente es imposible de escindir del ambiente como un todo.

El daño al ambiente, aislado de los daños “clásicos” a las personas y a sus bienes, ha sido calificado como “daño ambiental residual” (Juez Francisco Blanco, al fallar en *Maceroni c./ Fabricaciones Militares*⁹⁰³) por deterioro o menoscabo del entorno no sólo natural sino también social, ya que provoca una lesión a la calidad de vida. Dicha lesión se inflige a todos y cada uno de los sujetos a quienes se les haya deteriorado su hábitat, más allá de que existan daños derivados, fragmentarios y particularizados⁹⁰⁴. En este sentido –sin tener en cuenta los demás daños particulares- se manifiesta como la afectación de un patrimonio colectivo (Michel Prieur), de la cual pueden o no derivarse perjuicios concretos a los seres humanos, pero que independientemente de esa circunstancia, reviste relevancia para el derecho.

⁹⁰⁰ MORELLO, Augusto, “Los Derechos del Hombre de las tercera y cuarta generación”, Capítulo LXI, sección duodécima “Las exigencias de la tutela al finalizar el siglo XX”, en *Estudios de derecho procesal. Nuevas demandas, Nuevas respuestas*, Volumen 1, página 943, La Plata, Editorial Platense, 1998.

⁹⁰¹ Un “patrimonio común”, al decir de Michel Prieur.

⁹⁰² Esta dualidad del daño ambiental ya ha sido recogida en la legislación paraguaya. En efecto, el artículo 12 primer párrafo de la Ley 3001/06 “De valoración y retribución de los servicios ambientales” establece que: “En el momento de dictar sentencia definitiva por la comisión de hechos punibles contra el medio ambiente o en procesos civiles en los que se peticione la reparación del daño ambiental en sí mismo, los jueces podrán disponer que el monto de las multas y/o composiciones, así como el de las condenas pecuniarias civiles se destine o se realice a través del Régimen de Servicios Ambientales”.

⁹⁰³ Juzgado Federal Nro 4, Secretaría Nro 12. Sentencia del 4 de mayo de 1996.

⁹⁰⁴ CAFFERATTA, Néstor A., “Externalidades y daño ambiental en sí mismo”, comentario a la sentencia “Maceroni, F. c./ Dirección General de Fabricaciones Militares”, Juzgado Federal de 1ª Instancia de La Plata 4/5/96; J.A. 1998-III-277.

4. Acceso A La Justicia

Ya hemos dicho que, como daño constitucionalizado, el daño al ambiente también goza del recurso constitucional de amparo y que la naturaleza constitucional de su satisfacción no se agota en procesos de ese tipo. Pero es en la faz colectiva del reclamo ambiental en donde la caracterización constitucional de este daño cobra mayor relevancia.

La introducción del amparo colectivo en defensa de los derechos de incidencia colectiva otorga legitimación activa a las asociaciones que propendan a la protección del ambiente y al Defensor del Pueblo. Son estos intereses difusos o colectivos los que portan la pretensión que califica a un determinado proceso como constitucional (y no sólo el amparo, como dijimos), porque es la vertiente colectiva del derecho a un ambiente sano, estrechamente relacionado con el bien común, la que la Constitución privilegia y no ya su carácter individual y fragmentario, que encuentra su cauce dentro de las instituciones clásicas del derecho.

La incidencia colectiva de este derecho no impide que un individuo accione en su defensa; éste puede perseguir la satisfacción de sus derechos individuales o directamente, recurrir en gestión útil de la comunidad (Morello) o ambas cosas a la vez. El único requisito que se le exige es que demuestre que es “portador de un interés razonable y suficiente”⁹⁰⁵, que es un “elemento” de ese “conjunto” que está definido como el que incluye a todos los afectados por el menoscabo de un derecho común a todos. Así, el particular estará legitimado para solicitar el cese de la actividad contaminante o polucionante, y la resolución judicial que así lo disponga tendrá efecto erga omnes, porque la protección del individuo que reclama “sólo será efectiva si se extiende al conjunto”⁹⁰⁶. Dicho de manera sencilla, es imposible que la contaminación cese para una sola persona sin que cese para el conjunto y por esa misma razón, la sentencia tiene los efectos de la cosa juzgada para todos los integrantes del conjunto de afectados del que forma parte el peticionante primigenio. Este, por otra parte, es el mismo razonamiento que utilizó la Corte Suprema de Justicia Argentina antes siquiera de la reforma constitucional de 1994. En efecto, al fallar en la causa “Ekmekdjian, Miguel Ángel c./ Sofovich, Gerardo y otros”⁹⁰⁷ (7/7/1992), en el considerando 25 del voto de la mayoría, la Corte dijo que el actor asumió una “suerte de representación colectiva, que (llevó) a cabo en virtud de una preferencia temporal” y evitó entonces, por razones “prácticas”, que al verse satisfecho el interés colectivo cuya representación asumió el doctor Ekmekdjian, se multiplicaran los reclamos por el mismo hecho lesivo.

De todos modos, el carácter constitucional del daño ambiental no agota sus consecuencias procesales en lo dicho hasta aquí. Al ser un daño con particularidades

⁹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 19 de mayo de 1998, causa “Almada, Hugo N. c. Copetro S. A. y otro; Irazu, Margarita c. Copetro S. A. y otro; Klaus, Juan J. c. Copetro S. A. y otro” Acordada 60.094, 19/5/98; J.A. 1999-I-259, La Ley Buenos Aires, 1998-943.

⁹⁰⁶ “Almada c./ Copetro S.A.”, SCBA, citado en la nota anterior.

⁹⁰⁷ La Ley 1992-C, 543. Fallos 315:1492

especiales, reconocidas en cierto sentido en el mismo texto constitucional y su satisfacción, el cumplimiento directo de una manda constitucional, se ha llegado a decir que “el nuevo sustrato fáctico-jurídico actual lleva a una inevitable flexibilización de las disposiciones procesales, en tanto y en cuanto no se conculque la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso” (voto del Dr. Hitters en “Almada c./ Copetro S.A.”⁹⁰⁸). Esto no es más que la cruda manifestación jurisprudencial del estado de dependencia ecológica del derecho en este ámbito (Pigretti). En este mismo orden de ideas, la concesión de apelaciones contra medidas cautelares que otorguen anticipadamente lo que es sustancia de la litis, deberán serlo con efecto devolutivo como modo de hacer cumplir la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, se propicia la figura del Juez acompañante y comprometido socialmente, con participación activa con miras a la prevención del daño ambiental⁹⁰⁹. Pero además; no se está en presencia de un Juez neutral sino de un Juez interesado, ya que él, como integrante de la comunidad en la que ejerce su magistratura, puede llegar a ser un afectado más. Por eso, los jueces que intervienen en procesos de este tipo deben extremar su prudencia sin dejar de ser rápidos y eficaces. Se requiere de ellos una sensibilidad especial a la hora de aprehender las particularidades del caso que se les presenta, pues en muchas ocasiones sus decisiones tendrán profundas consecuencias económicas y sociales.

5. Prescripción

La acción de cese como derivación del derecho constitucional y humano de disfrutar de un ambiente sano y equilibrado y además de la obligación de preservar la salud y la vida de los individuos es imprescriptible. Por su parte, las acciones resarcitorias por daños y perjuicios provocados -par ricochet- por la contaminación prescriben según las reglas del Código Civil⁹¹⁰.

6. Autorización Administrativa

La autorización administrativa para funcionar no exime a su titular de tener que responder por los eventuales perjuicios que su actividad cause al ambiente en sí mismo o a las personas, pues los requisitos administrativos no tienen los mismos objetivos que la jurisdicción civil o penal⁹¹¹; además, los límites administrativos son de naturaleza inferior a la ley y por lo tanto, no obligan a la justicia⁹¹².

⁹⁰⁸ Fallo citado en la nota 15.

⁹⁰⁹ Cafferatta, Néstor A., Daño ambiental (Evolución de nuestra jurisprudencia), J.A. 1999-III-1162. “Roca, Magdalena c./ Provincia de Buenos Aires s./ Inconstitucionalidad”, CSJN 16/5/95, J.A., 1995-IV-64.

⁹¹⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 1 de octubre de 1999, en la causa “Subterráneos de Buenos Aires, Sociedad del Estado c./ Propietarios de la Estación de Servicios Shell, Estación Lima, entre Estados Unidos e Independencia”.

⁹¹¹ “Pinini de Pérez c./ Copetro S.A.” (Cámara 1ª Civil y Comercial de La Plata, sala 2ª, 27/4/93, J.A. 1993-

7. Relación De Causalidad

Esta cuestión ha sido calificada como el punto débil de la responsabilidad por daño ambiental⁹¹³; razonablemente por cierto, dada la complejidad que supone individualizar la actividad y/o el agente causante de la contaminación. Dijimos ya que los daños al ambiente pueden tardar años en manifestarse, y que sus virtualidades pueden afectar a un sinnúmero de individuos y cosas. Un daño ambiental incluso puede ser causado por una conjunción de condiciones que aisladas, podrían no tener un efecto adverso. Esto supone una tarea de investigación descomunal, cuyos resultados, en la mayoría de los casos, dejarán una cuota de incertidumbre⁹¹⁴; pero esto viene sucediendo incluso en el mundo científico, en donde se pregona el fin de las certezas (Illya Prigogine). Esta cuestión realza el lugar de la probabilidad como factor explicativo de las relaciones causales. En este sentido, son de suma importancia los principios y criterios que se vienen aplicando en derecho comparado, como los anglosajones *more probable than not*, *market share*, o *most likely victim*, o la teoría alemana de la condición peligrosa⁹¹⁵.

Aquí cabe recordar que el grado de certeza que requiere el derecho no es un grado de certeza científica; se necesita sólo una imputabilidad jurídica (poder imputar una consecuencia a un hecho u omisión) según reglas preestablecidas. El derecho argentino incorpora este criterio de probabilidad en el artículo 901 del Código Civil, al definir las consecuencias inmediatas como aquellas que suceden “según el curso natural y ordinario de las cosas”. Lo ordinario admite excepciones, no tiene un sentido de inmutabilidad, de rigidez y es por ese rasgo que se introduce la validez probabilística -elástica en esencia- como criterio de justicia. Esto -conjugado con la regla de la sana crítica (artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) en la apreciación de la prueba, en donde las máximas de la experiencia juegan un papel fundamental- relaja exigencias que de otro modo impedirían en la mayoría de los casos soluciones justas y adecuadas a la realidad.

La aplicación de este criterio, por otra parte, se encuentra en cierto modo condicionada por la Declaración de Río de 1992, que en su Principio 10, último párrafo, expresa que “deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”. El criterio de efectividad subordina lo material (sustancial) a lo formal (procesal), y llegado el caso y en esta materia, requiere moldear y reinterpretar reglas jurídicas clásicas y estrictas, pensadas para dar soluciones justas a situaciones de antaño, pero que en la

III-367.

⁹¹² “Maceroni, F. c./ Dirección General de Fabricaciones Militares”, Juzgado Federal de 1ª Instancia de La Plata 4/5/96 y Cámara Federal de La Plata, sala 1ª, 3/6/96; J.A. 1998-III-261.

⁹¹³ Goldenberg, Isidoro H. y Néstor A. Cafferatta, op. cit.

⁹¹⁴ “(...) la incertidumbre es inherente a los problemas ambientales”, Banco Mundial, informe de 1992, “Desarrollo y Medio Ambiente”, página 40, citado por Aníbal Falbo en El rol del derecho ante la incertidumbre científica en los casos ambientales, Jurisprudencia Argentina, 1995-IV’976.

⁹¹⁵ Goldenberg, Isidoro H. y Néstor A. Cafferatta, op. cit. página 51.

actualidad devienen una carga pesada ante el acaecimiento de daños complejos en los que el seguimiento del iter causal se hace prácticamente imposible, mientras la conexión causa - efecto exige que se atienda su existencia.

8. Factor De Atribución

Es criterio unánime, tanto judicial como doctrinario, que el factor de atribución de responsabilidad es objetivo, cuando de daño ambiental se trata. En la esfera extracontractual, esto se da por la manipulación de cosas riesgosas o por el desarrollo de actividades riesgosas, mientras que en la esfera contractual, se produce por la violación de la garantía tácita de seguridad.

El factor “equidad” también juega un rol esencial cuando lo que se persigue es la reparación del daño ambiental en sí mismo (Maceroni c./ Fabricaciones Militares). Se considera equitativo que quien externalizó sus costos ambientales, causando con ello una degradación del ambiente, los internalice cargando con los costos de su restauración. Tal vez se apele a la equidad a falta de un desarrollo más avanzado o criterios jurídicos más adecuados que atiendan la problemática de la satisfacción de un interés intergeneracional como lo es éste: no hay un titular exclusivo del ambiente dañado y las consecuencias de ese daño perduran muchas veces “afectando” a quienes ni siquiera han nacido. Creemos que también se podría apelar a la noción de enriquecimiento sin causa (artículo 907 Código Civil) o al abuso del derecho (artículo 1071).

9. Normas En Que Se Sustentan Los Reclamos Ambientales

En esencia, el resarcimiento del daño ambiental encuentra su fuente en la afectación de derechos personalísimos tales como la salud y la vida. Pero también se ha dicho que el derecho a un ambiente sano es un derecho personalísimo⁹¹⁶, una ampliación de la esfera de la personalidad humana⁹¹⁷. Por lo tanto, las normas jurídicas invocables serían aquellas que afecten a esos derechos, todos de rango constitucional.

El reclamo patrimonial debería entonces ser conducido por las normas comunes sobre responsabilidad, cuidando especialmente todo lo relativo a la prueba del nexo causal (el cual, si bien no cierto en grado científico, sí debe ser probable en grado jurídico). Además, se deberá tener en cuenta el carácter objetivo del factor de atribución. En lo procesal debería invocarse el derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 1, 8 y 25 de la CADH) en el que tiene un papel fundamental el rol preventivo del nuevo derecho de daños y en el que las medidas que otorgan un anticipo de la pretensión procesal encuentran su campo de acción más adecuado. En este orden de ideas, institutos propios

⁹¹⁶ MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, La Plata, Editora Platense, 1986.

⁹¹⁷ LORENZETTI, Ricardo L., Las normas fundamentales de derecho privado, capítulo XIV, “La esfera privada y social”, página 459, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1995.

de los derechos reales -como la disposición del artículo 2618 del Código Civil o la acción de daño temido del artículo 2499 párrafo 2º- sirven para articular este nuevo derecho en los moldes clásicos del derecho civil, facultando expresamente al Juez a dictar las medidas cautelares que sean más apropiadas al caso. También se puede hacer uso del interdicto de obra nueva (art. 619 CPCCN) con el fin de evitar un daño ambiental.

Asimismo, los artículos 2801 y 2802 del Código Civil se refieren a otra acción posible de ser utilizada en estos casos: la acción negatoria. Ésta puede ser ejercida por cualquier poseedor de un inmueble que vea impedido, por la acción perturbadora de un tercero, el libre ejercicio de su derecho de dominio. Estos institutos no abarcan todos los supuestos que podrían presentarse, pero son muy valiosos inclusive como pauta para hacer jugar la analogía (artículo 16, Código Civil). Una vez más, vale la pena enfatizar que todos estos institutos y principios de legislación común (tanto material como adjetiva) se nutren y sustentan en tres pilares básicos: derecho a la vida (artículo 4 Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 3 Declaración Universal de los Derechos Humanos), reconocimiento del ambiente como soporte del primero (Estocolmo 1972 y Principios 1 y 4 Declaración de Río 1992), el reconocimiento expreso del derecho a vivir en un ambiente sano (artículo 11 del Protocolo de San Salvador) y por último, derecho a la tutela judicial efectiva. Estos tres elementos y su fuerza jurídica son en esencia idénticos tanto en la Argentina como en el Paraguay.

10. Estado De La Cuestión En La República Del Paraguay

La armonización legislativa es uno de los elementos que están implicados como mecanismo para lograr “el fortalecimiento del proceso de integración” en el concepto de Mercado Común que se esboza en el artículo 1 del Tratado de Asunción. El concepto de armonización jurisprudencial está implícito en cierta forma, en el concepto de armonización legislativa ya que ésta se vería desnaturalizada ante la existencia de jurisprudencias nacionales contrapuestas. Para lograr esa armonización jurisprudencial, necesariamente, las legislaciones deben nutrirse de institutos y normas similares.

En el Paraguay, la Constitución tiene reconocido el derecho a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado y, al igual que en la Argentina, el daño ambiental es un daño constitucionalizado⁹¹⁸ (artículos 7 y 8). Más aún, la Constitución desarrolla el concepto de calidad de vida (artículo 6) y los derechos de incidencia colectiva están expresamente incorporados a su ordenamiento jurídico (artículo 38).

A primera vista podría parecer llamativo que, contando con normas constitucionales y legales armonizadas –es más equivalentes como veremos a continuación- no se haya desarrollado una jurisprudencia similar a la Argentina. Resulta más llamativo aún porque el Paraguay también ha suscripto la Convención Americana de

⁹¹⁸ Art. 8: “El daño ambiental importará la obligación primordial de recomponer e indemnizar”.

Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica) como primera ley nacional luego del reestablecimiento de la democracia⁹¹⁹.

En el nivel legislativo, además de la legislación penal que sanciona el daño ambiental⁹²⁰, la categoría de daño ambiental se encuentra expresamente reconocida en el artículo 76 de la Ley 779/95 “De hidrocarburos” que establece que las sanciones que puedan corresponder a los concesionarios de actividades relacionadas con hidrocarburos por omisión de la obligación de cumplir con la evaluación de impacto ambiental serán sin perjuicio de la “responsabilidad emergente por situaciones y hechos que signifiquen daños y perjuicios al medio ambiente”⁹²¹.

Asimismo, Paraguay cuenta con instituciones de derecho civil similares a las de Argentina. Por ejemplo, el artículo 2000 del Código Civil está esencialmente emparentado con el 2618 del Código Argentino. En algunos casos, las instituciones paraguayas son más precisas técnicamente que las presentes en el Código Civil Argentino. Este es el caso de las actividades riesgosas, las cuales -a diferencia de la legislación Argentina- están incluidas expresamente como supuestos de responsabilidad objetiva (artículos 1846 y 1847). Dentro de las acciones reales, el Código Civil Paraguayo también incluye la acción negatoria (artículos 2441 y 2442) con las mismas características que la del Código de Vélez Sársfield. El factor equidad (artículos 1815, 1850), el enriquecimiento sin causa (artículos 284, 1817 a 1825), el abuso del derecho (artículo 372) y la causalidad adecuada (artículo 1856) vienen a completar el cuadro de instituciones análogas.

En el ámbito procesal, Paraguay posee un Código Procesal Civil y Comercial que es similar a la mayoría de los códigos de procedimientos provinciales argentinos y que cuenta con los institutos básicos para hacer actuar la jurisdicción en un sentido favorable al ambiente (medidas cautelares genéricas, artículo 692 CPC; apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica, artículo 269 CPC). Respecto de la legitimación activa, los tribunales paraguayos, haciendo aplicación directa de normas constitucionales ya han reconocido el carácter de acción popular de las acciones en defensa del ambiente, así como también la posibilidad de que cualquier persona invoque ese interés colectivo en beneficio de la comunidad⁹²², no sólo en procesos de amparo, sino también mediante el ejercicio de las acciones ordinarias⁹²³.

⁹¹⁹ Como ya se ha mencionado en otros capítulos de esta obra, en el Paraguay, el derecho a vivir en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado ya ha sido catalogado por los tribunales de justicia como un derecho humano (Acuerdo Sentencia número 78 del 18 de agosto de 2003, Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia, causa “IDEA c. BNF y otros s./ Amparo”).

⁹²⁰ Ley 716/96 y Ley 1160/97.

⁹²¹ Además de estar expresamente reconocida la faz dual del daño ambiental, como ya hemos mencionado; ver nota 13.

⁹²² “Sociedad Protectora de Animales y Plantas del Paraguay c./ Entidad Binacional Yacyretá (Ac. y Sent. Nro. 30”, T. Apel. del Menor, Asunción, junio 23-1995, LL Paraguaya T.18 – Página 475. “Saud Vda. de Bazas, Yamili y Amado Farid Id c./ Vendedores Informales y/o Mesiteros establecidos frente a la propiedad y

Nosotros estamos convencidos que la rica experiencia de la jurisprudencia argentina en materia de prevención y de reparación de daños ambientales podría ser mejor aprovechada por nuestros abogados y jueces. En los procesos judiciales penales ambientales del Paraguay parece no haber permeado la distinción conceptual entre el daño al ambiente en sí mismo y los daños particulares derivados de ese daño ambiental⁹²⁴, y las consecuencias negativas que ello trae a la hora de hacer efectiva la obligación primordial de recomponer e indemnizar se están empezando a hacer notar. También existe una senda poca explorada en las acciones preventivas, por ejemplo, reclamando la suspensión de actividades ante la ausencia de declaración de impacto ambiental y en las de cese de daño, como el ejercicio de la acción derivada del artículo 2000 del Código Civil.

Local comercial denominado Cometa Plus (Ac.y Sent. Nro. 9)”, T. Apel. Civ., Com., Laboral, Penal, Tutelar y Correccional del Menor, Sala 2, Encarnación, marzo 3-2000. LL Paraguaya, T.23- Página 654.

⁹²³ Corte Suprema de Justicia, Acuerdo y Sentencia número 88 del 14 de marzo de 2005.

⁹²⁴ Una vez más destacamos el expreso reconocimiento legislativo de esta distinción en el artículo 12 primer párrafo de la recientemente sancionada y promulgada Ley 3001/06 “De valoración y retribución de los servicios ambientales”

CAPÍTULO XI
COMUNIDADES INDÍGENAS Y AMBIENTE

COMUNIDADES INDÍGENAS Y AMBIENTE

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Consideraciones Preliminares

En lo que respecta a la legislación indígena, los dos instrumentos internacionales de mayor relevancia son, por un lado, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) – Ley 1/89- y, por el otro lado, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 (Convenio OIT 169) – Ley 234/93.

En agosto de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de interpretar por primera la Convención –aunque en virtud del artículo 29, incorporando conceptos del Convenio OIT 169- en un caso contencioso contra la República de Nicaragua en relación con la problemática indígena. Más recientemente, la CIDH tuvo la oportunidad de ahondar sobre el tema en tres casos contenciosos, el primero de ellos tuvo como parte demandada a Suriname y los dos últimos al Paraguay.

Los cuatro casos fueron Comunidad Indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni (Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C número 79), Comunidad Indígena Moiwana (Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C número 124), Comunidad Indígena Yakye Axa (Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C número 125) y Comunidad Indígena Sawhoyamaya (Sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, número 146).

Así, a continuación, analizaremos la legislación indigenista paraguaya (en particular, sobre la Ley 904/81) a luz de los citados precedentes de la CIDH, con el propósito de poner de relieve los desajustes entre sus previsiones y la interpretación de las obligaciones internacionales del Estado paraguayo.

2. Análisis Crítico

2.1. Vínculo Tierra – Vida - Cultura

Uno de los principales tópicos sobre el que se interesa en la actualidad el derecho internacional de los derechos humanos es la delimitación del concepto –y el alcance- del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre la tierra que ocupan.

Se parte de la idea de la existencia para los indígenas de un “lazo simbiótico” entre tierra, cultura, ambiente y vida⁹²⁵. Así, se entiende que la tierra trasciende la mera

⁹²⁵ Ver escrito Amicus Curiae presentado por Romina Piccolotti en representación del International Human Rights Law Group (IHRIG) y el Center for International Environmental Law (CIEL) en autos “Awas Tingni

función utilitarista que le asigna la cosmovisión liberal de Occidente, para confundirse con las más profundas expresiones vitales –individuales y colectivas-⁹²⁶ de los pueblos indígenas.

Este lazo simbiótico es reconocido en el artículo 64 de la Constitución de la República del Paraguay, que establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y desarrollo de sus formas peculiares de vida (...)”. Dentro de esas formas peculiares de vida, lo “colectivo” desempeña un rol fundamental; la comunidad es el punto de referencia a partir del cual los indígenas se relacionan con el mundo, la comunidad es su mundo.

De este modo, la tierra pertenece a la comunidad, nadie tiene un derecho exclusivo sobre ella. La comunidad otorga los derechos de uso y goce sobre las parcelas que cada familia necesita para satisfacer sus necesidades de vivienda o de alimentación (entre las que se incluye el agua). Por sobre todo, la tierra es una parte no escindible de la espiritualidad de la comunidad, la cual, a su turno, inspira a las instituciones de cada pueblo o comunidad. En este sentido, el Convenio OIT 169 establece: “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna u otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. (Artículo 13.1).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en su decisión de 2001 que: “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia a 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 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 del voto de la mayoría).

Mayagna (Sumo) Comunidad Indígena vs. República de Nicaragua”, tramitado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica.

⁹²⁶ “It is essential to know and understand the deeply spiritual special relationship between indigenous peoples and their land as basic to their existence as such and to all their beliefs, customs, traditions and culture. For such peoples, the land is not merely a possession and a means of production. The entire relationship between the spiritual life of indigenous peoples and Mother Earth, and their land, has a great many deep-seated implications. Their land is not a commodity that can be acquired, but a material element to be enjoyed freely”. José R. Martínez Cobo, “Análisis del problema de Discriminación de Poblaciones Indígenas”, página 26, O.N.U., Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Ad.4, 1987; citado en el escrito Amicus Curiae mencionado en 1.

En Yakye Axa, la CIDH sostuvo: "(...) los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural" (Párrafo 146 del voto de la mayoría).

En Sawhoyamaxa, la CIDH estableció que: "(...) Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término "bienes" utilizado en dicho artículo 21, contempla "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor" (Párrafos 120 y 121).

2.2. Vínculo Tierra – Recursos Naturales

El vínculo estrecho de los indígenas con el medio en el que viven hace que la relación entre ambiente sano y equilibrado (Art. 7 de la Constitución), por un lado, y vida (Artículo 4 de la Constitución) y salud (Art. 68 de la Constitución), por el otro, se manifieste para ellos con mayor énfasis. Esto, por supuesto, se extiende a la utilización de los recursos naturales, ya que la relación hombre – tierra no se circunscribe solamente a la superficie en abstracto sino también a los recursos naturales que contiene (biodiversidad en sentido amplio) y a los recursos naturales subterráneos. Así, la relación hombre – tierra implica la idea hombre – ambiente, entendido este último en la forma más comprensiva posible.

Por esta razón, el Convenio OIT 169 establece que "los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan" (Artículo 7.3); y prevé que "en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización

equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”. (Artículo 15.2).

Ese también fue el fundamento por el cual la CIDH ordenó al Estado nicaragüense que se abstuviera “de realizar, hasta tanto no se efectúe [la] delimitación, demarcación y titulación [de la tierra que reclama la Comunidad Mayagna de Awas Tingni], actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad”. (Punto 4 de la parte resolutive).

En Yakye Axa, más allá de reconocer expresamente el vínculo indígenas – tierra – recursos naturales (ver párrafo 121 citado supra), la Corte incluyó expresamente el derecho a vivir en un ambiente sano como uno de los derechos de los indígenas relacionados con la garantía de acceso a la propiedad colectiva que debían ser tenidos en cuenta por el Estado paraguayo para cumplir con el deber de protección especial que debe brindárseles. Así, la CIDH debió establecer “(...) si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹²⁷, y las disposiciones pertinentes del Convenio No. 169 de la OIT” (Párrafo 163).

En el caso del Paraguay no existe normativa legal, o de rango inferior, que refleje en forma expresa este derecho de los indígenas a los demás recursos naturales vinculados con sus tierras tradicionales; sin embargo, tanto el Convenio OIT 169, por haber sido incorporado al ordenamiento positivo nacional, como los precedentes de la Corte Interamericana, que han expresado el sentido que debe dársele a los derechos indígenas,

⁹²⁷ El Paraguay ratificó mediante la Ley 1040/97 el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Protocolo de San Salvador– en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 3 de junio de 1997. El Protocolo entró en vigencia internacional el 16 de noviembre de 1999.

permiten concluir que el vínculo vida – tierra es comprensivo del vínculo vida – recursos naturales.

2.3. Pueblos Nómades

Otro de los puntos a tener en cuenta es la existencia de pueblos indígenas nómades, que también tienen derecho a las tierras por las que tradicionalmente se han desplazado. Al respecto, el Convenio OIT 169 prevé que: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómades y de los agricultores itinerantes”. (Artículo 14.1).

Este punto está, en cierto sentido, contemplado por la Ley 904/81 (Estatuto de las Comunidades Indígenas) en el artículo 9 inciso b) donde se establece que uno de los requisitos que debe contener la solicitud de personería jurídica de una comunidad indígena debe ser “la ubicación geográfica de la comunidad si ella es permanente, o de los sitios frecuentados por la misma, cuando no lo fuere”. Sin embargo, esta ley no contiene otra regulación sobre este punto específico, lo cual resulta problemático ya que en el Paraguay hay varios pueblos nómades y este vacío complica la aplicación y el reconocimiento concreto de sus derechos a sus tierras tradicionales.

2.4. Procedimiento De Acceso A La Tierra. Caracterización Del Derecho De Propiedad Indígena

El acceso de los indígenas a la titularidad de la tierra está regulado en forma genérica en la Ley 904/81. Allí se fija como uno de sus objetivos “[el] acceso a un régimen jurídico que les garantice la propiedad de la tierra y otros recursos productivos en igualdad de derechos con los demás ciudadanos”. De esta manera, regula procedimientos de acceso a la tierra que atiendan “en lo posible a la posesión actual o tradicional”, ya sea que se encuentre en manos públicas o privadas. En el primero de los casos, prevé el traspaso gratuito de las tierras; en el segundo, la compra a los propietarios actuales o su expropiación.

En el año 1988, a través de la Ley 1372 se intentó regularizar la situación territorial de 11 comunidades afincadas en otras tantas propiedades privadas. De esta manera, se declaró a estas tierras “de interés social y sujetas a expropiación” (Artículo 1º). Al año siguiente, mediante Ley 43, se incluyó en las disposiciones de la Ley 1372 a todas las solicitudes de tierras efectuadas por comunidades indígenas ante el Instituto de

Bienestar Rural – IBR⁹²⁸ que cumplieran con los requisitos de presentación que se habían fijado en el artículo 7° de la Ley 1372. Así, las comunidades que estuvieran asentadas sobre tierras fiscales obtendrían su título en forma gratuita e indivisible de manos del Estado y, las que estuvieran asentadas sobre tierras privadas deberían esperar hasta la culminación de las negociaciones de compra o la expropiación; respecto de esta última situación, la declaratoria legal se operó con la misma promulgación de la ley.

En el plano teórico, el sistema de acceso de las comunidades indígenas a la propiedad podría parecer satisfactorio. Una vez que ha sido establecida la posesión tradicional o habitual de una comunidad indígena en un territorio (Artículo 14 Ley 904/81), se iniciaría un procedimiento de reconocimiento de los derechos de propiedad indígena que llegaría al extremo de propiciar la expropiación de las tierras que se encuentran bajo el dominio de particulares. Este sistema conjugaría perfectamente – reiteramos, haciendo abstracción de toda aplicación concreta- los derechos de propiedad indígenas con los derechos de propiedad de los privados que han adquirido sus tierras conforme las estipulaciones de la legislación civil del Estado paraguayo.

Hablamos de “derechos de propiedad” de los indígenas porque, efectivamente, ellos son titulares de las tierras. Como mencionamos antes, el derecho de los indígenas a habitar en su tierra tiene ciertas particularidades, pero no por eso deja de ser un derecho de propiedad en el más estricto sentido de la palabra y, por lo tanto, eventualmente, puede llegar a entrar en conflicto con los derechos de propiedad de los no indígenas.

En esta misma dirección, uno de los puntos más relevantes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2001 se refiere al reconocimiento o “traducción” del sistema jurídico indígena a los estándares del derecho occidental. La Corte estableció: “El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser especialmente tenido en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro” (Párrafo 151).

Asimismo, el artículo 62 de la Constitución de la República establece: “Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de culturas anteriores a la formación y a la organización del Estado paraguayo”. Esto es de suma importancia: el Estado paraguayo reconoce que es una institución formada y organizada en un territorio previamente ocupado; pero no se limita a eso, reconoce además la existencia de los indígenas como grupos de culturas. Así, implícitamente, reconoce su sistema jurídico y las relaciones y derechos que emanan del mismo; lo cual

⁹²⁸ Actualmente, el Instituto de Bienestar Rural se ha transformado en el Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra – INDERT (Ley 2419/04). Este Instituto es el titular de todas las tierras del dominio privado del Estado paraguayo y tiene a su cargo llevar adelante la reforma agraria prevista en el Estatuto Agrario (en la actualidad, Ley 1863/01)

nos permite concluir que el Estado paraguayo reconoce los derechos de propiedad de los indígenas no ya como derivación de su propia organización institucional, sino en forma autónoma⁹²⁹.

De esta manera, la previsión del artículo 64 que establece que “el Estado les proveerá gratuitamente de esas tierras”, debe ser entendida como el costo o, mejor dicho, como la obligación ineludible que el Estado debe asumir para con los indígenas por haber creado un Estado sobre otros Estados o protoestados y, por ende, por haber establecido un sistema jurídico por sobre otros.

Una situación en algunos aspectos similar – y que por lo tanto nos permitirá extrapolar sus conclusiones principales- sucedió con la promulgación del Código Civil de Vélez Sársfield en la República Argentina (y en el Paraguay, pocos años más tarde) en reemplazo de la legislación civil colonial (principalmente, las “Siete Partidas”). En ella, había ciertos derechos reales que el nuevo código suprimió. Así, se planteó el interrogante de si esos derechos reales subsistían o no bajo las nuevas normas. La mayoría de la doctrina civilista entendió que la única forma de respetar el derecho de propiedad era reconociéndoles cierta virtualidad. Unos se pronunciaron a favor de su plena continuidad (Segovia y Salvat) amparándose en el principio de irretroactividad de la ley, aunque también en la nota al artículo 4048 del Código de Vélez en la que se lee “los derechos reales no pueden ser quitados ni modificados por las leyes posteriores”. Otros (Lafaille, Legón, Allende) coincidieron en que “la extinción lisa y llana sería inconstitucional, por atentar contra la garantía de la inviolabilidad de la propiedad consagrada por el artículo 17 de la Constitución Nacional”⁹³⁰ (en lo sustancial, similar al artículo 109 de la Constitución paraguaya). De esta manera, se concluyó “que la solución más aceptable era armonizar la incidencia del orden público en los derechos reales con la garantía de inviolabilidad de la propiedad y, en su consecuencia, admitir la extinción de los derechos reales suprimidos por Vélez y no reestablecidos luego (enfiteusis, superficie, censos por más de cinco años y vinculaciones), siempre que se satisficiera el requisito de la previa indemnización que supone toda expropiación”⁹³¹.

Una de las formas en que se expresa la soberanía de un Estado es la regulación de los derechos de propiedad sobre la tierra dentro de su territorio; esa es una de las principales causas por la que, en casi todos los países del mundo, los derechos reales son una cuestión de orden público. Ese orden público debe ser respetado e inclusive prima sobre los supuestos en que se faculta la aplicación de la ley extranjera⁹³². Este orden

⁹²⁹ En derecho comparado, existe el precedente de fecha 3 de junio de 1992 “Mabo and others vs. Queensland (2)” de la High Court of Australia (175 CLR 1 F.C. 92/0149), en donde expresamente se reconoció que los derechos aborígenes tradicionales y costumbres definen el significado del título nativo.

⁹³⁰ GATTI, Edmundo Gatti – ALTERINI, Jorge H., *El derecho real. Elementos para una teoría general*, página 118, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993.

⁹³¹ GATTI-ALTERINI, op. cit., página 119.

⁹³² En Derecho Internacional Privado, se llama a las normas de aplicación inexcusable dentro de un Estado, “normas de policía”, todas ellas son normas de orden público pero, también, la otra excepción a la aplicación

público, por lo tanto, impone el respeto de la propiedad privada adquirida según las normas creadas por el Estado. En el Paraguay, los derechos de propiedad de los indígenas se incluyen en el concepto de orden público que todos deben respetar ya que por expresa disposición constitucional se reconoce su cultura y, por ende, como sostenemos, su sistema jurídico y los derechos creados bajo su amparo. Así, en el interior mismo del concepto de orden público se crea un “conflicto” de intereses, cuya solución es la que nos muestra los límites entre los derechos de los particulares y los de los indígenas.

Esta yuxtaposición de derechos de propiedad sobre, eventualmente, las mismas tierras, requiere un delicado sistema de composición de intereses, ya que ambas partes cuentan con argumentos de peso para defenderlos. Con respecto a este punto, podría parecer que, a grandes rasgos, la solución dada por la Ley 904/81 es adecuada, ya que tal como sucedió con los derechos reales suprimidos con la promulgación del Código Civil de Vélez, si bien no pervive un “derecho real de dominio indígena” con los mismos caracteres con que existía antes de la Conquista de América, sí se reconocen algunos efectos jurídicos a los hechos generadores de derechos según la cultura indígena, y esos efectos jurídicos están amparados por la garantía de inviolabilidad de la propiedad, reconocida en la Constitución y en los Tratados de Derechos Humanos que el Paraguay ha ratificado⁹³³.

Sin embargo, como observación, debemos destacar que la ley no considera la dimensión espiritual y simbólica de la tierra para los indígenas y se refiere a ella sólo como un recurso productivo más (se habla de “la propiedad de la tierra y otros recursos productivos”, Artículo 1). En la Ley 1372/88 se asigna una determinada cantidad de hectáreas por familia indígena sin que se perciba cuál es el grado de relación de ese número de hectáreas con las formas tradicionales de vida de las comunidades involucradas; tampoco se da solución, como ya mencionamos, a la problemática de los pueblos nómades, ya que no se establece criterio alguno que resuelva sus necesidades. La referencia (más bien remisión, ver artículo 115) que el nuevo Estatuto Agrario - promulgado por Ley 1863/01- hace al Convenio OIT 169 es insuficiente, ya que éste no es un convenio plenamente operativo en todos sus aspectos dado que sólo establece derechos que cada uno de los Estados Partes luego debe reglamentar so pena de incurrir en responsabilidad internacional. La Ley 1863/01 es complementaria del Estatuto de las Comunidades Indígenas (Ley 904/81), pero una de las pocas disposiciones concretas que se refieren a derechos de los indígenas (artículo 40) establece que el IBR (actualmente INDERT) titulará las tierras que formalmente estén bajo su patrimonio en forma indivisa

del derecho extranjero sucede en el control que los jueces hacen de las normas foráneas antes de hacerles surtir efecto dentro de sus fronteras -reiteramos, en los casos que así corresponda- haciéndolas pasar por el tamiz de los primeros principios de orden público de su Estado.

⁹³³ En la República Argentina, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N°5 de la Ciudad de Bariloche, Provincia de Río Negro, en una sentencia dictada el 12 de agosto de 2004, reconoce que por mandato operativo de la Constitución argentina (casi idéntica a la paraguaya en este punto), toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria, anterior a la preexistencia del Estado argentino, con las consecuencias jurídicas que ello acarrea.

y gratuita conforme las prescripciones de la Ley 904/81 la cual, a su vez, señala que las solicitudes de tierras deben hacerse ante el IBR (INDERT) por intermedio del Instituto Paraguayo del Indígena. Sin embargo, cuando la Ley 1863/01 otorga la calidad de beneficiarios de la ley a las Comunidades Indígenas lo hace supeditado a la reglamentación que dicte el IBR (artículo 17 inciso d), sin realizarse a la fecha.

Por otra parte, si bien es auspicioso que el Estado paraguayo reconozca al derecho de propiedad indígena de origen consuetudinario como generador de consecuencias jurídicas, el presupuesto de ese reconocimiento -esto es, la “posesión tradicional y habitual”- es un hecho que puede llevar a las más variadas interpretaciones.

La imprecisión y elasticidad del término ha permitido que el Tribunal de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Criminal, Correccional y del Menor de Concepción, por Auto Interlocutorio número 78 de fecha 9 de junio de 1998, en el expediente caratulado “Comunidad Indígena Yake Axa del pueblo Enxet-Lengua”⁹³⁴, haya decidido que “para conceder derechos comunitarios que involucren a una extensión tan importante de propiedad privada, se necesitan argumentos de mayor peso y envergadura”; a su vez, se indica que se necesita una “mayor precisión cronológica en la prueba de la existencia de núcleos poblacionales y que los mismos sean representativos y no meros desprendimientos de poca o mínima trascendencia”; también, que un asentamiento indígena que pretenda proyectar consecuencias jurídicas en los términos de las leyes de acceso a la tierra “debe comprender una población efectiva de considerable conformación y desarrollo y no obedecer (...) a una pretensión determinada y materializada con posterioridad al trámite inicial planteado en las esferas administrativas”; para finalizar, se aclara que “no descre[en] con ello en las bondades de la legislación, mas en el desempeño de [sus] funciones específicas [hallan] que la ambigüedad de los términos legislativos, no pueden sobreponerse a su espíritu de particular tendencia hacia una determinada clase de ciudadano, por el sólo hecho de hallarse sumido en la orfandad cultural y económica”.

Esta falta de delimitación conceptual o de tipo en el requisito previo necesario para el reconocimiento del derecho de propiedad indígena o, utilizando términos de la Suprema Corte de Australia, “derecho al título nativo”, resulta incompatible con las estipulaciones del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza a todo ciudadano un recurso sencillo, rápido y efectivo que avale sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Convención. Los Estados tienen “la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales” (Párrafo 135 de la decisión de 2001, con sustento en los precedentes de los casos “Villagrán Morales y otros”, “Ivcher Bronstein” y “Cantoral Benavides”).

⁹³⁴ LLP (La Ley Paraguaya), 1999-754.

El diseño del recurso sencillo para el acceso a la tierra por parte de los indígenas parece fallar desde el momento en que los mismos tribunales de justicia locales – más allá de verter algunas consideraciones excesivas e incompatibles con su deber de impartir justicia en forma imparcial- reclaman al legislador mayor precisión conceptual y terminológica en la legislación que lo contiene⁹³⁵.

En este mismo sentido, la Corte en Sawhoyamaxa, antes de establecer que “no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares”, sí puso de manifiesto tres falencias de la legislación paraguaya relativa al procedimiento de reconocimiento de las tierras tradicionales indígenas y posterior entrega a las comunidades respectivas.

Así, la Corte sostuvo: “La primera (falencia) radica en la remisión que la ley interna hace al Estatuto Agrario, el cual toma como punto de partida la explotación racional o no de las tierras reclamadas, sin entrar a considerar aspectos propios de los pueblos indígenas, como la significación especial que las tierras tienen para éstos. Basta que se compruebe que las tierras están explotadas racionalmente, para que el IBR se vea impedido de restituir las a las comunidades indígenas” (Párrafo 104).

“En segundo lugar, el INDI únicamente está facultado para realizar negociaciones de compra de las tierras o de reasentamiento de los miembros de las comunidades indígenas. Es decir, el procedimiento ante esta institución descansa en la voluntad de una de las partes –que acceda a la venta por un lado, o al reasentamiento por el otro- y no en una valoración judicial o administrativa que dirima la controversia” (Párrafo 106).

Finalmente, “las autoridades administrativas paraguayas no han realizado suficientes estudios técnicos (...) Esta falta de diligencias técnico-científicas convierten al procedimiento ante el INDI y el IBR en inoperativo” (Párrafo 107).

La CIDH, en Sawhoyamaxa terminó de delinear los contornos de la posesión tradicional indígena, en base a lo que previamente había decidido en Mayagna, Moiwana y Yakyé Axa: “1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad

⁹³⁵ Esto, además, ha dado lugar a numerosas presentaciones de comunidades indígenas locales, especialmente del pueblo Enxet, ante la Comisión Americana de Derechos Humanos. Así, ellos han logrado, en algunos casos, arreglos sobre su situación particular con el Estado paraguayo (ver, por ejemplo Informe N° 90/99, Caso 11.713, “Comunidades Indígenas ENXET-LAMENXAY y KAYLEYPHAPOPYET - RIACHITO-PARAGUAY”, 29 de septiembre de 1999), pero que por sí mismas constituyen un claro indicador de la ineficacia de los procedimientos internos para dar solución a sus problemas, ya que el Procedimiento Interamericano es una vía excepcionalísima de resolución de controversias.

han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas” (Párrafo 128).

Por ello, sostuvo que: “El Paraguay reconoce el derecho de los pueblos indígenas a solicitar la devolución de sus tierras tradicionales perdidas. En efecto, la Ley 904/81 consagra el procedimiento a seguirse para la reivindicación de tierras de dominio privado. (...) Consecuentemente, conforme a la propia legislación paraguaya, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tienen el derecho a solicitar que se les devuelva sus tierras tradicionales, aún cuando éstas se encuentren en manos privadas y no tengan plena posesión de las mismas” (Párrafos 129 y 130).

La Corte finalmente analizó si existía alguna limitación temporal del derecho de recuperación de las tierras tradicionales y sostuvo: “la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura (Yakye Axa). Debe considerarse, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta inter alia en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan” (Párrafos 131 y 132).

3. Los Fallos Yakye Axa y Sawhoyamaxa y Las Asignaturas Pendientes

Hasta el día de hoy el Estado paraguayo no ha dado cumplimiento a su obligación de adoptar las medidas legislativas o administrativas que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho de propiedad de los pueblos indígenas.

Creemos que esta falta de acción no es un hecho aislado, sino que, por el contrario, es una manifestación más de la ausencia de políticas públicas encaminadas a solucionar la problemática de los pueblos indígenas que aún habitan en el Paraguay.

Estamos convencidos de que los problemas relacionados con el efectivo goce del derecho de propiedad de los pueblos indígenas no son consecuencia exclusiva de la falta de procedimientos. Es probable que una mayor precisión legislativa pudiera ayudar a acortar los tiempos necesarios para dar certeza al requisito de ocupación tradicional, pero esa precisión por sí sola no bastaría para que las comunidades indígenas pudieran ocupar de pleno derecho sus tierras. Todavía habría que acudir al procedimiento de la expropiación en caso de que sobre las tierras indígenas hubiera derechos de particulares otorgados conforme con la legislación común del Estado paraguayo.

El hecho de que los miembros de las Comunidad Yakye Axa y Sawhoyamaxa aún no hayan realizado su anhelo de acceder a sus tierras tradicionales no estriba en la falta de determinación de que las tierras que pretenden efectivamente sean sus tierras tradicionales, sino en que el Gobierno paraguayo, a través de los poderes legislativo y ejecutivo, aún no ha expropiado esas tierras; y no lo ha hecho simplemente por carecer de políticas públicas orientadas a solucionar la problemática indígena, no por la falta de procedimientos jurídicos adecuados.

Insistimos, no es casual que integrantes del Poder Judicial se refieran a los indígenas peyorativamente como “ciudadanos sumidos en la orfandad cultural” y los integrantes de los poderes legislativo y ejecutivo hagan caso omiso a las órdenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Todo ello es simplemente el reflejo del pensamiento dominante de los gobernantes, en quienes no ha hecho mella aún la letra y el espíritu de la Constitución.

Desde el punto de vista jurídico creemos que ha habido un avance progresivo en la defensa de la posición indígena. Partimos de una situación en la que para el derecho “no había un período anterior a la colonización desde el punto de vista fáctico, y con proyecciones jurídicas”⁹³⁶, se llega veinticinco años atrás a contar con un cuerpo normativo que promueve “la integración de las comunidades indígenas a la colectividad nacional” (Ley 904/81) para finalizar, en la actualidad, con que la Constitución reconozca “la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo” (Art. 62) y el “derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat” (Art. 63).

⁹³⁶ ITURBIDE, Gabriela A. y ABREUT DE BERGHER, Liliana E.. Tema de investigación histórico – jurídico: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relacionada con la problemática indígena. Período 1863 – 1930. La Ley Online, <http://www.laleyonline.com.ar>

Si bien debemos enfatizar el hecho de la falta de políticas públicas articuladas que favorezcan mejoras a la problemática indígena, no podemos dejar de reconocer el avance significativo en términos de normas jurídicas y la reciente aparición de prácticas auspiciosas de participación pública.

Asimismo, creemos oportuno destacar como un fenómeno relativamente reciente la promoción de acciones judiciales encabezadas por las comunidades indígenas en defensa de sus derechos. Está claro que no es lo ideal en términos de políticas públicas que las comunidades indígenas tengan que litigar para hacer efectivos sus derechos, pero por lo menos la existencia de normas constitucionales y legales en los cuales fundar sus pretensiones – junto con las vías procesales de acceso a la jurisdicción- y el efectivo ejercicio de las mismas, puede eventualmente ser un disparador de una actitud más proactiva del Estado.

Para finalizar, es importante dejar sentado que el acceso efectivo a la tierra tradicional por parte de las comunidades indígenas no resuelve por sí sólo la problemática que padecen. La facilitación de mecanismos de acceso a la tierra tradicional que no estén acompañados de políticas públicas que propendan a la revalorización y al rescate de la cultura y las prácticas tradicionales de esas comunidades, así como de medios para llevar una vida digna está condenada al fracaso.

El proceso de “desculturización” y empobrecimiento que han padecido ha sido tan profundo que no se resuelve solamente devolviéndoles su hábitat tradicional. Es ingenuo pensar que mágicamente revivirán en ellos prácticas ancestrales por el mero contacto con la madre tierra y que no aplicarán las mismas prácticas “occidentales” que han aprendido como peones de estancia y que ese sólo contacto les permitirá satisfacer todas sus necesidades vitales.

Una de las declaraciones testimoniales rendidas ante la Corte en el caso Sawhoyamaxa ilustra nuestra afirmación: “Es triste porque se pierde nuestro idioma. En Km. 16 son cada vez menos los que hablan nuestro idioma, ya en Loma Porâ se comenzaba a perder porque estábamos entre paraguayos también, así, ahora que estamos sobre la ruta se pierde todavía más. No es que no queramos hablar, nosotros queremos recuperar nuestras costumbres, pero es difícil cuando, en la escuela por ejemplo y en el día a día tenemos que tratar y convivir con paraguayos nada más, es difícil que nuestros niños aprendan nuestras costumbres así”⁹³⁷

La Corte, al establecer que correspondía otorgar a la Comunidad Sawhoyamaxa una indemnización por daño inmaterial observó “que la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general, y para los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa en particular, implica que toda denegación al goce o ejercicio de los

⁹³⁷ Declaración rendida ante fedatario público por la señora Mariana Ayala el 17 de enero de 2006, ver nota 198 del fallo de la CIDH,

derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones” (Párrafo 222).

Por esta razón, la Corte ordenó “al Estado la creación de un fondo de desarrollo comunitario en las tierras que se entreguen a los miembros de la Comunidad (...). El Estado deberá destinar la cantidad de US \$1.000.000,00 (un millón de dólares de los Estados Unidos de América), para tal fondo, el cual consistirá en la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, agrícolas y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria, en beneficio de los miembros de la Comunidad” (Párrafo 224)

CAPÍTULO XII
DERECHO DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Por Ezequiel Francisco Santagada

1. Introducción

El profesor brasileño Antonio Herman Benjamin sostiene que en el derecho del consumidor “(...) es posible encontrar dos órbitas distintas –aunque no absolutamente excluyentes- de preocupación. La primera centraliza su atención en la garantía de incolumidad físico - psíquica del consumidor, protegiendo su salud y su seguridad; o sea, preservando su vida e integridad contra los accidentes de consumo. La segunda, en cambio, busca reglar su incolumidad económica. (...)”⁹³⁸.

Estas dos áreas de interés se plasman en un conjunto de derechos y garantías “instrumentales”, que hacen a la efectiva protección de ambas integridades (la físico – psíquica y la económica). Nuestro análisis se centrará, precisamente, en esos “instrumentos”, resaltando sus aciertos y advirtiendo sus carencias.

2. Antecedentes Del Derecho Del Consumidor. Introducción Del Concepto En El Derecho Paraguayo

La génesis del derecho del consumidor puede hallarse hacia finales de la década de los años '50, en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Europea. Posteriormente, la enunciación de sus principios básicos fue realizada por el presidente John Fitzgerald Kennedy en su mensaje al Congreso Americano, el 15 de marzo de 1962⁹³⁹, en el que afirmó que los consumidores tienen:

- el derecho a la protección y a la seguridad;
- el derecho a ser informados;
- el derecho a la elección; y
- el derecho a ser escuchados.

En el ámbito universal, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el 16 de abril de 1985 las “Directrices para la protección del consumidor”, documento que condensó los derechos esenciales del consumidor. Por supuesto, dado que tenía pretensiones de universalidad, este documento debió contemplar las asimetrías existentes entre países desarrollados y países en vías de desarrollo; por ello, se previó que al momento de legislar sobre protección al consumidor, cada país lo hiciera “(...) según (sus) circunstancias económicas y sociales (...) y las necesidades de su población y

⁹³⁸ BENJAMIN, Antonio H. - La teoría de la calidad y los accidentes de consumo: una visión conceptual, colección Derecho del Consumidor, Volumen I, Rosario, Argentina, Editorial Juris, página 58.

⁹³⁹ GHERSI, Carlos A., Derecho del consumidor, N°1, Buenos Aires, Argentina, Editorial Jures, 1991, página 13.

teniendo en cuenta los costos y los beneficios que entrañan las medidas que se propongan (...)” (punto 2).

Estas directrices versan sobre:

- seguridad física;
- promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;
- normas para la seguridad y la calidad de los servicios y bienes de consumo;
- sistemas de distribución de servicio y bienes de consumo esenciales;
- medidas que permitan a los consumidores obtener compensación por los perjuicios que el consumo de productos o servicios les hubiera ocasionado;
- programas de educación e información; y
- medidas relativas a esferas concretas, tales como alimentos, agua y productos farmacéuticos.

En el ámbito nacional, la Constitución de la República del Paraguay de 1992 reconoce en forma expresa la categoría social y jurídica del “consumidor” (artículo 38) y, significativamente, la relaciona con la protección de los intereses difusos y la “calidad de vida” (artículo 6). Esta relación, sumada al momento histórico en el que esta Constitución fue promulgada, nos obliga a concluir que el constituyente de 1992 no pudo ignorar el desarrollo previo del concepto “consumidor”, y todos los derechos y garantías que éste presupone. Tampoco pudo ignorar el desarrollo que debería tener según el texto del Tratado de Asunción de 1991, constitutivo del MERCOSUR, en el cual se prevé la armonización legislativa entre los países miembros.

3. Bien Jurídico Protegido. Pautas Interpretativas

En un apartado anterior, hicimos referencia a las dos órbitas en que se desarrolla el derecho del consumidor: integridad físico–psíquica e integridad económica. Éstas son manifestaciones, en el plano individual, de los derechos humanos básicos a la salud y de propiedad. Llevados a un plano colectivo, esto es, a un plano en el que esos derechos humanos fundamentales son compartidos por un universo de individuos en una relación concreta (en nuestro caso, la relación de consumo), esta sumatoria de derechos individuales da paso a un nuevo derecho de índole colectiva, el derecho a la calidad de vida; este derecho, en forma sinérgica, trasciende sus orígenes y está en la base de la concepción humanista que impera en el derecho contemporáneo.

No es casual, por lo tanto, que el derecho del consumidor comparta con el derecho ambiental la protección de este mismo bien jurídico (la calidad de vida⁹⁴⁰). Si

⁹⁴⁰ GHERSI, Carlos A. (Director), Francisco Costa, Juan Cáceres, Martín Bayugar y Sebastián Gheri, Derecho y reparación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada. 3 Daño al medio ambiente y al sistema ecológico, Responsabilidad, civil, administrativa y penal, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, página 100.

bien cada uno lo regulará con las particularidades propias de cada rama del derecho, esta identidad no es un dato menor a tener en cuenta y no está exenta de consecuencias. Por ejemplo: las asociaciones de consumidores gozan de una legitimación activa para accionar en defensa de este derecho, que es la misma que la otorgada a las asociaciones defensoras del medio ambiente dentro de su ámbito. Además, al decidir sobre la faz colectiva de los problemas llevados a los tribunales (tanto sean de derecho del consumidor como de derecho ambiental), los pronunciamientos judiciales deben tener el efecto erga omnes. Finalmente, en ambos casos se debe poder acudir a los tribunales en defensa de estos derechos de manera informal, oficiosa y rápida, lo cual resalta la importancia del aspecto preventivo en la protección de estos derechos, considerados fundamentales.

Por supuesto, la índole colectiva del derecho a la calidad de vida no impide que la vigencia y satisfacción de este derecho puedan ser reclamadas en forma individual. Siempre que exista un menoscabo a la salud (entendida en forma amplia), a la dignidad o al patrimonio del individuo en virtud de una relación de consumo, éste siempre podrá reclamar la satisfacción de su derecho. Pero, a su vez, el carácter colectivo de éste le permitirá también reclamar su satisfacción en su faz colectiva, es decir, en la “porción de derecho” que es común a todos los que, junto a él, componen ese colectivo.

El artículo 1 de la ley 1334/98 incluye en forma expresa los ámbitos de protección a los que nos hemos referido, al anunciar que “la presente ley establece las normas de protección y de defensa de los consumidores y usuarios, en su dignidad, salud, seguridad e intereses económicos”.

El artículo siguiente privilegia esta protección al declarar indisponibles (esto es, correspondientes al orden público) los derechos que ella reconoce.

El artículo 7 in fine nos proporciona una pauta interpretativa terminante, al estipular que “en caso de duda se deberá realizar la interpretación más favorable al consumidor”. Dado que toda la legislación del consumidor debe ser interpretada a favor de éste, todo derecho o facultad estipulado en pos de su protección debe ser interpretado en forma amplia, y toda facultad o ventaja del empresario con relación al consumidor debe interpretarse en forma restrictiva.

En síntesis, el sistema de protección al consumidor parte de un dato de la realidad que es innegable: el desequilibrio económico, comercial y cognoscitivo del consumidor frente a los empresarios. Es por ello que está en la esencia del derecho del consumidor compensar esas diferencias; y una interpretación in totum a su favor se muestra como un mecanismo sumamente eficaz para lograr ese objetivo. Esa disposición es idéntica al artículo 3 in fine de la ley argentina 24.240. Como especificación de este principio, el artículo 27 de la ley paraguaya dispone que “las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor”.

4. **Ámbito De Aplicación**

En su artículo 3, la ley 1334/98 sujeta a sus disposiciones a “todos los actos celebrados entre proveedores y consumidores relativos a la distribución, venta, compra o cualquier otra forma de transacción comercial de bienes y servicios”. A su vez, en el artículo 4, define como consumidores a los destinatarios finales de bienes y servicios de cualquier naturaleza. Por lo tanto, deja fuera de su ámbito de protección a los intermediarios de la cadena productiva o de comercialización. Por producto, la ley entiende todas las cosas que se consumen con su empleo y las cosas que no se extinguen con su uso; esto es, incluye tanto cosas consumibles como no consumibles, muebles e inmuebles.

Respecto de los productos usados, en el artículo 12 prevé la posibilidad de provisión de ese tipo de productos al público, en una disposición similar al artículo 9 de la ley argentina. Sin embargo, esta última ley excluye de su ámbito de aplicación la comercialización de productos usados (cf. artículo 2, primer párrafo in fine de la ley 24.240; ésta no utiliza el término “productos”, sino “cosas”) y de inmuebles usados (cf. artículo 1, incisos “a” y “c” a contrario sensu). Por lo tanto, dado que la comercialización de esos productos no está expresamente excluida de la ley paraguaya, tal como lo está en la argentina -y por aplicación de la máxima ubi lex non distinguit, non distinguere debemus- se podría concluir que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de esta ley.

De todos modos, no creemos que ésta sea una conclusión aplicable a todos los supuestos. En efecto, no está en la misma situación quien vende ocasionalmente un producto usado que quien se dedica profesionalmente a la venta de esos productos. En el primer caso -y exclusivamente en lo que se refiere a la contratación en sí- creemos que no sería aplicable la ley de defensa del consumidor sino el Código Civil, especialmente en lo relativo a las garantías por evicción y vicios redhibitorios; por otra parte, quien en forma ocasional vende su bien usado ya fue destinatario final y lo está vendiendo a otro destinatario final, en una típica relación de derecho civil común. En cambio, quien vende profesionalmente bienes usados no fue él mismo el consumidor final en la previa relación de consumo, sino que, la mayor parte de las veces, ha adquirido ese producto usado para reintroducirlo en el comercio y venderlo a nuevos consumidores finales, por lo que configura lo que el artículo 5 de la ley define como “relación de consumo”.

De acuerdo con la definición de producto que hace esta ley, al hablar de “cosas” (cf. artículo 1872 del Código Civil), no están incluidas en ella las operaciones que tengan por objeto bienes no corporales; esto es, objetos inmateriales susceptibles de tener valor, como ser marcas y patentes. Sí debe entenderse como incluida la elaboración y comercialización (en sentido amplio) de software, es decir, las instrucciones electromagnéticas que dan órdenes a computadoras. En este sentido, es aplicable la

calificación de objeto económico que la ley orgánica de la ANDE hace de la electricidad⁹⁴¹.

Por otra parte, la ley define a los servicios como “cualquier actividad onerosa suministrada en el mercado; inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito o de seguro”. En esta definición, incluye algunos de los bienes inmateriales susceptibles de tener valor (cf. artículo 1873 Código Civil) que la definición de productos dejaba fuera; y es con este alcance que, creemos, debe interpretarse el término “bienes”, utilizado en el artículo 3. Ahora bien, están excluidos expresamente los servicios provenientes de las relaciones laborales, y también los prestados por profesionales liberales, a excepción de la publicidad que éstos hagan de sus servicios.

La ley se refiere, en relación tanto con los bienes como con los servicios, a su carácter oneroso (cf. artículo 5); por lo tanto, quedan excluidos de ella los bienes y servicios provistos en forma gratuita. La única salvedad que debería hacerse a esta exclusión es la provisión de bienes o servicios “gratuitos”, pero que son accesorios a una relación de consumo onerosa.

5. Valor Contractual De La Publicidad

El artículo 6 inciso “i” de la ley 1334 establece como uno de los derechos básicos del consumidor el “recibir el producto o servicio publicitado en el tiempo, cantidad, calidad y precio prometidos”. Esta disposición guarda íntima relación con lo normado en el artículo 35 que, al tratar sobre la publicidad engañosa, prohíbe cualquier modalidad que sea capaz de inducir a error al consumidor en el momento de proporcionar “datos respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, condiciones de comercialización, técnicas de producción o cualquier otro dato necesario para definir la relación de consumo”.

Dado que está prohibido inducir a error al consumidor al publicitar un producto o servicio, la publicidad debe ser lo más precisa y veraz posible; y esa publicidad, precisamente porque debe ser fiel reflejo de las cualidades del producto o servicio, obliga al anunciante y debe tenerse por incluida en el contrato con el consumidor. En efecto, si la publicidad no se integrara a la oferta y con ella al contrato, el derecho del consumidor a recibir el producto o servicio publicitado en el tiempo, cantidad, calidad y precio prometidos carecería de todo sentido. La publicidad por sí sola no configura la oferta – que sí obliga al oferente, artículo 9- pero necesariamente es parte de ella, en la inteligencia de la ley; éste es su valor contractual: obliga una vez perfeccionado el contrato. Incluso, cuando en la publicidad -además de presentar el producto o servicio (cf.

⁹⁴¹ PANGRAZIO, Miguel Ángel – Código Civil Paraguayo comentado. Libro cuarto, 4ta. Edición, Asunción, Paraguay, Intercontinental Editora, 1998 (ver comentario al artículo 1873, página 24). Ver también Art. 120 de la ley 966/64 Orgánica de la ANDE.

artículo 8, segundo párrafo)- se indique su precio, ésta contará con los elementos suficientes para constituir por sí misma la oferta (artículo 685 in fine Código Civil).

6. Derecho A La Información

Estrechamente ligado con el punto anterior, se encuentra el derecho a la información de que goza el consumidor. Este derecho está reconocido en los artículos 6 inciso “d” y 8 de la Ley 1334.

El derecho a la información es uno de los instrumentos de que se vale la ley a fin de hacer operativa la protección de los dos tipos de integridad (físico – psíquica y económica) mencionadas al inicio de este comentario. En efecto, ésta establece que debe proporcionarse información clara sobre la composición, calidad y precio de los diferentes productos y servicios (en defensa de la integridad económica del consumidor) y sobre los riesgos que éstos eventualmente puedan presentar (en defensa de su integridad físico-psíquica).

De todos modos, el alcance de este derecho no se agota en la información que debe brindársele al consumidor. Su redacción implica una serie de obligaciones de los proveedores con relación a los consumidores que resultan de suma importancia. Por una parte, los proveedores deben informar sobre los riesgos que los productos o servicios presenten para la seguridad de los consumidores (esta obligación está establecida en el artículo 8 in fine y se repite en el artículo 32). Si así no lo hacen, esa omisión basta para hacerlos responsables ante el consumidor por los eventuales daños que el producto pudiera causarle. En este caso, el factor de atribución de responsabilidad es objetivo, pues esa información debe “garantizar la fiabilidad de los mismos” (artículo 31). Este punto es de gran importancia, ya que si aún cuando un producto o servicio sea peligroso debe garantizarse su fiabilidad, con más razón todavía debe garantizarse la fiabilidad de productos o servicios no riesgosos. Ello nos demuestra la existencia de una obligación de seguridad tácita por parte de los proveedores hacia los consumidores en la provisión de productos y servicios riesgosos y no riesgosos, que hace que en el plano contractual estemos ante la presencia de una obligación de resultado⁹⁴², de naturaleza eminentemente objetiva⁹⁴³. Aquí, “la responsabilidad se apoya en la seguridad prometida al consumidor, o razonablemente esperada por éste, respecto de la inocuidad del producto”⁹⁴⁴; y por lo

⁹⁴² La clásica clasificación entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado está expresamente prevista en la legislación paraguaya; un ejemplo de obligación contractual de resultado es la establecida en cabeza del transportista en el artículo 937 del Código Civil.

⁹⁴³ GAMARRA, Jorge (Profesor de la Universidad de la República – Uruguay-), “Responsabilidad contractual objetiva”, en Alberto J. Bueres (director) y Aída Kemelmajer de Carlucci (directora) – Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini), Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo Perrot, 1997.

⁹⁴⁴ Cf. IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, Uruguay, 1986, citado en ALTERINI, Atilio A. Alterini y LÓPEZ CABANA, Roberto, Temas de responsabilidad civil, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, página 234.

tanto, sólo se excluye la responsabilidad del proveedor por daño si se demuestra “la existencia de una causa ajena que interrumpa o desvíe el nexo causal”⁹⁴⁵.

Por otra parte, es interesante notar que el artículo 32 menciona a proveedores y no a anunciantes; y, como el artículo 31 -a su vez- trata de cómo deberán comercializarse los productos o servicios, sin referirse en concreto al proveedor que asuma la calidad de anunciante; esto, junto con la particular forma de regulación del derecho a la información y la tácita garantía de seguridad a la que se obliga a los proveedores, nos lleva a pensar que cualquiera que ponga su marca (productor aparente) o participe en la cadena de comercialización –y por lo tanto pueda o deba controlar la calidad del producto o servicio antes de que llegue al consumidor- está obligándose a satisfacer esa obligación de seguridad (dado que los proveedores deben proporcionar la información necesaria que garantice la fiabilidad del producto o servicio). Esta interpretación, por lo demás, es acorde con el espíritu pro consumidor de la ley; reconoce una realidad de mercado como la de que “un producto es su imagen”, o la práctica habitual de “grandes distribuidores que venden productos sin otra marca que la suya y del tal modo asumen la responsabilidad del productor”⁹⁴⁶; por último, está alineada con la concepción dominante en el derecho de daños actual, que ve a la responsabilidad como un crédito de la víctima antes que como una deuda del autor⁹⁴⁷.

7. Responsabilidad Derivada Por El Riesgo O Vicio Del Producto O Servicio

La ley paraguaya, a diferencia de la brasileña o la argentina, no prevé la responsabilidad del productor por el riesgo o vicio de la cosa o por su actividad riesgosa; pero ello, a nuestro entender, no obsta a que se aplique el sistema previsto en los artículos 1846 y 1847 del Código Civil, por diversas razones. En primer lugar, porque el Código Civil sirve para integrar la Ley 1334/98 según disposición expresa del artículo 7, último párrafo. En segundo lugar, porque esta ley no podría interpretarse en el sentido de derogar previsiones del Código Civil en perjuicio del consumidor.

Ante todo, porque no creemos que la responsabilidad objetiva sea una responsabilidad excepcional. Por el contrario, está en pie de igualdad con la responsabilidad por culpa (en sentido amplio, es decir, incluyendo el dolo) a la hora de atribuir responsabilidad por daño en la esfera extracontractual: cuando en la producción del daño no haya mediado la intervención de cosas, la responsabilidad deberá fundarse en la culpa; cuando el daño haya sido causado por la cosa o con la cosa, habrá una inversión de la carga de la prueba (presunción de responsabilidad); y cuando el daño se produzca

⁹⁴⁵ Ídem

⁹⁴⁶ Cf. ALTERINI, A. A. y LÓPEZ CABANA, Roberto, op. cit., página 248.

⁹⁴⁷ Cf. Lambert-Faivre, Yvonne, “L’evolution de la responsabilité civile d’une dette de responsabilité a une créance d’indemnisation” en *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, 1987-I, página 1; traducción española de Eliana Núñez, “La evolución de la responsabilidad civil de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización”, citada como exordio en Alterini – López Cabana, *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Argentina, 1992.

por el riesgo o vicio de la cosa o por una actividad peligrosa, habrá responsabilidad objetiva en sentido estricto (presunción de causalidad).

Este esquema requiere alguna precisión. Las presunciones de responsabilidad o de causalidad, cuando de cosas se trata, atribuyen responsabilidad al dueño o guardián; pero esta responsabilidad objetiva “no está necesariamente vinculada con el derecho real de dominio, y por lo tanto corresponde a quien fue dueño o guardián en el momento de la introducción del riesgo”⁹⁴⁸.

Queda por analizar si –eventualmente- debe aplicársele el factor de atribución de responsabilidad objetivo al pequeño proveedor, comerciante minorista, quien compra el producto para su venta del fabricante o distribuidor mayorista. Creemos que no, dado que éste, al no ser el fabricante, no tiene oportunidad de incidir en la elaboración del producto o diseño del servicio o fijar pautas de seguridad; tampoco es el dueño o guardián de la cosa al momento de ingresarla en la cadena de comercialización; no está posición de entablar negociaciones y, la mayoría de las veces, no tiene otra alternativa que aceptar determinado producto para la venta so pena de que su cadena de abastecimiento se vea cortada por el fabricante o distribuidor. En este caso, nos inclinamos por entender que el factor de atribución de responsabilidad es el subjetivo (es decir que quien accione en su contra deberá demostrar culpa o dolo). Esto no perjudica al consumidor en nada, o casi nada, en tanto siempre puede demandar al fabricante, al importador o al distribuidor mayorista con base en factores objetivos de atribución de responsabilidad. En este caso, el único riesgo que corre es que algunos de estos proveedores pudieran probar la culpa del comerciante minorista. Sin embargo, siempre existe la posibilidad de demandar al fabricante y al minorista, a cada uno con base en el factor de atribución que le corresponda. En caso de que se tuviera la fuerte sospecha de que fue el comerciante quien obró con culpa, pero no fuera posible probarlo, el demandar a ambos en forma conjunta le daría al consumidor la ventaja de que la prueba necesaria para fundar su derecho a la indemnización sería aportada por el fabricante. En efecto, éste se vería obligado a demostrar la culpa del comerciante para poder eximirse y, si no lo lograra, debería responder en virtud de la presunción legal de causalidad en su contra.

8. Solidaridad De Los Intervinientes En La Cadena De Comercialización

A diferencia de la ley brasileña y la ley argentina, la Ley 1334/98 no contiene previsión alguna que permita demandar solidariamente a los intervinientes en la cadena de comercialización. Esta es, tal vez, una de sus mayores carencias, con el agravante de que, en este punto, no hay interpretación pro consumidor que sea posible, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 510 del Código Civil⁹⁴⁹.

⁹⁴⁸ Cf. Alterini, Atilio A., Oscar J Ameal. y Roberto López Cabana, Derecho de obligaciones, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1995 (ver n° 1728, página 706).

⁹⁴⁹ Artículo 510: La solidaridad no se presume. Debe estar expresa en la ley, y para los actos jurídicos, resultar de términos inequívocos.

9. Garantía Legal Por Productos Y Servicios

La falta de garantía legal por productos y servicios es otra de las grandes carencias de la ley. Tanto la ley argentina como la brasileña obligan a los proveedores de productos y servicios a otorgar una garantía mínima por fallas o deficiencias; la ley paraguaya no obliga al proveedor a otorgar esta garantía, sino que deja librado este punto a su arbitrio (cf. artículo 11: “Cuando el proveedor de productos o servicios ofrezca garantía...”).

Incluso, cuando los proveedores deciden otorgar garantía, las condiciones en que pueden hacerlo distan de ser las ideales para el consumidor. En efecto, los proveedores pueden no otorgar garantía sobre todas las partes del producto (cf. artículo 11, inciso “d”) o incluir costos a cargo del consumidor (cf. artículo 11, inciso “g”). En este sentido, la ley se encuentra a una distancia abismal de, por ejemplo, la ley argentina: ésta, en su artículo 11, obliga a los proveedores de cosas muebles no consumibles a otorgar garantía legal por un mínimo de tres meses; además, obliga al responsable de la garantía a costear los gastos de transporte, incluidos los seguros de transporte, cuando la cosa deba trasladarse a la fábrica o taller autorizado; y, por último, impone la obligación de ofrecer una garantía por los servicios prestados (cf. artículos 23 y 24).

10. Acceso A La Justicia

Quienes tienen legitimación para accionar en defensa de los derechos garantizados en esta ley son los consumidores y las asociaciones de consumidores legalmente reconocidas (cf. artículo 43). Estas últimas tendrán acción cuando reclamen con base a un derecho de índole colectiva o cuando se vean amenazados o vulnerados intereses difusos⁹⁵⁰ de los consumidores. Esto, por supuesto, no quita que un particular pueda ser quien accione en defensa de esos derechos colectivos, ya sea en forma exclusiva o concurrente con un reclamo de índole individual.

Sin embargo, la Ley 1334/98 no establece con claridad si el consumidor puede ir en forma directa a la justicia o si previamente debe someterse al procedimiento que establece el Decreto 21004/03.

A pesar de las ambigüedades en la legislación, creemos que -al igual que en la ley argentina- no es obligatorio el procedimiento administrativo previo para acudir a la Justicia. Las denuncias que se promuevan en sede administrativa tenderán a sancionar en sede administrativa y con sanciones administrativas a los presuntos infractores o, si corresponde, a lograr un acuerdo conciliatorio; sin embargo, ello no es un obstáculo ni un requisito previo para acudir a la justicia por reclamos de índole civil.

⁹⁵⁰ El Art. 4, inciso “i” de la Ley 1334/98 define como “intereses colectivos” a “aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible de los que sean titulares un grupo, categoría o clase de personas, ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica, cuyo resguardo interesa a toda la colectividad, por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentren en una misma situación”.

En apoyo a esta postura podemos decir que la regulación de las relaciones proveedor–consumidor es materia eminentemente civil y, por lo tanto, ajena -en principio- al sometimiento compulsivo a una instancia administrativa. Ahora bien, puede darse que de las relaciones entre proveedor–consumidor derive una infracción administrativa por parte del primero, y esta será sancionable por la autoridad encargada de regular su comportamiento como empresario. Es sólo en estos casos que la Autoridad de Aplicación puede intervenir de oficio (cf. artículo 20 Decreto 21004/03): jamás podría hacerlo en una relación civil, pero sí por una infracción administrativa. Por lo tanto, siempre que el consumidor reclame por haberse vulnerado un derecho suyo (o por la amenaza de que esto ocurra) podrá ir directamente a la justicia, y la actuación de oficio de la Autoridad de Aplicación (en caso de que corresponda) no detendrá el reclamo que el consumidor haya efectuado ante los tribunales.

En cuanto al procedimiento administrativo en particular, el Decreto 21004/03 contiene disposiciones que asimilan la instancia administrativa a una primera instancia judicial. En efecto, otorga una serie de atribuciones a los “jueces” administrativos que claramente son atribuciones judiciales. El ejemplo más concreto de esto es la posibilidad de dictar medidas cautelares en la instancia administrativa. Con relación a este punto, si bien el artículo 5 establece en uno de sus primeros párrafos que “la autoridad de aplicación podrá, mediante una resolución fundada, dictar” medidas preventivas, esta facultad no aparece claramente definida ya que más adelante se hace referencia al juzgado ordinario que las haya autorizado. De este modo, la única interpretación posible para salvar la constitucionalidad del decreto –preservando las garantías de defensa en juicio y juez natural- es entender que el juez administrativo no dicta medidas cautelares, sino que las solicita al juez judicial; esta interpretación, por lo demás, es la única que aparece compatible con el artículo 248 de la Constitución Nacional que expresamente establece que los casos contenciosos sólo serán conocidos y decididos por el Poder Judicial.

De lege ferenda, creemos que el procedimiento ante el Ministerio de Industria y Comercio y las autoridades municipales debería ser objeto de regulación legal. Refuerza nuestra creencia la reciente promulgación de la Resolución 520/06 que fija la escala de multas aplicables por la infracción a la normativa vigente sobre defensa del consumidor y del usuario. Ya hemos manifestado nuestra posición sobre el evidente vicio de inconstitucionalidad que subyace en las normas reglamentarias que establecen sanciones sin que exista un marco legal que establezca los límites al establecimiento de las mismas⁹⁵¹. Para nosotros, existe una clara violación a los principios constitucionales de legalidad y de división de poderes, ya que ese tipo de normas debe estar necesariamente contenida en leyes.

Tal como sucede en la ley argentina, en la ley 1334 se omite establecer expresamente que las sentencias que recaigan en juicios en los que se demande con base en derechos colectivos tendrán efecto erga omnes (en cambio, la ley brasileña lo prevé en

⁹⁵¹ Ver apartado 3.6 del capítulo sobre Evaluación de Impacto Ambiental.

forma expresa). Sin embargo, no por ello podremos interpretar que estas sentencias no lo tienen. En efecto, si se reconoce la existencia de derechos de índole colectiva y se otorga acción para reclamar su satisfacción ante los tribunales de justicia, lo lógico es que los pronunciamientos judiciales que se dicten con base en ellos tengan efecto erga omnes. Esta es una derivación necesaria del reconocimiento de los derechos de índole colectiva en el derecho positivo paraguayo. Si un derecho colectivo no tiene efecto erga omnes, no existe como tal. Esto es una verdad de perogrullo, pero es necesario aclararla en un contexto jurídico en el cual está muy arraigada la concepción clásica del efecto individual de los pronunciamientos judiciales. Así como el efecto individual está relacionado con derechos personales, el colectivo (o erga omnes) se asocia, precisamente, a derechos colectivos.

Uno de los mayores aciertos de la ley es el artículo 52, en el cual se faculta en forma expresa a los jueces para dictar medidas cautelares por infracción a la ley, ante el peligro de que esas infracciones puedan causar daño a la salud o al bienestar de los consumidores. Los faculta, además, para hacer cesar esos hechos en el marco de esas mismas medidas cautelares, introduciendo en el derecho paraguayo lo que en doctrina comparada se conoce como medidas cautelares autosatisfactivas; esto es, un adelanto de la tutela jurisdiccional ante supuestos especiales, en los cuales -de seguirse los formalismos habituales- se vaciaría de contenido a ciertos derechos esenciales de los afectados.

Estos tipos de procesos urgentes no son del todo novedosos para el operador jurídico paraguayo. Piénsese, por ejemplo, en el procedimiento de fijación de alimentos provisorios regulado en los artículos 597 a 599 del Código Procesal Civil. En ellos, el alimentado no puede esperar los trámites “normales” de un proceso judicial, sino que necesita sus alimentos en forma inmediata. En nuestro caso, se aplica el mismo criterio de respuesta efectiva e inmediata ante la afectación de derechos esenciales⁹⁵².

Estas nuevas concepciones del proceso encuentran su mejor justificación en los postulados del movimiento de Acceso a la Justicia, del cual Cappelletti en Italia es el más brillante exponente. Sus principales postulados apuntan a la tutela efectiva de los derechos esenciales del ser humano, modificando los criterios tradicionales en la concepción del proceso, sin que por ello se vulnere el derecho de defensa; reemplazan la

⁹⁵² Ello está en un todo de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ratificada por el Paraguay mediante ley 1/89, que textualmente dice: “Artículo 25: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c. A garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”.

figura del juez imparcial por la de un juez comprometido socialmente, que extrema por ello su prudencia a la hora de decidir.⁹⁵³

Entre los nuevos conceptos que la ley introduce, está la posibilidad de que el Juez fije astreintes. Este mecanismo está previsto en el artículo 51, inciso 5, que faculta a los jueces para aplicar “multas conminatorias tendientes al cumplimiento de lo ordenado en sentencias definitivas o en medidas cautelares. Esas multas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas”. Los hermanos Mazeaud, en Francia, las definen como “una condenación pecuniaria pronunciada por el juez cuya finalidad es vencer la resistencia de un deudor y llevarlo a ejecutar una decisión judicial”⁹⁵⁴. Alterini – Ameal – López Cabana, por su parte, las definen como “condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que los jueces aplican a quien no cumple un deber jurídico impuesto en una resolución judicial”⁹⁵⁵. Esta última formulación tal vez refleje con mayor precisión su función. No es éste el lugar para hacer una caracterización detallada de las mismas; sólo diremos que son conminatorias (es decir, pretenden forzar al sujeto pasivo a cumplir con una orden); accesorias (están vinculadas a un deber fijado en una decisión jurisdiccional); discrecionales (el magistrado acude a ellas sólo si las considera necesarias para asegurar su decisión); relacionadas con el caudal económico del sujeto; dinerarias o pecuniarias (se fijan siempre en dinero); a favor de quien las solicita y ejecutables⁹⁵⁶.

11. Conclusiones

El análisis de la Ley 1334/98 nos ha llevado a algunas conclusiones:

- El derecho del consumidor tiene raíz constitucional.
- El bien jurídico que esta rama del derecho procura proteger es la calidad de vida.
- Asimismo, busca resguardar la incolumidad física – psíquica y la incolumidad económica del consumidor.
- Por imperativo del Tratado de Asunción, el derecho del consumidor paraguayo deberá tender a armonizarse con el del resto de los países miembros del MERCOSUR. En este sentido, las legislaciones más avanzadas son la brasileña y la argentina.
- En el caso de daños ocasionados por productos, se considera que hay responsabilidad objetiva por parte del proveedor, tanto de raíz contractual como extracontractual.
- Falta en la legislación del consumidor del Paraguay el reconocimiento de la solidaridad por daños entre los intervinientes en la cadena de producción y

⁹⁵³ MORELLO, Augusto Mario (coordinador), *La legitimación. Homenaje al Profesor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

⁹⁵⁴ MAZEAUD – CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations*, 1991, T. II, col. 1, n° 940.

⁹⁵⁵ ALTERINI, A.A. – AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto *Curso de Obligaciones*, 2ª Ed., 1982, T. I, n° 328.

⁹⁵⁶ Para una mayor profundización, puede verse los comentarios de diversos autores al artículo 666 bis del Código Civil argentino o al artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de la Argentina.

comercialización; también falta la exigencia de una garantía legal mínima por fallas en productos y/o servicios.

- Sin embargo, la ley introduce nociones novedosas de derecho procesal, tales como los procesos urgentes y las astreintes.

ANEXO

NORMAS JURÍDICAS AMBIENTALES CONCORDADAS

NORMAS JURÍDICAS AMBIENTALES CONCORDADAS[□]

LEY 369/72 Y LEY 908/96

“Que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental, SENASA y su modificación.”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 23 de noviembre de 1972

Fecha de promulgación: 12 de diciembre de 1972

Autoridad/es de Aplicación: Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSP y BS)- Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental (SENASA) – Secretaría del Ambiente - SEAM

Normas modificatorias: Ley 908/96 “Que modifica y amplía la Ley 369 del 1 de diciembre de 1972, que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental (SENASA)” y Ley 1614/00 “General del Marco Regulatorio y Tarifario del Servicio Público de Provisión de agua potable y alcantarillado sanitario para la República del Paraguay (ERSANN)”

Artículo/s Constitucionales: 4, 6, 7, 8, 68, 69, 70, 109

Normas reglamentarias:

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Decreto-Ley 2001/36 “Ley Orgánica de Salud Pública para el funcionamiento del Ministerio”
- Ley 1294/87 “Orgánica Municipal”
- Ley 908/96 “Que modifica y amplía la Ley 369 del 1 de diciembre de 1972, que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental (SENASA)”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” (Art. 14, inc. “o”) y su Decreto reglamentario 10.579/00
- Ley 1614/00 “General del Marco Regulatorio y Tarifario del Servicio Público de Provisión de agua potable y alcantarillado sanitario para la República del Paraguay (ERSANN)” y su decreto reglamentario 18.880/03.
- Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario” y sus Leyes modificatorias 2002/02 y 2531/04
- Ley 2575/05 “De reforma de la Carta Orgánica del Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN)”

[□] ADVERTENCIA: Estas concordancias sólo son aproximaciones temáticas realizadas por los profesionales del Instituto de Derecho y Economía Ambiental – IDEA. Por lo tanto, deberán considerarse como meras orientaciones generales. Se recomienda a los interesados verificar en cada caso la vigencia de cada una de las normas reglamentarias, dado que las mismas no suelen ser publicadas en la Gaceta Oficial.

DECRETOS:

- Decreto reglamentario 18.303/02

LEY 422/73
“Forestal”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 16 de noviembre de 1973

Fecha de promulgación: 23 de noviembre de 1973

Autoridad/es de Aplicación: Secretaría del Ambiente (SEAM), Servicio Nacional Forestal (SFN) del Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG)

Artículo/s Constitucional/es: 6, 7, 8, 114 y 115

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 123/91 “Que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitaria” y
- Ley 81/92 “Que establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería” y sus leyes modificatorias 2459/04 y 2426/04
- Ley 515/94 “Que prohíbe la exportación y tráfico de rollos, trozos y vigas de madera”
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”
- Ley 536/95 “De Fomento a la Forestación y Reforestación”, su Decreto reglamentario 9425/95 y la Ley 1639/00 que la modifica y amplía; también Ley 2421/04 “De reordenamiento administrativo y adecuación fiscal”
- Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el Medio Ambiente”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” y su Decreto reglamentario 10.579/00
- Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario” y sus leyes modificatorias 2002/02 y 2531/04
- Ley 2524/04 “De Prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques” y Ley 3139/06 “Que prorroga la vigencia de los artículos 2º y 3º y amplía la ley 2524/04 de prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques”
- Ley 3001/06 “De Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales” y Decreto reglamentario 10.247/07
- Ley 3003/06 “Que aprueba los Acuerdos entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República del Paraguay, en el marco del Programa Tropical Forest Conservation Act (TFCA), para el establecimiento de un Fondo de Conservación de Bosques Tropicales y de un Consejo de Conservación de Bosques Tropicales; y la reducción de ciertas deudas mantenidas con el Gobierno de los Estados Unidos de América y sus Agencias, del 7 de junio de 2006; y que amplía el Presupuesto General de la Nación para el ejercicio fiscal 2006”

DECRETOS:

- Decreto 30.760/67 “Por el cual se reglamenta y se establecen normas para la exportación de maderas”
- Decreto 11.681/75 “Por el cual se reglamenta la ley 422/73 Forestal”
- Decreto 18831/86 “Por el cual se establecen normas de protección del medio ambiente”
- Decreto 8463/91 “Por el cual se prohíbe la exportación de maderas aserradas, incluso cepilladas de las especies: Cedrela Spp. (Cedro); Tebebuia Spp. (Lapacho); Myrocarpus Spp. (Incienso); Cordia Trichotoma (Petereby)
- Decreto 4.893/05 “Por el cual se crea la Comisión de Canje de Deuda por Naturaleza”
- Decreto 18.105/93 “Por el cual se restringe la corta y aprovechamiento del palo santo (bulnesia sarmientoi)”
- Decreto 17.576/02 “Por el cual se modifica parcialmente el art. 79 del decreto 11.681/75”
- Decreto 10.247/07 “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13 de la ley 3001/06 de Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales a los efectos previstos en el artículo 2º de la ley 3139/07 que proroga la vigencia de los artículos 2º y 3º y amplía la ley 2524/04 de prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques”

RESOLUCIONES:

- Resolución SFN 1/94 “Por la cual se establecen normas para la protección de los bosques naturales de producción”
- Resolución SFN 64/94 (Servicio Forestal Nacional) “Por la cual se fijan precios por servicios de inspección de productos forestales”
- Resolución SFN 100/98 “Por la cual se establecen Sistemas de Política Forestal”
- Resolución SFN 1120/98 “Por la cual se fija el marco para la presentación de los planes de manejo de forestación o reforestación en el marco de la ley 536/95”
- Resolución SEAM 12/04 “Por la cual se fijan los montos a ser pagados en concepto de tasas por la obtención de licencia ambiental y se establece la tasa ambiental por desmonte”
- Resolución SEAM 59/04 “Por la cual se establece el listado de especies protegidas incluyendo en el mismo a todas las especies forestales aprovechables comercialmente hasta determinar cuáles de ellas son especies amenazadas de extinción y se instituye la ventanilla única de solicitud para la presentación de EIA y obtención de guías de traslado en un solo procedimiento”
- Resolución SEAM 247/04 “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia para la presentación de Estudios Ambientales para proyectos agropecuarios y forestales anexos correspondientes”

- Resolución SEAM 303/04 “Por la cual se amplía la Resolución N° 247/04 por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia para la presentación de Estudios Ambientales para proyectos agropecuarios y forestales anexos correspondientes”
- Resolución SEAM 1133/04 “Por la cual se reglamenta la emisión de Licencia Ambiental en el Marco de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental”
- Resolución SEAM 1881/05 “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los Sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las Leyes de las cuales la Secretaría del Ambiente es Autoridad de Aplicación, así como la imposición de las eventuales sanciones”
- Resolución SEAM 2068/05 “Por la cual se establecen las especificaciones técnicas aplicables al manejo de los recursos naturales en las unidades productivas”
- Resolución SEAM 1185/06 “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia (TOR) para la introducción de Especies Exóticas de Flora”
- Resolución SEAM 2242/06 “Por la cual se aprueba el listado de las especies protegidas de la vida silvestre amenazadas de extinción”
- Resolución SEAM 2531/06 “Por la cual, se modifica parcialmente la resolución N° 2243 de fecha 15 de noviembre de 2006 por la cual se actualiza el listado de las especies protegidas de la vida silvestre en peligro de extinción”
- Resolución SEAM 264/07 “Por el cual se establece la Estructura Básica para Proyectos de Investigación Científica de flora silvestre nativa”
- Resolución MAG 84/07 “Por la cual se crea el Registro Especial de Propiedades con Bosques Naturales de la Región Oriental en el ámbito del Servicio Forestal Nacional (SFN) y se llama a inscripción”

LEY 836/80
“De Código Sanitario”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 4 de Diciembre de 1980

Fecha de promulgación: 15 de Diciembre de 1980

Autoridad/es de Aplicación: Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSP y BS)

Artículo/s Constitucionales: 4, 6, 7, 8, 68, 69, 70

Normas modificatorias:

- Ley 115/90 “Que modifica los artículos 270 y 272 de la Ley 836/80, De Código Sanitario”
- Ley 1614/00 “General del marco regulatorio y tarifario del servicio público de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario para la República del Paraguay” que deroga los artículos del Código Sanitario que se le contrapongan

Normas reglamentarias: Decretos 8314/95 y 1635/99

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Decreto-Ley 2001/36 “Ley Orgánica de Salud Pública para el funcionamiento del Ministerio”
- Ley 904/63 “Que establece las Funciones del Ministerio de Industria y Comercio”
- Ley 369/72 “Que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental, SENASA” y Ley 908/96 “Que modifica y amplía la Ley 369/72 que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental (SENASA)”
- Ley 1294/87 “Orgánica Municipal”
- Ley 42/90 “Que prohíbe la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento” y su Decreto reglamentario 18.969/97
- Ley 48/92 “Que aprueba las Enmiendas introducidas a la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”
- Ley 81/92 “Que establece la estructura orgánica y funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería”
- Ley 109/92 “Que aprueba con modificaciones el Decreto-Ley N° 15 de fecha 8 de marzo de 1990 Que establece las Funciones y Estructura Orgánica del Ministerio de Hacienda”
- Ley 123/92 “Que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitarias”
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”
- Ley 444/94 “Que ratifica el Acta Final de la Ronda del Uruguay del GATT” (en la que se halla incorporados los Acuerdos de la Organización Mundial de

Comercio sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias –AMSF- y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio -OTC-)

- Ley 567/95 “Que aprueba el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación”
- Ley 716/96 “Que sanciona Delitos contra el Medio Ambiente”
- Ley 825/96 “De protección de No Fumadores”
- Ley 1100/97 “De Prevención de la Polución Sonora”
- Ley 1119/97 “De Productos para la Salud y otros”
- Ley 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 1614/00 “General del marco regulatorio y tarifario del servicio público de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario para la República del Paraguay”
- Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario” y sus leyes modificatorias 2002/02 y 2531/04
- Ley 2459/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas -SENAVE”
- Ley 2135/03 “Que aprueba el Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional”
- Ley 2333/03 “Que aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”
- Ley 2721/05 “Que aprueba la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”

DECRETOS:

- Decreto 8.314/95
- Decreto 17.487/97 Comité de Codex Alimentarius
- Decreto 18.969/97 “Por el cual se reglamenta la Ley 42/90 que prohíbe la importación, depósito, utilización de residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas”.
- Decreto 20.261/98 “Residuos peligrosos. Constitución del Comité Nacional Ejecutivo para la implementación del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado en Basilea, el 22/03/89.
- Decreto 1.635/99
- Decreto 7084/00 “Adopción de medidas sanitarias y ambientales al ingreso de desechos al territorio nacional”.
- Decreto 20.309/03 “Por el cual se designa a la SEAM como punto focal nacional de los Convenios: Basilea – Gestión Transfronteriza de residuos tóxicos y su disposición final y el Róterdam – PIC.

RESOLUCIONES:

- Resolución MAG 447/93 “Por la cual se prohíbe la importación, formulación, distribución, venta y uso de insecticidas a base de organoclorados”.
- Resolución MSP y BS 45/01 “Por la cual se crea la unidad Técnica Operativa y de manejo de las plantas incineradoras de residuos sólidos hospitalarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; a cargo de SENASA”.
- Resolución MSP y BS 750/02 “Por la cual se aprueba el reglamento referente al manejo de los residuos sólidos urbanos peligrosos biológicos – infecciosos, industriales y afines”.

LEY N° 40/90

“Que crea la Comisión Nacional de Defensa de los Recursos Naturales”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 27 de agosto de 1990

Fecha de promulgación: 18 de septiembre de 1990

Autoridad/es de Aplicación: Comisión Nacional de Defensa de los Recursos Naturales, dependiente del Congreso Nacional (art. 6)

Artículo/s Constitucional/es: 4, 6, 7 y 8

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Decreto-Ley 2001/36 “Ley Orgánica de Salud Pública para el funcionamiento del Ministerio”
- Ley 904/63 “Que establece las Funciones del Ministerio de Industria y Comercio”
- Ley 422/73 “Forestal”
- Ley 42/90 “Que prohíbe la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento”
- Ley 81/92 “Que establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería”
- Ley 96/92 “De Vida Silvestre”
- Ley 123/92 “Que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitarias”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”
- Ley 515/94 “Que prohíbe la Exportación y Tráfico de rollos, trozos y vigas de madera”
- Ley 799/95 “De Pesca”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” (art. 14, inc. “o”) y su Decreto reglamentario 10.579/00
- Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario”
- Ley 3001/06 “De valoración y retribución de los Servicios Ambientales”

DECRETOS:

- Decreto 4794/95 “Por el cual se establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio de Defensa Nacional”
- Decreto 12.515/96 “Por el cual se establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio del Interior”

LEY 42/90

“Que prohíbe la importación, depósito, utilización de residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 30 de agosto de 1990

Fecha de promulgación: 18 de Septiembre de 1990

Autoridad/es de Aplicación: Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social (MSP y BS) Secretaría del Ambiente (SEAM), Ministerio de Industria y Comercio (MIC), Dirección Nacional de Aduanas (DNA).

Artículo/s Constitucionales: 4, 6, 7, 8 y 68

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 904/63 “Que establece las funciones del Ministerio de Industria y Comercio”
- Ley 369/72 “Que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental, SENASA” y Ley 908/96 “Que modifica y amplía la Ley 369/72 que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental (SENASA)”
- Ley 61/92 “Que aprueba y ratifica el Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono, el Protocolo de Montreal, relativo a sustancias agotadoras de la capa de ozono, y la enmienda de Montreal”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental” y Ley 345/94 “Que modifica la Ley 294/93 de Evaluación de Impacto Ambiental”
- Ley 567/95 “Que aprueba el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación”
- Ley 716/96 “Que Sanciona Delitos contra el Medio Ambiente”
- Ley 1160/97 “Código Penal”
- Ley 1262/98 “Que aprueba la enmienda al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos tóxicos peligrosos y su eliminación”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 2135/03 “Que aprueba el Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional”
- Ley 2333/03 “Que aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”
- Ley 2422/04 “Código Aduanero”
- Ley 2889/06 “Que aprueba la enmienda al Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono”

DECRETOS:

- Decreto 18.969/97 “Por el cual se reglamenta la Ley 42/90 que prohíbe la importación, depósito, utilización de residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas”
- Decreto 20.261/98 “Residuos peligrosos. Constitución del Comité Nacional Ejecutivo para la implementación del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado en Basilea, el 22/03/89”
- Decreto 3.980/99 “Por el cual se aprueba el reglamento de control de sustancias agotadoras de la Capa de Ozono y el uso de tecnologías alternativas”
- Decreto 7.084/00 “Adopción de medidas sanitarias y ambientales al ingreso de desechos al territorio nacional”
- Decreto 20.309/03 “Por el cual se designa a la SEAM como punto focal nacional de los Convenios: Basilea – Gestión Transfronteriza de residuos tóxicos y su disposición final y el Róterdam – PIC”
- Decreto 7.789/06 “Que modifica y amplía el decreto 3980/99 por el cual se aprueba el reglamento de control de sustancias agotadoras de la Capa de Ozono y el uso de tecnologías alternativas”

RESOLUCIONES:

- Resolución 447/93 MAG “Por la cual se prohíbe la importación, formulación, distribución, venta y uso de insecticidas a base de organoclorados”
- Resolución 45/01 MSP y BS “Por la cual se crea la unidad Técnica Operativa y de manejo de las plantas incineradoras de residuos sólidos hospitalarios del Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; a cargo de SENASA”
- Resolución 750/02 MSP y BS “Por la cual se aprueba el reglamento referente al manejo de los residuos sólidos urbanos peligrosos biológicos – infecciosos, industriales y afines”

LEY 123/92

“Que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitarias”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 27 de diciembre de 1991

Fecha de promulgación: 9 de enero de 1992

Autoridad/es de Aplicación: Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE), creado por Ley 2459/04 y la Secretaría del Ambiente (SEAM), creada por Ley 1561/00 –en las cuestiones netamente ambientales-

Artículo/s Constitucional/es: 6, 7, 8, 28, 38, 45, 68, 72, 109

Normas modificatorias:

- Ley 2459/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)” que, en su art. 45, establece: “Quedan derogados: ... c) los Artículos 2º, 5º, 37, 38, 39, 40 y 41 de la Ley N° 123/91 "Que Adopta Nuevas Normas de Protección Fitosanitaria";...”

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 836/80 “De Código Sanitario”
- Ley 21/90 “Que aprueba y ratifica el Convenio sobre la Constitución del Comité Regional de Sanidad Vegetal (CASAVE)”
- Ley 42/90 “Que prohíbe la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento” y su Decreto reglamentario 18.969/97
- Ley 48/92 “Que aprueba las Enmiendas introducidas a la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”
- Ley 81/92 “Que establece la estructura orgánica y funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”
- Ley 444/94 “Que ratifica el Acta Final de la Ronda del Uruguay del GATT” (en la que se halla incorporados los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias –AMSF- y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio -OTC-)
- Ley 567/95 “Que aprueba el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación”
- Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”
- Ley 988/96 “Que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales” (especialmente, su art. 14, incs. 1 y 2)
- Ley 1160/97 “Código Penal”
- Ley 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario”

- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario” y sus Leyes modificatorias 2002/02 y 2531/04
- Ley 2068/01 “Que aprueba el Acuerdo Marco de Medio Ambiente del MERCOSUR”
- Ley 2135/03 “Que aprueba el Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional”
- Ley 2333/03 “Que aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”
- Ley 2721/05 “Que aprueba la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”
- Ley 3194/07 “Que aprueba el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura”

DECRETOS:

- Decreto 28.567/72 “Por el cual se prohíbe la aplicación de insecticidas a base de compuesto órgano-clorados sobre el tabaco durante su desarrollo vegetativo, como asimismo en cualquier fase de la elaboración y conservación del producto cosechado”
- Decreto 18.831/86 “Por el cual se establecen normas de protección del medio ambiente”
- Decreto 11.502/91 “Por el cual se adoptan requisitos concernientes a los plaguicidas destinados al tratamiento de semillas de algodón”
- Decreto 13.500/92 “Por el cual se declara período de lucha activa para el arranque y quema de rastrojos del algodónero entre el final de la cosecha y el 30 de junio de cada año”
- Decreto 15.290/92 “Por el cual se reglamenta el ingreso y la circulación de origen vegetal en el régimen de tránsito internacional por el territorio nacional”
- Decreto 139/93 “Por el cual se adopta un Sistema Acreditación Fitosanitaria para Productos Vegetales de Importación (AFIDI)”
- Decreto 7143/94 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay Decisiones y Resoluciones adoptadas por el Consejo del Mercado Común y por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR respectivamente”
- Decreto 15.000/96 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las Resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR, referentes a normas sanitarias, fitosanitarias, de semillas y agroquímicos”
- Decreto 17.487/97 Comité de Codex Alimentarius
- Decreto 18.480/97 “Por el cual se reglamentan las pautas a seguir para la explotación de los viveros y afines”
- Decreto 18.481/97 “Por el cual se crea la Comisión de Bioseguridad”

- Decreto 892/98 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las Resoluciones aprobadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR referentes a semillas”
- Decreto 20.261/98 “Residuos Peligros-Constitución del Comité Nacional Ejecutivo para la implementación del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado en Basilea el 22/03/89”
- Decreto 2533/99 “Por el cual se establece el procedimiento administrativo para la sustanciación de los procesos sumariales en materia de defensa del consumidor”
- Decreto 5090/99 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las Resoluciones aprobadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR, referentes a armonizaciones sobre semillas”
- Decreto 10.846/00 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de normativa MERCOSUR, referentes a armonizaciones de medidas y requisitos fitosanitarios”
- Decreto 13.471/01 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de normativas del MERCOSUR referentes a armonizaciones de semillas”
- Decreto 20.309/03 “Por el cual se designa a la Secretaría del Ambiente, como Punto Focal Nacional de los Convenios: Basilea-Gestión transfronteriza de residuos tóxicos y peligrosos y su disposición final y de Róterdam PIC”
- Decreto 21919/03 “Por el cual se crea la Comisión Nacional de Seguridad Química”.
- Decreto 1825/04 “Por el cual se designa a la Dirección de Defensa Vegetal (DDV) dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, como Autoridad Nacional en materia de plaguicidas a los fines del Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional” (Actualmente, es competencia del SENAVE en coordinación con la SEAM)
- Decreto 2048/04 “Por el cual se deroga el Decreto 13.861/96 y se reglamenta el uso y manejo de plaguicidas de uso agrícola establecidos en la Ley 123/91”
- Decreto 4006/04 “Por el cual a la Dirección de Planificación Estratégica, de la Secretaría del Ambiente, como Centro Nacional de Coordinación, referente a la aplicación del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”
- Decreto 5041/05 “Por el cual se reglamenta el Capítulo IV Del Fondo Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas referentes a los artículos 18, 19 y 20 y el Capítulo VIII Disposiciones Generales y Especiales de la Ley 2459/04 que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)”
- Decreto 5042/05 “Por el cual se aprueban la Estructura Orgánica Básica (Organigrama) y el Manual de Funciones del Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)”

RESOLUCIONES:

- Resolución MAG 295/03 “Por la cual se establecen nuevas normas para el etiquetado de plaguicidas de uso agrícola”
- Resolución MAG 296/03 “Por la cual se establece el Protocolo Patrón para ensayos de eficacia agronómica de plaguicidas agrícolas”
- Resolución SEAM 1881/05 “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las leyes de las cuales la Secretaría del Ambiente es autoridad de aplicación, así como la imposición de las eventuales multas”
- Resolución SEAM 2068/05 “Por la cual se establecen las especificaciones técnicas aplicables al manejo de los recursos naturales en las unidades productivas”
- Resolución SEAM 51/06 “Por la cual se establece las Especificaciones Técnicas Ambientales Generales (ETAGs) para la gestión segura de los plaguicidas en la producción agrícola”
- Resolución SENAVE 69/06 “Por la cual se prohíbe el registro, la importación, la comercialización y uso en el país, de los productos formulados a base de Monocrotofos y Fosfamidon en todas sus concentraciones”
- Resolución SEAM 374/07 “Por la cual, se crea el certificado de no peligrosidad para el ambiente, el registro para exportadores e importadores, el registro de empresas certificadoras, recicladoras y consultoras de material reciclable no peligroso, se establecen tasas y se reglamentan los procedimientos”

LEY 81/92

“Orgánica del Ministerio de Agricultura y Ganadería”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 26 de noviembre de 1992

Fecha de promulgación: 22 de diciembre de 1992

Autoridad/es de Aplicación: Ministerio de Agricultura y Ganadería

Artículo/s Constitucional/es: 6, 7, 8, 62, 63, 64, 109, 114, 115 y 116

Normas modificatorias:

- Ley 2426/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Salud Animal (SENACSA)”
- Ley 2459/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)”

Normas que deroga: Decreto-Ley 13.681/50; Ley 316/62; Ley 767/62; Decreto-Ley 23.127/71; el Decreto-Ley 1.924/89

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 422/73 “Forestal” y su Decreto Reglamentario 11.681/75
- Ley 40/90 “Que crea la Comisión Nacional de Defensa de los Recursos Naturales”
- Ley 42/90 “Que prohíbe la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento” y su Decreto reglamentario 18.969/97
- Ley 123/91 “Que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitarias”
- Ley 96/92 “De Vida Silvestre”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”
- Ley 385/94 “De semillas y protección de cultivares” y su Decreto reglamentario 7.797/00
- Ley 515/94 “Que prohíbe la Exportación y Tráfico de Rollos, Trozos y Vigas de Madera”
- Ley 536/95 “De Fomento a la Forestación y Reforestación” y su Decreto reglamentario 9425/95 y sus Leyes modificatorias 1639/00, 1968/02 y 2421/04
- Ley 799/96 “De pesca”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 2419/04 “Que crea el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra”
- Ley 3001/06 “De Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales” y su Decreto reglamentario 10.247/07 “Por el cual se reglamenta parcialmente los

artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13 la ley 3001/06 de Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales a los efectos previstos en el artículo 2º de la ley 3139/06 Que proroga la vigencia de los artículos 2º y 3º y amplía la ley 2524/04 De prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques” y Resolución 84/07 MAG “Por la cual se crea el Registro Especial de Propiedades con Bosques Naturales de la Región Oriental en el ámbito de Servicio Forestal Nacional (SFN) y se llama a inscripción”

LEY 96/92
“De Vida Silvestre”

Ámbito: Nacional

Fecha de Sanción: 11 de diciembre 1992

Fecha de Promulgación: 24 de diciembre de 1992

Autoridad de Aplicación: SEAM (Secretaría Nacional de Ambiente).

Normas que deroga: Artículos 32 al 34 y del 36 al 48 del Código Rural; artículo 2, inciso “g” en lo que hace referencia a la caza únicamente; artículo 6, inciso “d” y el artículo 12, inciso “m” de la Ley 422 “Forestal”; artículo 44, inciso “d” de la Ley 1294/87 “Orgánica Municipal”, en cuanto se refiere a la caza.

Artículos Constitucionales: 6, 7, 8, 110, 114

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 583/73 “Que aprueba y ratifica la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres” y Ley 1508/99 “Que aprueba la Enmienda de Gaborone a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES)”
- Ley 758/79 “Que aprueba y ratifica la Convención para la Protección de la Flora de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América” (Arts. 7°, 8°, 9°)
- Ley 879/80 “Código de Organización Judicial” (Art. 16 Ley 96/92).
- Ley 1183/87 “Código Civil”
- Ley 253/93 “Que aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental” (Arts. 5° y 6°); Ley 345/94 “Que modifica el Art. 5 de la Ley 294/93 de Impacto Ambiental” y Decreto N° 14.281/1996 “Por el cual se reglamenta la Ley N° 294/93 de Evaluación de Impacto Ambiental”
- Ley 350/94 “Que aprueba la Convención relativa a los Humedales de importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas”
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”
- Ley 385/94 “De Semillas y Protección de Cultivares”
- Ley 515/94 “Que prohíbe la Exportación y Tráfico de Rollos, Trozos y Vigas de Madera”
- Ley 555/95 “Que aprueba el Acuerdo para la Conservación de la Fauna Acuática en los Cursos de los Ríos Limítrofes” y Ley 1572/00 “Que aprueba el Protocolo Adicional al Acuerdo para la Conservación de la Fauna Acuática en los Cursos de

los Ríos Limítrofes, entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República Federativa del Brasil”

- Ley 1074/97 “Que aprueba el Convenio sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Icticos en los Tramos Limítrofes de los Ríos Paraná y Paraguay”
- Ley 1314/98 “Que aprueba la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría del Ambiente” (Art.14)
- Ley 2068/03 “Que aprueba el Acuerdo Marco del Medio Ambiente del MERCOSUR”
- Ley 2135/03 “Que aprueba el Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional”
- Ley 2309/03 “Que aprueba el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”
- Ley 2333/03 “Que aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicas Persistentes”
- Ley 3001/06 “De Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales”

DECRETOS:

- Decreto N° 16.147/93 “Que crea el Refugio de Vida Silvestre Ybabebyry”
- Decreto N° 20.309/03 “Por el cual se designa a la SEAM como punto focal nacional de los Convenios: Basilea, Gestión Transfronteriza de residuos tóxicos y su disposición final y el Róterdam-PIC”
- Decreto N° 2.282/04 “Implementación de medidas de conservación de suelos, agroforestería y recuperación de bosques, a través del manejo sostenible de recursos naturales (PMRN)”
- Decreto N° 10.247/07 “Por el cual se reglamenta parcialmente los Arts. 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 12 y 13 de la Ley 3001/06 De Valoración y Retribución de Servicios Ambientales, a los efectos previstos en el Art. 2° de la Ley 3.139/06 que proroga la vigencia de los Arts. 2° y 3° y amplía la Ley 2524/04 de Prohibición en la Región Oriental de las Actividades de Transformación y Conversión de Superficies con Cobertura de Bosques”

RESOLUCIONES:

- Resolución 363/04 “Por la cual se establecen multas a ser aplicadas por la Secretaría del Ambiente”
- Resolución SEAM 59/04 “Por la cual se establece el listado de especies protegidas incluyendo en el mismo a todas las especies forestales aprovechables comercialmente hasta determinar cuales de ellas son, especies amenazadas de extinción y se instituye la ventanilla única de solicitud para presentación de EIA y obtención de guías de traslado en un solo procedimiento”

- Resolución SEAM 636/04 “Por la cual se establecen multas a ser aplicadas por la secretaría del ambiente”
- Resolución SEAM 1653/04 “Por la cual se reglamenta la comercialización dentro del territorio nacional de orquídeas nativas multiplicadas en forma artificial y se deja sin efecto la Resolución SEAM N° 698/03 de fecha 28 de julio de 2003”
- Resolución SEAM 1881/05 “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los Sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las Leyes de las cuales la Secretaría del Ambiente es Autoridad de Aplicación, así como la imposición de las eventuales sanciones”
- Resolución SEAM 2068/05 “Por la cual se establecen las especificaciones técnicas aplicables al manejo de los recursos naturales en las unidades productivas”
- Resolución SEAM 524/06 “Por la cual se aprueba el listado de las especies de flora y fauna amenazadas del Paraguay”
- Resolución SEAM 525/06 “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia para la presentación de los proyectos de uso agropecuario, en el marco de la Ley 96/92 de vida silvestre”
- Resolución SEAM 527/06 “Por la cual se reglamenta las investigaciones, las colectas, la caza y las colecciones científicas y se establecen los requisitos a seguir” (Art. 33 Ley 96/96)
- Resolución 1184/06 SEAM “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia (TOR) para la introducción de Especies Exóticas de Fauna”
- Resolución 1185/06 SEAM “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia (TOR) para la introducción de Especies Exóticas de Flora”
- Resolución 1491/06 SEAM “Por la cual se establece la Estructura Básica para Proyectos de Manejo de Zoológicos”
- Resolución SEAM 1607/06 “Por la cual se establecen los formatos de constancia de inscripción del registro nacional de vida silvestre, permiso de caza o colecta científica, habilitación de colecciones científicas, permisos de canje de especímenes sin fines comerciales, permiso de tenencia de mascotas, guía de traslado de mascotas, guía de traslado de animales silvestres y permiso de exposición temporal”
- Resolución 1609/06 SEAM “Por la cual se aprueba el listado de especies de la flora silvestre nativa amenazada utilizada en la medicina Popular del Paraguay”
- Resolución 1610/06 “Por la cual se reglamenta la exhibición temporal de animales silvestres vivos”
- Resolución 1611/06 SEAM “Por la cual se establecen los términos oficiales de referencia para el otorgamiento de licencia ambiental de zoológicos, viveros, estaciones biológicas, jardines botánicos, bioterios, terrarios, serpentarios, fincas cinegéticas, orquidarios, arboterum y bancos de semillas”
- Resolución 1834/06 SEAM “Por la cual se establece la estructura básica de los proyectos de manejo de viveros de flora nativa y exótica”

- Resolución SEAM 2242/06 “Por la cual se aprueba el listado de las especies protegidas de la vida silvestre amenazadas de extinción”
- Resolución SEAM 2531/06 “Por la cual, se modifica parcialmente la resolución N° 2243 de fecha 15 de noviembre de 2006 por la cual se actualiza el listado de las especies protegidas de la vida silvestre en peligro de extinción”
- Resolución SEAM 2483/06 “Por la cual se establece el período de inscripción en carácter obligatorio en el Registro Nacional de Vida Silvestre de toda persona física o jurídica que desarrolle actividades vinculadas a la vida silvestre exigidos por la ley 96/92 de vida silvestre” (porque si bien el período de inscripción ya caducó, estaría vigente por las sanciones que dispone en caso de incumplimiento de la misma)
- Resolución SEAM 2531/06 “Por la cual se modifica parcialmente la resolución 2243 de fecha 15 de noviembre del 2006 por la cual se actualiza el listado de las especies protegidas de la vida silvestre en peligro de extinción”
- Resolución SEAM 39/07 “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia de los Estudios de Impacto Ambiental para los centros de acopio y criaderos de animales silvestres”
- Resolución SEAM 263/07 “Por el cual se establece la Clasificación General de las Categorías incluidas dentro de las Especies Protegidas de la Vida Silvestre”
- Resolución SEAM 264/07 “Por el cual se establece la Estructura Básica para Proyectos de Investigación Científica de flora silvestre nativa”

LEY 294/93 Y 345/94

“De Evaluación de Impacto Ambiental y su modificación”

Ámbito: Nacional

Fecha de Sanción: 14 de diciembre de 1993

Fecha de Promulgación: 31 de diciembre de 1993

Autoridad de Aplicación: Dirección Gral. de Calidad Ambiental – SEAM.

Artículos Constitucionales: 6, 7, 8, 114 y 115

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 904/63 “Que establece las Funciones del MIC”
- Ley 422/73 “Forestal”
- Ley 81/92 “Orgánica del Ministerio de Agricultura y Ganadería”
- Ley 96/92 “De Vida Silvestre” (Art. 6°)
- Ley 123/92 “Que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitarias”
- Ley 167/92 “Que aprueba con modificaciones el Decreto-Ley N° 5 del 27 de marzo de 1991 que establece la Estructura Orgánica y Funciones del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones”.
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas” (Art. 12).
- Ley 716/96 “Que sanciona Delitos contra el Medio Ambiente” (Art. 5°), y Ley 2717/05 “Que modifica el Art. 6° de la Ley 716/96”
- Ley 799/96 “De Pesca”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” (Art. 14) y su Decreto reglamentario 10.579/00.
- Ley 1863/01 “Estatuto Agrario” (Art. 7°; 23; 62, inc. a y Art. 96, inc. b)
- Ley 1909/02 “De Loteamientos” (Art. 2°, inc. f)
- Ley 2135/03 “Que aprueba el Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional”
- Ley 2309/03 “Que aprueba el Convenio de Cartagena sobre seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”
- Ley 2333/03 “Que aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicas Persistentes”
- Ley 2419/04 “Que crea el Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra” (Art. 9° y 49).
- Ley 2524/04 “De Prohibición en la Región Oriental de las Actividades de Transformación y Conversión de Superficies con cobertura de Bosques” (Art. 5° inc. a) y Art. 6°) y Ley 3139/06 que prorroga los Arts. 2° y 3° y amplía la Ley 2524/04.

- Ley 2748/05 “De Fomento de los Biocombustibles” (Art. 7°), su Decreto reglamentario 7412/06 y Ley 3163/07 “Que modifica el artículo 7 de la Ley N° 2748/05 “De fomento de los biocombustibles””
- Ley 3001/06 “De Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales” (Art. 4°)
- Ley 3180/07 “De minería”
- Ley 3239 “De los recursos hídricos del Paraguay”

DECRETOS:

- Decreto N° 18.831/86 “Por el cual se establecen las normas de protección del Medio Ambiente”
- Decreto N° 14.281/96 “Por el cual se reglamenta la Ley N° 294/93 “de Evaluación de Impacto Ambiental”
- Decreto N° 18.969/97 “Por el cual se reglamenta la Ley 42/90 “que prohíbe la Importación, Depósito, Utilización de Productos calificados como Residuos Industriales Peligrosos o Basuras Tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento”
- Decreto N° 13.418/01 “Por el cual se establece el procedimiento de evaluación de Impacto Ambiental para los planes de manejo forestal y cambio de uso del suelo”
- Decreto N° 7.412/06 “Por el cual se reglamenta la Ley N° 2748 de fomento de los biocombustibles”
- Decreto N° 10.247/07 “Por el cual se reglamenta parcialmente los Arts. 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 12 y 13 de la Ley 3001/06 “De Valoración y Retribución de Servicios Ambientales”, a los efectos previstos en el Art. 2° de la Ley 3.139/06 “Que prorroga la vigencia de los Arts. 2° y 3° y amplía la Ley 2524/04 de Prohibición en la Región Oriental de las Actividades de Transformación y Conversión de Superficies con Cobertura de Bosques”.
- Decreto 10.071/07 “Por la cual se aprueba la norma que fija los límites máximos permisibles (LMP) para la exposición de las personas a las radiaciones no ionizantes (RNI)” (art. 9)

RESOLUCIONES:

- Resolución MAG y MIC 19/97 “Por la cual se reglamenta el artículo 1°, inc. b) del Decreto N° 16.416/97”
- Resolución SEAM 12/04 “Por la cual se fijan los montos a ser pagados en concepto de tasas por la obtención de licencia ambiental y se establece la tasa ambiental por desmonte”
- Resolución 74/04 SEAM “Por la cual se reglamenta la presentación de documentos para la renovación de licencias de pesca comercial y deportiva, habilitaciones de transporte, local (pescaderías, supermercados), asociaciones de pesca comercial, asociaciones y clubes de pesca deportiva, empresas de turismo, agencias de viaje, hoteles o entidades hoteleras, guías de turismo nacionales o extranjeras que realicen actividades de pesca, empresas exportadoras de

- productos pesqueros y especies vivas, registro de embarcación, concesión de canchadas, la vigencia de los mismos, y se anula la resolución n° 636/03”
- Resolución SEAM 247/04 “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia para la presentación de Estudios Ambientales para proyectos agropecuarios y forestales anexos correspondientes”
 - Resolución SEAM 303/04 “Por la cual se amplía la Resolución N° 247/04 por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia para la presentación de Estudios Ambientales para proyectos Agropecuarios y forestales anexos correspondientes”
 - Resolución 363/04 “Por la cual se establecen multas a ser aplicadas por la Secretaría del Ambiente”
 - Resolución SEAM 404/04 “Por la cual se establece la obligatoriedad de presentar estudios ambientales por cuencas y microcuencas y se establecen los términos oficiales de referencia para su presentación”
 - Resolución SEAM 957/04 “Por la cual se establecen los requisitos indispensables con los cuales deben contar las personas físicas o jurídicas interesadas en renovar o registrar su incorporación al catastro técnico de consultores ambientales de la Secretaría del Ambiente y las tasas a ser percibidas para tal efecto”
 - Resolución SEAM 1001/04 “Por la cual se rectifica parcialmente el art. 3, inciso b) de la Resolución 957/04 de fecha 11 de octubre de 2004”
 - Resolución SEAM 1133/04 “Por la cual se reglamenta la emisión de Licencia Ambiental en el Marco de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental”
 - Resolución SEAM 159/05 “Por la cual se establecen los requisitos mínimos que deben adoptar las playas y balnearios de todo el país para su habilitación por parte de las municipalidades”
 - Resolución SEAM 430/05 “Por la cual se cancelan las licencias ambientales emitidas en el marco de la Ley 294/93 de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos agropecuarios que recaen dentro de los límites de la cuenca del Río Tebicuary”
 - Resolución SEAM 857/05 “Por la cual se aprueba el formulario a ser utilizado para la calificación de las personas físicas y jurídicas interesadas en renovar o registrar su incorporación al Catastro Técnico de Consultores Ambientales de la Secretaría del Ambiente y se establece el Comité Evaluador”
 - Resolución SEAM 1334/05 “Por la cual se establecen requisitos mínimos para el manejo de los residuos líquidos por camiones cisterna”
 - Resolución SEAM 1777/05 “Por la cual se establece el reglamento general para Audiencias Públicas en el Marco de la Ley 294/93 de Evaluación del Impacto Ambiental”
 - Resolución SEAM 1881/05 “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los Sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las Leyes de las cuales la Secretaria del Ambiente es Autoridad de Aplicación, así como la imposición de las eventuales sanciones”

- Resolución SEAM 2127/05 “Por la cual se establecen los plazos para la presentación de los estudios contemplados en el marco de la ley 294/93 de Evaluación del Impacto Ambiental”
- Resolución SEAM 50/06 “Por la cual se establecen las normativas para la gestión de los recursos hídricos del Paraguay de acuerdo al artículo 25 de la ley 1561/00 que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Resolución SEAM 1611/06 “Por la cual se establecen los términos oficiales de referencia para el otorgamiento de licencia ambiental de zoológicos, viveros, estaciones biológicas, jardines botánicos, bioterios, terrarios, serpentarios, fincas cinegéticas, orquidarios, arboterum y bancos de semillas”
- Resolución SEAM 2042/06 “Por la cual se aprueban los Términos de Referencia del Plan de Manejo de las Cuencas Hídricas y de Ordenamiento Ambiental”
- Resolución SEAM 39/07 “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia de los Estudios de Impacto Ambiental para los centros de acopio y criaderos de animales silvestres”
- Resolución SEAM 116/07 “Por la cual se reglamenta la custodia y uso de la hoja de seguridad de la Secretaría del Ambiente”
- Resolución SEAM 374/07 “Por la cual, se crea el Certificado de No Peligrosidad para el Ambiente, el Registro para Exportadores e Importadores, el Registro de Empresas Certificadoras, Recicladoras y Consultoras de Material Reciclable No Peligroso, se establecen tasas y se reglamentan los procedimientos”
- Resolución SEAM 375/07 “Por el cual se establecen normas para la presentación de los documentos en la Secretaría del Ambiente, en el marco de la Ley 293/93 de Evaluación de Impacto Ambiental”

LEY 352/94
“De Áreas Silvestres Protegidas”

Ámbito: Nacional

Fecha de Sanción: 24 de mayo de 1994

Fecha de Promulgación: 21 de junio de 1994

Autoridad de Aplicación: SEAM

Artículo/s Constitucionales: 6, 7, 8, 38, 81, 109

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 422/73 Ley Forestal; Decreto 11.681/75 “Que reglamenta la Ley 422/73 Forestal” y Decreto 18.831 “Por el cual se establecen normas de protección del medio ambiente”
- Ley 758/79 “Que aprueba y ratifica la Convención para la Protección de la Flora de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América (Arts. 1º, 2º, 3º, 4º, y 5º)”
- Ley 1231/86 “Que aprueba y ratifica la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural”
- Ley 1160/97 “Código Penal” (Art. 202)
- Ley 96/92 “De Vida Silvestre”
- Ley 179/93 “Que declara Monumentos Naturales al Cerro Koi y al Cerro Chorori”
- Ley 253/93 “Que aprueba el Convenio sobre diversidad biológica, adoptado durante la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y desarrollo –Cumbre de la Tierra- en Río de Janeiro, Brasil”
- Ley 294/93 “Evaluación de Impacto Ambiental” y Decreto 14.281/96 “Por el cual se reglamenta la Ley 294/93 de Evaluación de Impacto Ambiental”
- Ley 350/94 “Que aprueba la Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas”.
- Ley 536/96 “Fomento a la Forestación y Reforestación” y Decreto 9425/95 “Que reglamenta la Ley 536/96 de Fomento a la Forestación y Reforestación”.
- Ley N° 1314/98 "Que aprueba la Convención sobre la Conservación de las especies migratorias de animales silvestres”
- Ley 1367/98 “Que delimita la reserva para el Parque Nacional Lago Ypoá y se fija el régimen de la administración y el manejo de la misma”.
- Ley 1508/99 “Que aprueba la Enmienda de Gaborone a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES)”.
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” (Art. 14).

- Ley 1863/01 “Estatuto Agrario” (Arts. 10 y 41) y Ley 2002/02 “Que modifica varios artículos de la Ley 1863/01 Estatuto Agrario” (Art.1°).
- Ley 2583/05 “Que cambia la denominación del Parque Nacional Caaguazú a la de Parque Nacional Caazapá”.
- Ley 2703/05 “Que declara como área silvestre protegida bajo dominio privado, con la categoría de manejo reserva natural, al inmueble de propiedad del Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA), denominado "Cañada del Carmen", situado en mayor Infante Rivarola, distrito de Mariscal Estigarribia, departamento de Boquerón”.
- Ley 2714/05 “Que convierte en área silvestre protegida bajo dominio público al área de Reserva para Parque Nacional Cerro Corá”
- Ley 2715/05 “Que declara como área silvestre protegida con la categoría de manejo reserva ecológica al Banco San Miguel y la Bahía de Asunción”
- Ley 2748/05 “Que declara como Área Silvestre Protegida bajo dominio privado con la categoría de manejo reserva ecológica de Ñu Guazú”
- Ley 3001/06 “De valoración y retribución de los servicios ambientales” y Decreto 10247/07 “Por el cual se reglamenta parcialmente los Arts. 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 10, 12 y 13 de la Ley 3001/06 de Valoración y Retribución de Servicios Ambientales, a los efectos previstos en el Art. 2° de la Ley 3.139/06 que proroga la vigencia de los Arts. 2° y 3° y amplía la Ley 2524/04 de Prohibición en la Región Oriental de las Actividades de Transformación y Conversión de Superficies con Cobertura de Bosques”
- Ley 3003/06 “Que aprueba los Acuerdos entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República del Paraguay, en el marco del Programa Tropical Forest Conservation Act (TFCA), para el establecimiento de un Fondo de Conservación de Bosques Tropicales y de un Consejo de Conservación de Bosques Tropicales; y la reducción de ciertas deudas mantenidas con el Gobierno de los Estados Unidos de América y sus Agencias, del 7 de junio de 2006; y que amplía el Presupuesto General de la Nación para el ejercicio fiscal 2006”
- Ley 3239/07 “De los recursos hídricos del Paraguay”

DECRETOS:

- Decreto-Ley 25.764/48 “Por el cual se crea lo Zona Nacional de Reserva Cerro Lambaré”
- Decreto 11.270/55 “Por el cual se crea el Monumento Científico Moisés Santiago Bertoni”
- Decreto “18.205/66 por el cual se crea el Parque Nacional Tinfunqué”
- Decreto 30.953/73 “Por el cual se crea el Parque Nacional Ñacunday”, y Decretos que lo modifican 17.071/75 y 16.146/93
- Decreto 30.955/73 “Por el cual se crea el Parque Nacional Saltos del Guairá”
- Decreto 30.956/73 “Por el cual se crea el Parque Nacional Kuri’y”
- Decreto 32.772/73 “Por el cual se crea el Parque Nacional Ybycuí”

- Decreto 16.806/75 “Por el cual se crea el Parque Nacional Defensores del Chaco”
- Decreto 15.936/80 “Por el cual se crea el Parque Nacional Teniente Agripino Enciso”
- Decreto 5.686/90 “Por el cual se crea el Parque Nacional Ypacarai”
- Decreto 5.815/90 “Por el cual se crea el Parque Nacional Ybytyruzú”
- Decreto 11.964/91 “Por el cual se crea el Parque Nacional Serranía San Luis”
- Decreto 112/92 “Por el cual se crea la Reserva Natural del Bosque Mbaracayú”
- Decreto 13.680/92 “Por el cual se crea el Parque Nacional San Rafael”
- Decreto 13.681/92 “Por el cual se crea el Parque Nacional Lago Ypoá”
- Decreto 13.682/92 “Por el cual se crea el Monumento Natural Macizo Acahay”
- Decreto 13.782/92 “Por el cual se crea la Reserva Íctica en las adyacentes de los vertederos de la presa de Yacyretá”
- Decreto 16.147/93 “Por el cual se crea el Refugio de Vida Silvestre Yabebyry”
- Decreto 13.202/01 “Por el cual se declara la reserva de la biosfera del Chaco, localizada en el Departamento de Alto Paraguay y el Departamento de Boquerón”
- Decreto 14.910/01 “Por el cual se declara como Área Silvestre Protegida bajo el dominio privado de reserva privada denominada Morombi”
- Decreto 14.944/01 “Por el cual se declara como Área Silvestre Protegida bajo el dominio privado de reserva denominada Arroyo Blanco”
- Decreto 14.945/01 “Por el cual se asigna categoría de reserva de recursos manejados a la Reserva para el Parque Nacional Ybytyruzú”
- Decreto 16.610/02 “Por el cual se asigna categoría de Reserva de Recursos manejados a la Reserva para el Parque Nacional San Rafael”
- Decreto 18.219/02 “Por el cual se declara Reserva Ecológica parte de la finca 199 fracción con finca 13 fracción b propiedad del Ministerio de Agricultura y Ganadería, asiento del Centro Forestal Capibary, distrito de Capibary, Departamento San Pedro”
- Decreto 949/03 “Por el cual se declara Área Silvestre Protegida bajo dominio privado a la Reserva denominada Ka’i rague”
- Decreto 21.919/03 “Por el cual, se declara como Área Silvestre Protegida bajo dominio privado la reserva privada denominada Ypetí”
- Decreto 1.478/04 “Por el cual se amplía el área de reserva para el Parque Nacional Río Negro”
- Decreto 5.638/05 “Por el cual se amplía el área de la reserva para Parque Nacional San Rafael”
- Decreto 5.831/05 “Por la cual se declara como Área Silvestre Protegida al área denominada Tapyta”
- Decreto 5.845/05 “Por la cual se declara como Área Silvestre Protegida la reserva denominada Ñu Guasú”
- Decreto 7.791/06 “Por el cual se declara como área silvestre protegida bajo dominio privado la reserva denominada Cerrados del Tagatiya”

RESOLUCIONES:

- Resolución 200/01 SEAM “Por la cual se asignan y reglamentan las categorías de manejo; la zonificación y los usos y actividades”
- Resolución 829/03 SEAM “Por la cual se reconoce al Comité de Gestión del Parque Nacional de Ybicui”
- Resolución 149/04 SEAM “Por la cual se reconoce al Comité de Gestión del Parque Nacional de Ybicui”
- Resolución 781/05 SEAM “Por la cual se establecen los reglamentos para el uso público de las áreas silvestres protegidas bajo dominio público”
- Resolución 1881/05 SEAM “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los Sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las Leyes de las cuales la Secretaria del Ambiente es Autoridad de Aplicación, así como la imposición de las eventuales sanciones”
- Resolución 926/06 SEAM “Por la cual se aprueba el Plan de Manejo de Médanos del Chaco”
- Resolución 84/07 MAG “Por la cual se crea el Registro Especial de Propiedades con Bosques Naturales de la Región Oriental, en el ámbito del Servicio Forestal Nacional (SFN) y se llama a Inscripción”

LEY 385/94

“De Semillas y Protección de Cultivares”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 5 de julio de 1994

Fecha de promulgación: 11 de agosto de 1994

Autoridad/es de Aplicación: Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE) –L. 2459/04, art. 7-

Artículo/s Constitucional/es: 6, 7, 8, 110 y 114

Normas que deroga: Decreto N° 24.251/72

Normas modificatorias:

- Ley N 2459/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)” –Arts. 43 y 45-. Asimismo, esta misma ley deroga varios artículos de la ley 385/94 “De Semillas y Protección de Cultivares”

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 166/69 “Que establece el Régimen Fiscal para la importación de insecticidas, fungicidas, herbicidas, fertilizantes, bulbos y semillas para siembra y materias primas utilizables para la industrialización de fertilizantes de todo tipo y abono en general”
- Ley 583/76 “Que aprueba y ratifica la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres” (art. I)
- Ley 758/79 “Que aprueba y ratifica la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América”
- Ley 21/90 “Que aprueba y ratifica el Convenio sobre la Constitución del Comité Regional de Sanidad Vegetal (CASA VE)”
- Ley 123/91 “Que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitaria”
- Ley 48/92 “Que aprueba las Enmiendas introducidas a la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”
- Ley 81/92 “Que establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería”
- Ley 96/92 “De Vida Silvestre” (art. 6)
- Ley 253/93 “Que aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica, adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo –La Cumbre para la Tierra-, celebrado en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”
- Ley 444/94 “Que ratifica el Acta Final de la Ronda del Uruguay del GATT”
- Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”
- Ley 988/96 “Que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales”

- Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario” (art. 25, incs. c, d, e)
- Ley 2135/03 “Que aprueba el Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de Comercio Internacional”
- Ley N 2459/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)”
- Ley 3194/07 “Que aprueba el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura”

DECRETOS:

- Decreto-Ley 8051/41 “Por el cual se dicta una Nueva Ley Orgánica de Defensa Agrícola⁹⁵⁷”
- Decreto 10.746/42 “Por el cual se prohíbe la importación de ciertas plantas y semillas”
- Decreto 2.391/59 “Por el cual se establece normas sanitarias para el tránsito y la comercialización del café en grano”
- Decreto 28.657/72 “Por el cual se prohíbe la aplicación de insecticidas a base de compuesto órgano-clorados sobre el tabaco durante su desarrollo vegetativo, como asimismo en cualquier fase de la elaboración y conservación del producto cosechado”
- Decreto 37.319/83 “Que reorganiza las dependencias de la Dirección de Defensa Vegetal creadas por el Decreto 8051/41 del 31 de julio de 1941”
- Decreto 10.655/91 “Por el cual se crean organismos, se le asignan funciones, se dictan medidas de conservación, se regula la caza o recolección, exportación, importación y reexportación de las especies incluidas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de la Fauna y Flora Silvestres (CITES)”
- Decreto 11.502/91 “Por el cual se adoptan requisitos concernientes a los plaguicidas destinados al tratamiento de semillas de algodón”
- Decreto 13.500/92 “Por el cual se declara Período de Lucha Activa para el arranque y quema de rastrojos del algodónero entre el final de la cosecha y el 30 de junio de cada año”
- Decreto 15.000/96 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR, referentes a normas sanitarias, fitosanitarias, de semillas y agroquímicos”
- Decreto 892/98 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR referentes a semillas”

⁹⁵⁷ Hoy, conforme la ley 81/92 “Que establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería”, en el Gabinete del Vice-Ministro de Agricultura, encontramos ubicada esta Dirección de Defensa Vegetal

- Decreto 5.090/99 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las Resoluciones aprobadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR, referentes a armonizaciones sobre semillas” (Resoluciones 60/97, 69/98 y 70/98 GMC)
- Decreto 7.790/00 “Por el cual se reglamenta la Ley 385/94”
- Decreto 7.797/00 “Por el cual se reglamenta la Ley 385/94 De Semillas y Protección de Cultivares”
- Decreto 13.471/01 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de normativas MERCOSUR referente a armonizaciones sobre semillas”
- Decreto 645/03 “Por el cual se designa a la Dirección de Defensa Vegetal, dependencia del Gabinete de Vice-Ministro de Agricultura y Ganadería, como Autoridad de Aplicación de la Ley 123/91 que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitarias” ver esto por la ley 2459/04
- Decreto 1.825/04 “Por el cual se designa a la Dirección de Defensa Vegetal (DDV) dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, como Autoridad Nacional en Materia de Plaguicidas a los fines del Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de Comercio Internacional”
- Decreto 2.048/04 “Por el cual se deroga el decreto 13861/96 y se reglamenta el uso y manejo de plaguicidas de uso agrícola establecidos en la Ley 123/91 que adoptan Nuevas Formas de Protección Fitosanitarias”
- Decreto 5.041/05 “Por el cual se reglamenta el Capítulo IV Del Fondo Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas referentes a los artículos 18, 19 y 20 y el Capítulo VIII Disposiciones Generales y Especiales de la Ley 2459/04 que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)”
- Decreto 5.042/05 “Por el cual se aprueban la Estructura Orgánica Básica (Organigrama) y el Manual de Funciones del Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)”

RESOLUCIONES:

- Resolución 19/93 MAG “Por la cual se transfiere el Registro de los Productos Agrícolas a la Subsecretaría de Estado de Agricultura”
- Resolución 49/01 MAG “Por la cual se implementa un sistema de autorización previa de importación para plaguicidas, fertilizantes, enmiendas o afines (APIM)”
- Resolución 295/03 MAG “Por la cual se establecen Nuevas Normas para el Etiquetado de Plaguicidas de Uso Agrícola”
- Resolución 296/03 MAG “Por la cual se establece el Protocolo Patrón para Ensayos de Eficacia Agronómica de Plaguicidas Agrícolas”
- Resolución 69/06 SENAVE “Por la cual se prohíbe el registro, la importación, comercialización y uso en el país de los productos formulados a base de Monocrotofos y Fosfamidon en todas sus concentraciones”.

LEY 515/94

“Que prohíbe la exportación y tráfico de rollos, trozos y vigas de madera”

Ámbito: Nacional

Fecha de Sanción: 1 de Diciembre de 1994

Fecha de Promulgación: 9 de Diciembre de 1994

Autoridad de Aplicación: Servicio Forestal Nacional – Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG), Dirección Nacional de Aduanas, Secretaría del Ambiente.

Normas modificatorias: Ley 2848/05 “Que deroga los Arts. 2° y 3° de la Ley 515/94”.

Artículos Constitucionales: 6, 7 y 8

Normas con la que concuerda:

LEYES:

- Ley 422/73 “Forestal”
- Ley 81/92 “Que establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 536/95 “De Fomento a la Forestación y Reforestación”, su decreto reglamentario 9425/95 y la Ley 1639/00 que la modifica y amplia
- Ley 751/95 “Que aprueba el acuerdo sobre Cooperación para el Combate al Tráfico Ilícito de Madera”
- Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el Medio Ambiente”
- Ley 1160/97 “Código Penal” (Arts. 16, 31, 32, 321)
- Ley 2848/05 “Que deroga los Artículos 2° y 3° de la Ley 515/94 que prohíbe la exportación y tráfico de rollos, trozos y vigas de madera”
- Ley 3001/06 “De Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales”

DECRETOS:

- Decreto 30.760/67 “Por el cual se reglamenta y se establecen normas para la exportación de maderas”
- Decreto 11.681/75 “Por el cual se reglamenta la Ley 422 Forestal”
- Decreto 18.831/86 “Por el cual se establecen normas de protección del medio ambiente”
- Decreto 8.463/91 “Por el cual se prohíbe la exportación de maderas aserradas, incluso cepilladas de las especies: Cedrela Spp. (Cedro); Tebebuia Spp. (Lapacho); Myrcarpus Spp. (Incienso); Cordia Trichotoma (Petereby)
- Decreto 18.105/93 “Por el cual se restringe la corta y aprovechamiento del palo santo (bulnesia sarmientoi)”
- Decreto 9.425/95 “Por el cual se reglamenta la Ley 536/95 de Fomento a la Forestación y Reforestación”

- Decreto 789/98 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 751/95 que aprueba el Acuerdo sobre Cooperación para el Combate al Tráfico Ilícito de Madera”
- Decreto N° 17.576/02 “Por el cual se modifica parcialmente el Art. 79 del Decreto N° 11.681/75 que reglamenta la Ley Forestal”

RESOLUCIONES:

- Resolución SFN 4/92 “Por la cual se clasifican las especies maderables de acuerdo a las categorías de calidad A y B” ver su vigencia
- Resolución MAG 661/92 “Por la cual se prohíbe la importación de maderas elaboradas o en rollos con cortezas de Pinus Spp, provenientes de países afectados por la avispa de la madera (sirex noctilio)” ver su vigencia
- Resolución SFN 64/94 (Servicio Forestal Nacional) “Por la cual se fijan precios por servicios de inspección de productos forestales”
- Resolución MAG 9/95 “Por la cual se aprueba la Estructura Orgánica del Servicio Forestal Nacional”
- Resolución SEAM 59/04 “Por la cual se establece el listado de especies protegidas incluyendo en el mismo a todas las especies forestales aprovechables comercialmente hasta determinar cuáles de ellas son especies amenazadas de extinción y se instituye la ventanilla única de solicitud para la presentación de EIA y obtención de guías de traslado en un solo procedimiento”

LEY 779/95

“Que modifica la Ley N° 675/60 de Hidrocarburos de la República del Paraguay, por la cual se establece el Régimen Legal para la prospección, exploración y explotación de petróleo y otros hidrocarburos”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 20 de noviembre de 1995

Fecha de promulgación: 12 de diciembre de 1995

Autoridad/es de Aplicación: Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones –Gabinete del Viceministro de Minas y Energía

Normas que modifica: “Ley N° 675/60 de Hidrocarburos de la República del Paraguay, por la cual se establece el Régimen Legal para la prospección, exploración y explotación de petróleo y otros hidrocarburos”

Artículo/s Constitucional/es: 6, 7, 8, 109

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 879/81 “Código de Organización Judicial”
- Ley 904/63 “Que establece las Funciones del Ministerio de Industria y Comercio”
- Ley 167/93 “Que aprueba con modificaciones el Decreto-Ley N° 5 de fecha 27 de marzo de 1991 Que establece la Estructura Orgánica y Funciones del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental” y su Decreto reglamentario 14.281/96
- Ley 1160/96 “Código Penal”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 1948/02 “Transporte de Gas por Ductos”

LEY N° 825/96
“Protección a los no fumadores”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 14 de diciembre de 1995

Fecha de promulgación: 11 de enero de 1996

Autoridad/es de Aplicación: Municipalidades; Policía Nacional

Artículo/s Constitucional/es: 4, 6, 7, 8 y 68

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Decreto-Ley 2001/36 “Ley Orgánica de Salud Pública para el funcionamiento del Ministerio”
- Ley 836/80 “Código Sanitario”
- Ley 1294/87 “Orgánica Municipal”
- Ley 222/93 “Orgánica de la Policía Nacional”
- Ley 1276/96 “Que establece el Régimen de Faltas Municipales y el Procedimiento en materia de Faltas Municipales”

LEY 799/95
“De Pesca”

Ámbito: Nacional

Fecha de Sanción: 5 de Diciembre de 1995

Fecha de Promulgación: 17 de enero de 1996

Autoridad de Aplicación: Secretaría Nacional de Ambiente – SEAM, Dirección de Pesca y Acuicultura y MAG.

Artículos Constitucionales: 6, 7, 8, 114.

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 96/92 “De Vida Silvestre”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental” (Art. 4 Ley 799/95 y Art. 3 Decreto N° 15.487/96).
- Ley 555/95 “Que aprueba el Acuerdo para la Conservación de la Fauna Acuática en los Cursos de los Ríos Limítrofes” y Ley 1572/00 “Que aprueba el Protocolo Adicional al acuerdo para la Conservación de la fauna acuática en los cursos de los ríos limítrofes, entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República Federativa del Brasil”
- Ley 580/95 “Que aprueba el acuerdo constitutivo de la comisión trinacional para el desarrollo de la cuenca del río Pilcomayo”
- Ley 719/96 “Que sanciona Delitos contra el Medio Ambiente” (Art. 6)
- Ley 1074/97 “Que aprueba el Convenio sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Icticos en los Tramos Limítrofes de los Ríos Paraná y Paraguay”
- Ley 1171/97 “Que aprueba el Protocolo Adicional al Convenio sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Ícticos en los tramos compartidos de los Ríos Paraná y Paraguay, suscrito con la República Argentina”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” (Arts. 7, 8 y 14 inc. n))
- Ley 2068/03 “Que aprueba el Acuerdo Marco del Medio Ambiente del MERCOSUR”
- Ley 2715/05 “Que declara como Área Silvestre Protegida con la categoría de Manejo de Reserva Ecológica al Banco San Miguel y la Bahía de Asunción” (Art. 7).
- Ley 2717/05 “Que modifica el Art. 6 de la Ley 716/96 Que sanciona los delitos contra el Medio Ambiente, que sanciona las infracciones contra las normas y reglamentos de pesca”

DECRETOS

- Decreto N° 15.487/96 “Que reglamenta la Ley 799/95 de Pesca”

RESOLUCIONES

- Resolución MAG 9/97 “Por la cual se establecen los montos a pagar por los permisos de Pesca Deportiva, Importación y Exportación, Autorización de Traslado, Registro y Concesiones de Canchada”
- Resolución SEAM 74/04 “Por la cual se reglamenta la presentación de documentos para la Renovación de Licencias de Pesca Comercial y Deportiva, Habilitaciones de Transporte, Local (Pescaderías, Supermercados), Asociaciones de Pesca Comercial, Asociaciones y Clubes de Pesca Deportiva, Empresas de Turismo, Agencias de Viaje, Hoteles o Entidades Hoteleras, Guías de Turismo Nacionales o Extranjeras que realicen actividades de Pesca, Empresas Exportadoras de Productos Pesqueros y Especies Vivas, Registro de Embarcación, Concesión de Canchadas, la vigencia de los mismos, y se anula la Resolución N° 636/03”
- Resolución SEAM 75/04 “Por la cual se establece el volumen de captura de peces en la modalidad de pesca deportiva nacional, por persona y por semana y se deroga toda disposición anterior opuesta a esta”
- Resolución SEAM 77/04 “Por la cual se reglamenta la concesión o renovación de Canchada de Pesca a las Asociaciones de Pescadores Comerciales”
- Resolución SEAM 1881/05 “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las leyes de las cuales la Secretaría del Ambiente es Autoridad de Aplicación, así como la Imposición de las eventuales Sanciones”
- Resolución SEAM 905/06 “Por la cual se reglamenta los lugares de utilización y el tamaño de apertura de malla de redes de pesca a ser utilizadas durante el período de aprovechamiento de pesca comercial en los ríos limítrofes con países vecinos: Paraná, Paraguay, Pilcomayo, Apa; y en los ríos interiores, riachos, arroyos, lagos y lagunas de todo el país”

LEY 716/96

“Que sanciona delitos contra el medio ambiente”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 26 de septiembre de 1995

Fecha de promulgación: 2 de mayo de 1996

Autoridad/es de Aplicación: Ministerio Público, Área Penal – Fuero Penal

Artículo/s Constitucional/es: 4,6, 7, 8, 38, 68 y 106

Normas modificatorias: Ley 1160/97 “Código Penal” y Ley 2.717/05 “Que modifica el artículo 6 de la ley n° 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 369/72 “Que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental – SENASA” y su Decreto Reglamentario 18.303/02
- Ley 422/73 “Forestal” y su Decreto Reglamentario 11.681/75
- Ley 583/73 “Que aprueba y ratifica la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres –CITES”
- Ley 758/79 “Que aprueba y ratifica la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América”
- Ley 836/80 “Código Sanitario” (Especialmente Art. 69, en relación con el inc. d) del art. 4 de la ley 716/96)
- Ley 879/81 “Código de Organización Judicial”
- Ley 21/90 “Que aprueba y ratifica el Convenio sobre la Constitución del Comité Regional de Sanidad Vegetal (CASAVE)”
- Ley 123/91 “Que adoptan nuevas formas de protección fitosanitarias”
- Ley 48/92 “Que aprueba las enmiendas introducidas a la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”
- Ley 96/92 “De Vida Silvestre”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”, Ley modificatoria 345/94 y su Decreto reglamentario 14281/96
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”
- Ley 385/94 “De semillas y protección de cultivares” y su Decreto reglamentario 7.797/00
- Ley 799/96 “De Pesca”
- Ley 988/96 “Que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones de Vegetales”
- Ley 1160/96 “Código Penal”
- Ley 1100/97 “De prevención de la polución sonora”

- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaria del Ambiente” y su Decreto reglamentario 10.579/00
- Ley 2309/03 “Que aprueba el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”
- Ley 2524/04 “De Prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques” y Ley 3139/06 “Que prorroga la vigencia de los artículos 2º y 3º y amplía la ley 2524/04 de prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques”
- Ley 2459/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas -SENAVE”
- Ley 2721/05 “Que aprueba la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”

DECRETOS:

- Decreto 10655/91 “Por el cual se crean los Organismos, se le asignan funciones, se dictan medidas de conservación, se regula la caza o recolección, exportación, importación y reexportación de las especies incluidas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de la Fauna y de la Flora Silvestres (CITES)”
- Decreto 18.969/97 “Por el cual se reglamenta la Ley 42/90 que prohíbe la importación, depósito, utilización de residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas”

RESOLUCIONES:

- Resolución 548/96 MSP y BS “Por la cual se establecen las normas técnicas que reglamentan el manejo de los desechos sólidos”
- Resolución 222/02 SEAM “Por la cual se establece el padrón de calidad de las aguas en el territorio nacional”
- Resolución 59/04 SEAM “Por la cual se establece el listado de especies protegidas incluyendo en el mismo a todas las especies forestales aprovechables comercialmente hasta determinar cuáles de ellas son, especies amenazadas de extinción y se instituye la ventanilla única de solicitud para presentación de EIA y obtención de guías de traslado en un solo procedimiento”
- Resolución 282/04 SEAM “Por el cual se implementa los criterios para la selección de áreas para la disposición final de residuos sólidos en rellenos sanitarios”
- Resolución 74/04 SEAM “Por la cual se reglamenta la presentación de documentos para la renovación de licencias de pesca comercial y deportiva, habilitaciones de transporte, local (pescaderías, supermercados), asociaciones de pesca comercial, asociaciones y clubes de pesca deportiva, empresas de turismo, agencias de viaje, hoteles o entidades hoteleras, guías de turismo nacionales o

extranjeras que realicen actividades de pesca, empresas exportadoras de productos pesqueros y especies vivas, registro de embarcación, concesión de canchadas, la vigencia de los mismos, y se anula la resolución 636/03”

- Resolución 77/04 SEAM “Por la cual se reglamenta la concesión o renovación de canchada de pesca a las asociaciones de pescadores comerciales y se anula la resolución 149/02 de fecha 7 de agosto de 2002”
- Resolución 75/04 SEAM “Por la cual se establece el volumen de captura de peces en la modalidad de pesca deportiva nacional, por persona y por semana y se deroga toda disposición anterior opuesta a esta”
- Resolución SEAM 50/06 “Por la cual se establecen las normativas para la gestión de los recursos hídricos del Paraguay de acuerdo al artículo 25 de la ley 1561/00 que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”

LEY N° 1.100/97
“De Prevención de la Polución Sonora”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 31 de julio de 1997

Fecha de promulgación: 26 de agosto de 1997

Autoridad/es de Aplicación: Municipalidades; Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN); Dirección Nacional de Aeronáutica Civil (DINAC)

Artículo/s Constitucional/es: 4, 6, 7 y 8

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 836/80 “Código Sanitario”
- Ley 1183/85 “Código Civil” (Art. 2000)
- Ley 1294/87 “Orgánica Municipal”
- Ley 73/90 “Que aprueba, con modificaciones, el Decreto-Ley 25/90 Que crea la Dirección Nacional de Aeronáutica Civil (DINAC)”
- Ley 1276/96 “Que establece el Régimen de Faltas Municipales y el Procedimiento en materia de Faltas Municipales”
- Ley 1160/97 “Código Penal” (Art. 198)
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” (Art. 14, inc. “o”) y su Decreto reglamentario 10.579/00
- Ley 2575/05 “De reforma de la Carta Orgánica del Instituto Nacional de Tecnología y Normalización (INTN)”
- Ordenanza de la Municipalidad de Asunción 28/93 “Que establece regulaciones sobre ruidos molestos”
- Ordenanza de la Municipalidad de Asunción 48/94 “Por la cual se reglamenta la prevención y el control de la emisión de ruidos molestos o excesivos”
- Ordenanza de la Municipalidad de Asunción 64/98 “Por la cual se regula la actuación municipal para la protección del medio ambiente y salud pública con relación a las perturbaciones producidas por ruidos molestos o excesivos”

LEY 1334/98

“De Defensa del Consumidor y del Usuario”

Sumario: Defensa del Consumidor y del Usuario

Ámbito: Nacional

Fecha de Sanción: 15 de Septiembre de 1998

Fecha de Promulgación: 27 Octubre de 1998

Autoridad de Aplicación: Ministerio de Industria y Comercio; Municipalidades; SEAM en materias ambientales

Artículos Constitucionales: 4, 6, 7, 16, 28, 34, 38, 68, 72, 73, 109, 110,

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 904/63 “Que establece las Funciones del Ministerio de Industria y Comercio”
- Ley 836/80 “Código Sanitario”
- Ley 1034/83 “Del Comerciante”
- Ley 1183/85 “Código Civil”
- Ley 1294/87 “Orgánica Municipal”
- Ley 1160/97 “Código Penal”
- Ley 1276/98 “Que establece el régimen de Faltas Municipales y el procedimiento en materia de Faltas Municipales”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” (Art. 15 inc. i))
- Ley 2340/03 “Que amplía la Ley 1334/98 De Defensa del Consumidor y Usuario”
- Ley 3026/06 “Que aprueba el Acuerdo sobre el Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR”
- Ley 3109/06 “Que adopta al símbolo Internacional de productos alimenticios “Sin Gluten”, aptos para enfermos Celíacos y se arbitran las medidas de Control y Ejecución de su Uso”

DECRETOS:

- Decreto N° 18567/97 “Por el cual se establece el control de etiquetado y rotulado de la Cerveza a comercializarse en el territorio de la República” (concuerda con los Arts. 31, 32 y 33 de la presente Ley).
- Decreto N° 2.348/99 “Por el cual se reglamenta la Carta Orgánica del Ministerio de Industria y Comercio – Ley 904/63”
- Decreto N° 20.572/03 “Por el cual se crea el Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor”
- Decreto N° 21.004/03 “Por el cual se establece el procedimiento administrativo único para la sustanciación de los Procesos Sumariales en Materia de Defensa del

Consumidor que se tramitan dentro de Sistema Nacional Integrado de Protección al Consumidor”

RESOLUCIONES:

- Resolución MIC 394/97 “Por la cual se crea la Oficina de Defensa del Consumidor, dependiente de la Subsecretaría de Estado de Comercio”
- Resolución MIC 311/03 “Por la cual se crea el Registro de Asociaciones de Consumidores”
- Resolución 519/06 MIC “Por la cual se reglamenta el Decreto 21004 de fecha 2 de mayo de 2003”
- Resolución MIC 520/06 “Por la cual se fija una escala de multas por infracciones a disposiciones contempladas en la normativa vigente sobre defensa del Consumidor y del Usuario y por la cual se reglamenta el cobro vía judicial de las Multas Aplicadas en las Resoluciones emanadas por la Dirección General de Defensa del Consumidor y Usuario”
- Resolución MIC 521/06 “Por la cual se crean los registros de infractores, conciliación y denuncias en materia de defensa del consumidor”

LEY 1561/00

“Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 29 de mayo de 2000

Fecha de Promulgación: 21 de julio de 2000

Autoridad/es de Aplicación: Sistema Nacional del Ambiente (SISNAM), Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) y la Secretaría del Ambiente (SEAM)

Artículo/s Constitucional/es: 6, 7 y 8

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 369/72 “Que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental” y su modificación N° 908/96”
- Ley 422/73 “Forestal”
- Ley 583/76 "Que aprueba y ratifica la convención sobre el Comercio Internacional de las Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres"
- Ley 578/79 “Que Aprueba y Ratifica la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América”
- Ley 836/80 “Código Sanitario”
- Ley 904/81 "Estatuto de las Comunidades Indígenas" y su modificación 919/96
- Ley 1294/87 “Orgánica Municipal” (especialmente, art. 18, inc. ñ)
- Ley 1/89 “Que Aprueba y Ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica”
- Ley 43/89 “Por el cual se modifican disposiciones de la Ley N° 1372/88 Que establece un Régimen para la Regularización de los Asentamientos de las Comunidades Indígenas”
- Ley 42/90 "Que prohíbe la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes a su incumplimiento" y su decreto reglamentario 18969/97
- Ley 60/90 y Ley 117/91 “De inversión de capitales” y su decreto reglamentario
- Ley 112/91 "Que aprueba y ratifica el convenio para establecer y conservar la reserva natural del bosque Mbaracayú y la cuenca que lo rodea del río Jejuí, suscrito entre el Gobierno de la República del Paraguay, el sistema de las Naciones Unidas, The Nature Conservancy y la Fundación Moisés Bertoni para la Conservación de la Naturaleza"
- Ley 61/92 “Que Aprueba y Ratifica el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, adoptado en Viena el 22 de marzo de 1985; el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la Capa de Ozono”, concluido en

Montreal el 16 de septiembre de 1987; y la Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la Capa de Ozono, adoptada en Londres el 29 de junio de 1990, durante la Segunda Reunión de los Estados Partes del Protocolo de Montreal”

- Ley 96/92 "De la Vida Silvestre"
- Ley 123/92 "Que adopta nuevas formas de protección fitosanitarias"
- Ley 198/93 "Que aprueba el Convenio en materia de salud fronteriza suscrito entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República Argentina"
- Ley 232/93 "Que aprueba el ajuste complementario al acuerdo de cooperación técnica en materia de mediciones de la calidad del agua, suscrito entre Paraguay y Brasil"
- Ley 234/93 "Que aprueba y ratifica el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, adoptado durante la 76 Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra, el 7 de junio de 1989"
- Ley 251/93 "Que aprueba el convenio sobre cambio climático, adoptado durante la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y desarrollo - la Cumbre para la Tierra - celebrado en la Ciudad de Río de Janeiro, Brasil"
- Ley 253/93 "Que aprueba el convenio sobre diversidad biológica, adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo - la Cumbre para la Tierra - celebrado en la Ciudad de Río de Janeiro, Brasil"
- Ley 294/93 "De Evaluación de Impacto Ambiental", su modificación la N° 345/94 y su decreto reglamentario 14.281/1996
- Ley 350/94 "Que aprueba la convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas"
- Ley 352/94 "De áreas silvestres protegidas"
- Ley 426794 "Orgánica Departamental"
- Ley 536/95 "De Fomento de la Forestación y Reforestación", Decreto 9425/95 (modificado a su vez por decreto 20299/03), Ley 1639/00 que la amplía y modifica (modificada a su vez por la Ley 1968/02), y Ley modificatoria 2421/04
- Ley 567/95 "Que Aprueba el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su eliminación"
- Ley 751/95 "Que aprueba el acuerdo sobre cooperación para el combate al tráfico ilícito de maderas"
- Ley 779/95 "Que modifica la Ley N° 675/60 de Hidrocarburos de la República del Paraguay, por la cual se establece el Régimen Legal para la prospección, exploración y explotación de petróleo y otros hidrocarburos" (específicamente, art. 76)
- Ley 825/95 "De protección de no fumadores"
- Ley 716/96 "Que sanciona delitos contra el medio ambiente" y su modificatoria Ley 2717/05
- Ley 799/96 "De pesca" y su decreto reglamentario 15.487/96

- Ley 816/96 “Que adopta medidas de defensa de los recursos naturales”
- Ley 970/96 “Que aprueba la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación, en los países afectados por la sequía grave o desertificación, en particular en África”
- Ley 988/96 “Que Aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales”
- Ley 1.231/96 “Que Aprueba y Ratifica la Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural”
- Ley 1100/97 “De prevención de la Polución Sonora”
- Ley 1262/98 “Que Aprueba la Enmienda al Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos tóxicos peligrosos y su eliminación”
- Ley 1.314/98 “Que aprueba la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres”
- Ley 1.334/98 “De defensa del consumidor y del usuario”, su ampliatoria Ley 2340/03 y, su decreto reglamentario
- Ley 1341/98 “Que Aprueba la Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales Silvestres”
- Ley 1447/99 “Que Aprueba el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”
- Ley 1507/99 “Que Aprueba las Enmiendas del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono”
- Ley 1614/00 “General del marco regulatorio y tarifario del servicio público de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario para la República del Paraguay”
- Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario” y Ley 2531/04 “Que modifica el artículo 16 de la ley 2002/02, que modifica varios artículos de la Ley 1863/02 y los artículos 17, 58, 90 y 93 de la Ley 1863/02 que establece el Estatuto Agrario”
- Ley 1909/02 “De Loteamientos” (art. 2, inc. f)
- Ley 1.948/02 “De transporte de gas por ductos”
- Ley 1572/00 “Que Aprueba el Protocolo Adicional al Acuerdo para la Conservación de la Fauna Acuática en los Cursos de los Ríos Limítrofes, entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República Federativa del Brasil
- Ley 2068/03 “Que aprueba el Acuerdo Marco del Medio Ambiente del MERCOSUR”
- Ley 2135/03 “Que Aprueba el Convenio de Róterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional”
- Ley 2333/03 “Que Aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”

- Ley 2419/04 “Que crea el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra” (principalmente, art. 3)
- Ley 2426/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Salud Animal (SENACSA)” (sobre todo art. 8, inc. m)
- Ley 2459/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal (SENAVE)”
- Ley 2524/04 “De Prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques” y Ley 3139/06 “Que prorroga la vigencia de los artículos 2º y 3º y amplía la ley 2524/04 de prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques”
- Ley 2615/05 “Que crea la Secretaría de Emergencia Nacional (S.E.N.)”
- Ley 2721/05 “Que aprueba la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”
- Ley 2748/05 “De fomento de los biocombustibles”, su decreto reglamentario 7412/06 y Ley 3163/07 “Que modifica el artículo 7 de la Ley Nº 2748/05 de fomento de los biocombustibles”
- Ley 2760/05 “Que aprueba el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur en Materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales”
- Ley 2884/06 “Que Aprueba la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial”
- Ley 2885/06 “Que Aprueba la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador)”
- Ley 2886/06 “Que Aprueba la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático y Anexo”
- Ley 2889/06 “Que Aprueba la Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono”
- Ley 3001/06 “De valoración y retribución de los servicios ambientales” y sus reglamentaciones Decreto 10247/07 y Resolución MAG 84/07
- Ley 3003/06 “Que aprueba los Acuerdos entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República del Paraguay, en el marco del Programa Tropical Forest Conservation Act (TFCA), para el establecimiento de un Fondo de Conservación de Bosques Tropicales y de un Consejo de Conservación de Bosques Tropicales; y la reducción de ciertas deudas mantenidas con el Gobierno de los Estados Unidos de América y sus Agencias, del 7 de junio de 2006; y que amplía el Presupuesto General de la Nación para el ejercicio fiscal 2006”
- Ley 3034/06 “Que Aprueba el Protocolo de Asunción sobre compromiso con la protección y promoción de los Derechos Humanos del MERCOSUR”
- Ley 3051/06 “Nacional de Cultura”

- Ley 3107/06 “Que reglamenta la importación, fabricación, ensamblado, tránsito, transporte, depósito y comercialización de pilas y baterías primarias, comunes de carbón-zinc y alcalinas de manganeso, nocivas para la salud humana y el ambiente”
- Ley 3239 “De los recursos hídricos del Paraguay”

DECRETOS:

- Decreto reglamentario 10.579/00 y su Decreto modificatorio 10.961/00 “Por el cual se modifican los artículos 14 y 39 al 49 del decreto 10.579/00 de fecha 20 de septiembre por el cual se reglamenta la ley 1561/00 que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaria del Ambiente”
- Decreto reglamentario 17.201/02 “Por el cual se reglamentan los artículos 12, inciso “n” y 15, inciso “b” de la ley 1561/00 que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaria del Ambiente” y Decreto 18.214/02 “Por el cual se suspende los efectos del decreto 17.201/02 de fecha 7 de mayo de 2002”
- Decreto 18831/86 “Por el cual se establecen normas de protección del medio ambiente”
- Decreto 15000/96 “Por el cual se dispone en la vigencia en la República del Paraguay y de las resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR, referentes a normas sanitarias, fitosanitarias, de semillas y agroquímicos”
- Decreto 645/03 “Por el cual se designa a la Dirección de Defensa Vegetal, dependencia del Gabinete del Vice Ministro de Agricultura y Ganadería, como Autoridad de Aplicación de la ley 123/91”
- Decreto 1825/04 “Por el cual se designa a la Dirección de Defensa Vegetal (DDV) dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, como autoridad nacional en materia de plaguicidas a los fines del Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto del comercio internacional”
- Decreto 4.893/05 “Por el cual se crea la Comisión de Canje de Deuda por Naturaleza”
- Decreto 10.071/07 “Por la cual se aprueba la norma que fija los límites máximos permisibles (LMP) para la exposición de las personas a las radiaciones no ionizantes (RNI)” (art. 9)

RESOLUCIONES:

- Resolución 363/04 “Por la cual se establecen multas a ser aplicadas por la Secretaría del Ambiente”
- Resolución SEAM 1881/05 “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los Sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las Leyes de las cuales la Secretaria del Ambiente es Autoridad de Aplicación, así como la imposición de las eventuales sanciones”.

- Puede consultarse un listado actualizado en <http://www.seam.gov.py>

LEY 1863/01

“Que establece el Estatuto Agrario”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 20 de diciembre de 2001

Fecha de promulgación: 30 de enero de 2002

Autoridad/es de Aplicación: Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra

Normas que deroga: Ley N° 854/63 “Que Establece el Estatuto Agrario”

Artículo/s Constitucional/es: 6, 7, 8, 62, 63, 64, 109, 114, 115 y 116

Normas modificatorias:

- Ley N° 2002/02 “Que modifica varios artículos de la Ley N° 1863 del 30 de enero de 2002, que establece el Estatuto Agrario”
- Ley 2531/04 “Que modifica el artículo 16 de la Ley N° 2002/02, que modifica varios artículos de la Ley N° 1863/02, y los artículos 17, 58, 90 y 93 de la Ley 1863/02 que establece el Estatuto Agrario”

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley N° 622/60, “De Colonizaciones y Urbanizaciones de Hecho”
- Ley N° 662/60, “De Parcelación Proporcional de Propiedades Mayores”
- Ley 422/73 “Forestal” y su Decreto Reglamentario 11.681/75
- Ley 431/73 “Que instituye honores y establece privilegios y pensiones a favor, de los veteranos de la Guerra del Chaco”, Ley 217/93 que declara su vigencia y Leyes modificatorias 878/81, 1350/88, 1654/00, 2091/03 y 2345/03
- Ley 583/73 “Que aprueba y ratifica la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres –CITES”
- Ley 758/79 “Que aprueba y ratifica la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América”
- Ley 904/81 “Estatuto de la Comunidades Indígenas” y sus Leyes modificatorias 919/96, 2199/03
- Ley 1183/58 “Código Civil”, Capítulos I, II, III y IV del Título II “De las personas jurídicas”, del Libro Primero; Sección IV, del Capítulo II, del Título III, del Libro Cuarto
- Ley 21/90 “Que aprueba y ratifica el Convenio sobre la Constitución del Comité Regional de Sanidad Vegetal (CASAVE)”
- Ley 36/91 “Que aprueba y ratifica el Convenio de Cooperación relativo al Campo Agropecuario entre el Gobierno de la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, suscripto en Asunción el 14 de mayo de 1991”
- Ley 91/91 “Que obliga a denunciar la detención de tierras de dominio fiscal”
- Ley 123/91 “Que adoptan nuevas formas de protección fitosanitarias” y Decreto 2048/04 “Por el cual se deroga el Decreto 13861/96 y se reglamenta el uso y manejo de plaguicidas de uso agrícola establecidos en la Ley 123/91”

- Ley 128/91 “Que crea el Fondo de Desarrollo Campesino” y su Ley modificatoria 206/93
- Ley 48/92 “Que aprueba las enmiendas introducidas a la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”
- Ley 81/92 “Orgánica del Ministerio de Agricultura y Ganadería”
- Ley 234/93 “Que aprueba el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado durante la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra el 7 de junio de 1989”
- Ley 253/93 “Que aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica, adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo –La Cumbre para la Tierra–, celebrado en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”, Ley modificatoria 345/94 y su Decreto reglamentario 14.281/96
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”
- Ley 385/94 “De semillas y protección de cultivares” y su Decreto reglamentario 7.797/00
- Ley 438/94 “De Cooperativas” y su Decreto reglamentario 14.052/96
- Ley 536/95 “De Fomento a la Forestación y Reforestación” y su Decreto reglamentario 9425/95 y sus Leyes modificatorias 1639/00, 1968/02 y 2421/04
- Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente” y su Ley modificatoria 2.717/05 “Que modifica el artículo 6 de la ley n° 716/96 □Que sanciona delitos contra el medio ambiente□”
- Ley 988/96 “Que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones de Vegetales”
- Ley 1160/96 “Código Penal”, Capítulo I “Hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana”, del Título III “Hechos punibles contra la seguridad de la vida y de la integridad física de las personas”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente” (arts. 14, inc. o)
- Ley 2135/03 “Que aprueba el Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto del comercio internacional” y Decreto 1825/2004 “Por el cual se designa a la Dirección de Defensa Vegetal (DDV) dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, como Autoridad Nacional en materia de plaguicidas a los fines del Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundamentado Previo Aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto del comercio internacional”
- Ley 2309/03 “Que aprueba el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica”
- Ley 2419/04 “Que crea el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra” (especialmente, art. 8 donde establece que este Instituto es la Autoridad de

Aplicación del Estatuto Agrario. Asimismo deroga la Ley 852/63 “Que crea el Instituto de Bienestar Rural”)

- Ley 2524/04 “De prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques” y Ley 3139/06 “Que proroga la vigencia de los artículos 2º y 3º y amplía la ley 2524/04”
- Ley 2459/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas -SENAVE”
- Ley 2721/05 “Que aprueba la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”
- Ley 3001/06 “De Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales” y su Decreto reglamentario 10.247/07 “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13 la ley 3001/06 de Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales a los efectos previstos en el artículo 2º de la ley 3139/06 Que proroga la vigencia de los artículos 2º y 3º y amplía la ley 2524/04 De prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques” y Resolución 84/07 MAG “Por la cual se crea el Registro Especial de Propiedades con Bosques Naturales de la Región Oriental en el ámbito de Servicio Forestal Nacional (SFN) y se llama a inscripción”
- Ley 3239/07 “De los recursos hídricos del Paraguay”

DECRETOS:

- Decreto 18.831/86 “Por el cual se establecen normas de protección del medio ambiente”
- 14.281/96 ““Por el cual se reglamenta la Ley N° 294/93 “de Evaluación de Impacto Ambiental”

RESOLUCIONES:

- Resolución SEAM 247/04 “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia para la presentación de Estudios Ambientales para proyectos agropecuarios y forestales anexos correspondientes”
- Resolución SEAM 303/04 “Por la cual se amplía la Resolución N° 247/04 por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia para la presentación de Estudios Ambientales para proyectos agropecuarios y forestales anexos correspondientes”
- Resolución 404/04 SEAM “Por la cual se establece la obligatoriedad de presentar estudios ambientales por cuencas y microcuencas y se establecen los términos oficiales de referencia para su presentación”
- Resolución 1133/04 SEAM “Por la cual se reglamenta la emisión de licencia ambiental en el marco de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental”

- Resolución SEAM 2068/05 “Por la cual se establecen las especificaciones técnicas aplicables al manejo de los recursos naturales en las unidades productivas”

LEY 1948/02

“Transporte de Gas por Ductos”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 4 de julio de 2002

Fecha de promulgación: 22 de julio de 2002

Autoridad/es de Aplicación: Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones –Gabinete del Viceministro de Minas y Energía

Artículo/s Constitucional/es: 7, 8 y 112

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 1183/85 “Código Civil”
- Ley 1337/88 “Código Procesal Civil”
- Ley 167/93 “Que aprueba con modificaciones el Decreto-Ley N° 5 de fecha 27 de marzo de 1991 Que establece la Estructura Orgánica y Funciones del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental” y su Decreto reglamentario 14.281/96
- Ley 779/95 “Que modifica la Ley N° 675/60 de Hidrocarburos de la República del Paraguay, por la cual se establece el Régimen Legal para la prospección, exploración y explotación de petróleo y otros hidrocarburos”
- Ley 1160/96 “Código Penal”
- Ley 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”

DECRETOS:

- Decreto 20.753/98 “Por el cual se reglamenta la prestación de servicios especializados en el territorio de la República”
- Decreto N° 12.108/01 “Por el cual se crea la Comisión Coordinadora y Promotora del Gas Natural e Inversiones Ligadas al Programa en la República del Paraguay”

LEY 2419/04

“Que crea el Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 24 de junio de 2004

Fecha de promulgación: 15 de julio de 2004

Autoridad/es de Aplicación: Instituto Nacional de Desarrollo Rural y de la Tierra (INDERT)

Artículo/s Constitucional/es: 6, 7, 8, 62, 63, 64, 109, 114, 115 y 116

Normas que deroga: Ley N° 852/63 “Que crea el Instituto de Bienestar Rural”

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 879/81 “Código de Organización Judicial”
- Ley 128/91 “Que crea el Fondo de Desarrollo Campesino” y su Ley modificatoria 206/93
- Ley 81/92 “Que establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería”
- Ley 109/92 “Que aprueba con modificaciones el Decreto-Ley N° 15 de fecha 8 de marzo de 1990, Que establece las Funciones y Estructura Orgánica del Ministerio de Hacienda” (art. 3, inc. g, Servicio Nacional de Catastro)
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”, Ley modificatoria 345/94 y su Decreto reglamentario 14281/96
- Ley 438/94 “De Cooperativas” y su Decreto reglamentario 14.052/94
- Ley 1418/99 “Que condona las deudas vencidas de los pequeños productores agropecuarios con el Banco Nacional de Fomento, el Crédito Agrícola de Habilitación y el Fondo de Desarrollo Campesino y autoriza a las instituciones a renegociar los créditos productivos”
- Ley N° 1.309/98 “Que establece la distribución y depósito de parte de los denominados Royalties y Compensaciones en razón del Territorio Inundado” a los gobiernos departamentales y municipales”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” (art. 14, inc. “o”) y su Decreto reglamentario 10.579/00
- Ley 1626/00 “De la Función Pública”
- Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario” y sus modificatorias Leyes 2002/02 y 2531/04

DECRETOS:

- Decreto 10.800/95 “Por el cual se reglamenta el impuesto a la renta de las actividades agropecuarias”

- Decreto 14.761/96 “Comisión Interinstitucional de Colonización y Desarrollo de la Región Nor-Oriental – Creación”
- Decreto 4639/99 “Por el cual se conforma la Comisión de evaluación, licitación, y seguimiento del proyecto de abastecimiento de agua potable para asentamientos poblacionales del Chaco Central”

RESOLUCIONES:

- Resolución SEAM 247/04 “Por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia para la presentación de Estudios Ambientales para proyectos agropecuarios y forestales anexos correspondientes”
- Resolución SEAM 303/04 “Por la cual se amplía la Resolución N° 247/04 por la cual se establecen los Términos Oficiales de Referencia para la presentación de Estudios Ambientales para proyectos agropecuarios y forestales anexos correspondientes”
- Resolución 404/04 SEAM “Por la cual se establece la obligatoriedad de presentar estudios ambientales por cuencas y microcuencas y se establecen los términos oficiales de referencia para su presentación”
- Resolución 1133/04 SEAM “Por la cual se reglamenta la emisión de licencia ambiental en el marco de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental”
- Resolución SEAM 2068/05 “Por la cual se establecen las especificaciones técnicas aplicables al manejo de los recursos naturales en las unidades productivas”

LEY 2459/04

“Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 2 de Septiembre de 2004

Fecha de promulgación: 4 de Octubre de 2004

Autoridad/es de Aplicación: Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)

Artículo/s Constitucionales: 4, 6, 7, 8, 110 y 114

Normas modificatorias: Artículo 40 de la Ley N° 385/94 "Ley de Semillas y Protección de Cultivares"

Normas que deroga: Ley 1227/67 "Que aprueba el Decreto Ley N° 460 del 31 de marzo de 1967, por el cual sustituyen los Artículos 10 y 22 de la Ley N° 494 del 13 de mayo de 1921, por un arancel conforme al cual se percibirán las diversas tasas por servicios prestados por el Ministerio de Agricultura y Ganadería"; los Artículos 7°, 8°, 9°, 10, 38 Inciso f, 81, 82, 83, 84, 85, 86 y 87 de la Ley N° 385/94 "Ley de Semillas y Protección de Cultivares"; los Artículos 2°, 5°, 37, 38, 39, 40 y 41 de la Ley N° 123/91 "Que Adopta Nuevas Normas de Protección Fitosanitaria"; los Artículos 6° Inciso g, 14 Inciso b, 14 Inciso e, 16 y 19 de la Ley N° 81/92 "Que establece la estructura orgánica y funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería"; la Ley N° 1356/88 "Que actualiza los aranceles por prestación de servicios a cargo del Ministerio de Agricultura y Ganadería", como sus actualizaciones, en todo cuanto se refiera, corresponda o afecte a las instituciones fusionadas en el SENAVE.

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Decreto-Ley 2001/36 “Ley Orgánica de Salud Pública para el funcionamiento del Ministerio”
- Ley 166/69 “Que establece el Régimen Fiscal para la importación de insecticidas, fungicidas, herbicidas, fertilizantes, bulbos y semillas para siembra y materias primas utilizables para la industrialización de fertilizantes de todo tipo y abono en general”
- Ley 583/76 “Que aprueba y ratifica la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres” (Art. I)
- Ley 758/79 “Que aprueba y ratifica la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América”
- Ley 836/80 “De Código Sanitario”
- Ley 21/90 “Que aprueba y ratifica el Convenio sobre la Constitución del Comité Regional de Sanidad Vegetal (CASAVE)”
- Ley 40/90 “Que crea la Comisión Nacional de Defensa de los Recursos Naturales”

- Ley 42/90 “Que prohíbe la importación, depósito, utilización de productos calificados como residuos industriales peligrosos o basuras tóxicas y establece las penas correspondientes por su incumplimiento” y su Decreto reglamentario 18.969/97
- Ley 123/91 "Que Adopta Nuevas Normas de Protección Fitosanitaria" y Decreto 2048/04 “Por el cual se deroga el Decreto 13.861/96 y se reglamenta el uso y manejo de plaguicidas de uso agrícola establecidos en la Ley 123/91”
- Ley 48/92 “Que aprueba las Enmiendas introducidas a la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”
- Ley 81/92 “Que establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería” y sus leyes modificatorias 2459/04 y 2426/04
- Ley 96/92 “De Vida Silvestre” (Art. 6)
- Ley 253/93 “Que aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica, adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo –La Cumbre para la Tierra-, celebrado en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental”
- Ley 385/94 "Ley de Semillas y Protección de Cultivares" y Decreto 7797/00 “Por el cual se reglamenta la ley 385/94 de semillas y protección de cultivares”. Este decreto a su vez, modifica al Decreto 19975/98 “Por el cual se fija el monto de las tasas previstas en la ley 385/94 de semillas y protección de cultivares, que serán percibidas por la Dirección de Semillas, dependiente del Ministerio de Agricultura y Ganadería”⁹⁵⁸
- Ley 444/94 “Que ratifica el Acta Final de la Ronda del Uruguay del GATT” (en la que se halla incorporados los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio sobre Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias –AMSF- y sobre Obstáculos Técnicos al Comercio -OTC-)
- Ley 567/95 “Que aprueba el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación”
- Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente”
- Ley 988/96 “Que aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales” (especialmente, su art. 14, incs. 1 y 2)
- Ley 1160/97 “Código Penal”
- Ley 1334/98 “De Defensa del Consumidor y del Usuario”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 1626/00 "De la Función Pública"

⁹⁵⁸ Este decreto se dictó para reglamentar el art. 82 de la ley de semillas y protección de cultivares, en base a una presentación realizada por la entonces Dirección de Semillas –hoy absorbida por la SENAVE-, solicitando el establecimiento de las tasas a ser percibidas por la misma, conforme lo estipulado por el mencionado artículo. Pero, con el dictado de la Ley 2459/04 de creación del SENAVE, el art. 82 de la ley de semillas, es derogado por el art. 45 de aquélla. Por ello, consideramos que el Decreto 19975/98 ha quedado derogado tácitamente.

- Ley 1863/01 “Que establece el Estatuto Agrario” (art. 25, incs. c, d, e)
- Ley 2068/01 “Que aprueba el Acuerdo Marco de Medio Ambiente del MERCOSUR”
- Ley 2135/03 “Que aprueba el Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundado Previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional”
- Ley 2333/03 “Que aprueba el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”
- Ley 2426/04 “Que crea el Servicio Nacional de Calidad y Salud Animal (SENACSA)”
- Ley 2721/05 “Que aprueba la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria”

DECRETOS:

- Decreto-Ley 8051/41 “Por el cual se dicta una Nueva Ley Orgánica de Defensa Agrícola⁹⁵⁹”
- Decreto 10746/42 “Por el cual se prohíbe la importación de ciertas plantas y semillas”
- Decreto 2391/59 “Por el cual se establece normas sanitarias para el tránsito y la comercialización del café en grano”
- Decreto 28.567/72 “Por el cual se prohíbe la aplicación de insecticidas a base de compuesto órgano-clorados sobre el tabaco durante su desarrollo vegetativo, como asimismo en cualquier fase de la elaboración y conservación del producto cosechado”
- Decreto 37319/83 “Que reorganiza las dependencias de la Dirección de Defensa Vegetal creadas por el Decreto 8051/41 del 31 de julio de 1941”
- Decreto 18.831/86 “Por el cual se establecen normas de protección del medio ambiente”
- Decreto 10655/91 “Por el cual se crean organismos, se le asignan funciones, se dictan medidas de conservación, se regula la caza o recolección, exportación, importación y reexportación de las especies incluidas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de la Fauna y Flora Silvestres (CITES)”
- Decreto 11.502/91 “Por el cual se adoptan requisitos concernientes a los plaguicidas destinados al tratamiento de semillas de algodón”
- Decreto 13.500/92 “Por el cual se declara período de lucha activa para el arranque y quema de rastrojos del algodonero entre el final de la cosecha y el 30 de junio de cada año”

⁹⁵⁹ Hoy, conforme la ley 81/92 “Que establece la Estructura Orgánica y Funcional del Ministerio de Agricultura y Ganadería”, en el Gabinete del Vice-Ministro de Agricultura, encontramos ubicada esta Dirección de Defensa Vegetal

- Decreto 15.290/92 “Por el cual se reglamenta el ingreso y la circulación de origen vegetal en el régimen de tránsito internacional por el territorio nacional”
- Decreto 139/93 “Por el cual se adopta un Sistema Acreditación Fitosanitaria para Productos Vegetales de Importación (AFIDI)”
- Decreto 7143/94 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay Decisiones y Resoluciones adoptadas por el Consejo del Mercado Común y por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR respectivamente”
- Decreto 15.000/96 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las Resoluciones adoptadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR, referentes a normas sanitarias, fitosanitarias, de semillas y agroquímicos”
- Decreto 17.487/97 Comité de Codex Alimentarius
- Decreto 18.480/97 “Por el cual se reglamentan las pautas a seguir para la explotación de los viveros y afines”
- Decreto 18.481/97 “Por el cual se crea la Comisión de Bioseguridad”
- Decreto 892/98 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las Resoluciones aprobadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR referentes a semillas”
- Decreto 20.261/98 “Residuos Peligros-Constitución del Comité Nacional Ejecutivo para la implementación del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, adoptado en Basilea el 22/03/89”
- Decreto 2533/99 “Por el cual se establece el procedimiento administrativo para la sustanciación de los procesos sumariales en materia de defensa del consumidor”
- Decreto 5090/99 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de las Resoluciones aprobadas por el Grupo Mercado Común del MERCOSUR, referentes a armonizaciones sobre semillas”
- Decreto 10.846/00 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de normativa MERCOSUR, referentes a armonizaciones de medidas y requisitos fitosanitarios”
- Decreto 13.471/01 “Por el cual se dispone la vigencia en la República del Paraguay de normativas del MERCOSUR referentes a armonizaciones de semillas”
- Decreto 17.726/02 “Por el cual se establece y reglamenta el Programa de Implementación de Medidas Ambientales (PIMA) para actividades diversas dentro del territorio nacional”
- Decreto 20.309/03 “Por el cual se designa a la Secretaría del Ambiente, como Punto Focal Nacional de los Convenios: Basilea-Gestión transfronteriza de residuos tóxicos y peligrosos y su disposición final y de Róterdam PIC”
- Decreto 1825/04 “Por el cual se designa a la Dirección de Defensa Vegetal (DDV) dependencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería, como Autoridad Nacional en materia de plaguicidas a los fines del Convenio de Róterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundado Previo aplicable a ciertos

plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto de comercio internacional” (Actualmente, es competencia del SENAVE en coordinación con la SEAM)

- Decreto 4006/04 “Por el cual a la Dirección de Planificación Estratégica, de la Secretaría del Ambiente, como Centro Nacional de Coordinación, referente a la aplicación del Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”
- Decreto 5041/05 “Por el cual se reglamenta el Capítulo IV Del Fondo Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas referentes a los artículos 18, 19 y 20 y el Capítulo VIII Disposiciones Generales y Especiales de la Ley 2459/04 que crea el Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)”
- Decreto 5042/05 “Por el cual se aprueban la Estructura Orgánica Básica (Organigrama) y el Manual de Funciones del Servicio Nacional de Calidad y Sanidad Vegetal y de Semillas (SENAVE)”

RESOLUCIONES:

- Resolución 19/93 MAG “Por la cual se transfiere el Registro de los Productos Agrícolas a la Subsecretaría de Estado de Agricultura”
- Resolución 49/01 MAG “Por la cual se implementa un sistema de autorización previa de importación para plaguicidas, fertilizantes, enmiendas o afines (APIM)”
- Resolución MAG 295/03 “Por la cual se establecen nuevas normas para el etiquetado de plaguicidas de uso agrícola”
- Resolución MAG 296/03 “Por la cual se establece el Protocolo Patrón para ensayos de eficacia agronómica de plaguicidas agrícolas”
- Resolución 69/06 SENAVE “Por la cual se prohíbe el registro, la importación, comercialización y uso en el país de los productos formulados a base de Monocrotofos y Fosfamidon en todas sus concentraciones”
- Resolución SEAM 1881/05 “Por la cual se reglamenta el procedimiento para los sumarios en donde se investiga la presunta comisión de infracciones a las leyes de las cuales la Secretaría del Ambiente es autoridad de aplicación, así como la imposición de las eventuales multas”
- Resolución SEAM 2068/05 “Por la cual se establecen las especificaciones técnicas aplicables al manejo de los recursos naturales en las unidades productivas”
- Resolución SEAM 51/06 “Por la cual se establece las Especificaciones Técnicas Ambientales Generales (ETAGs) para la gestión segura de los plaguicidas en la producción agrícola”
- Resolución SENAVE 69/06 “Por la cual se prohíbe el registro, la importación, la comercialización y uso en el país, de los productos formulados a base de Monocrotofos y Fosfamidon en todas sus concentraciones”
- Resolución SEAM 374/07 “Por la cual, se crea el certificado de no peligrosidad para el ambiente, el registro para exportadores e importadores, el registro de

empresas certificadoras, recicladoras y consultoras de material reciclable no peligroso, se establecen tasas y se reglamentan los procedimientos”

LEY 3001/06

“De Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 30 de agosto de 2006

Fecha de promulgación: 12 de septiembre de 2006

Autoridad/es de Aplicación: Secretaría del Ambiente (SEAM)

Artículo/s Constitucional/es: 4, 6, 7, 8, 68, 109 y 115

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 1183/85 “Código Civil” (Art. 12, 1º párr., Ley 3001/06)
- Ley 422/73 “Forestal” (Art. 42)
- Ley 758/79 “Que aprueba y ratifica la Convención para la protección de la flora, de la fauna, y de las bellezas escénicas naturales de los países de América”
- Ley 1231/86 “Que aprueba y ratifica la Convención sobre la Protección del Patrimonio mundial, cultural y natural”
- Ley 109/91 “Que aprueba con modificaciones el Decreto-Ley N° 15 de fecha 8 de marzo de 1990, que establece las funciones y estructura orgánica del Ministerio de Hacienda” (Art. 8, in fine, ley 3001/06)
- Ley 81/92 “Orgánica del Ministerio de Agricultura y Ganadería”
- Ley 96/92 “De Vida Silvestre”
- Ley 61/92 “Que aprueba y ratifica el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, adoptado en Viena el 22 de marzo de 1985; el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono, concluido en Montreal el 16 de septiembre de 1987; y la Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, adoptada en Londres el 29 de junio de 1990, durante la Segunda Reunión de los Estados Partes del Protocolo de Montreal”
- Ley 2889/06 “Que aprueba la Enmienda del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono”
- Ley 251/93 “Que aprueba el Convenio sobre Cambio Climático adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo - la Cumbre para la Tierra -, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil”
- Ley 253/93 “Que aprueba el Convenio sobre Diversidad Biológica, adoptado durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo - la Cumbre para la Tierra -, celebrado en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil”
- Ley 294/93 “Evaluación de Impacto Ambiental”(Arts. 5º y 6º); Ley 345/94 “Que modifica el Art. 5 de la Ley 294/93 de Impacto Ambiental” y Decreto 14.281/1996 “Por el cual se reglamenta la Ley N° 294/93 de Evaluación de Impacto Ambiental”

- Ley 350/94 “Que aprueba la Convención relativa a los Humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas”
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”
- Ley 716/96 “Que sanciona delitos contra el medio ambiente” y su ley modificatoria 2717/05 (Art. 12, 1º párr., ley 3001/06)
- Ley 1160/97 “Código Penal”, Tít. III “Hechos punibles contra la seguridad de la vida y de la integridad física de las personas, Cap. I “Hechos punibles contra las bases naturales de la vida humana”
- Ley 1.447/99 “Que aprueba el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional de Ambiente, el Consejo Nacional de Ambiente y la Secretaría Nacional de Ambiente” y su Decreto reglamentario 10.579/00
- Ley 2524/04 “De Prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques” y Ley 3139/06 “Que proroga la vigencia de los artículos 2º y 3º y amplía la ley 2524/04 de prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques”
- Ley 3239/07 “De los recursos hídricos del Paraguay”

DECRETOS:

- Decreto 18831/86 “Por el cual se establecen normas de protección del medio ambiente”
- Decreto 10.247/07 “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 12 y 13 de la ley 3001/06 de Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales a los efectos previstos en el artículo 2º de la ley 3139/07 que proroga la vigencia de los artículos 2º y 3º y amplía la ley 2524/04 de prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques”

RESOLUCIONES:

- Resolución MAG 84/07 “Por la cual se crea el Registro Especial de Propiedades con Bosques Naturales de la Región Oriental en el ámbito del Servicio Forestal Nacional (SFN) y se llama a inscripción”

LEY 3180/07
“De Minería”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 22 de marzo de 2007

Fecha de promulgación: 30 de abril de 2007

Autoridad/es de Aplicación: Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones –Gabinete del Viceministro de Minas y Energía - Servicio Geológico y Minero del Paraguay (SEGEMIP)

Artículo/s Constitucional/es: 7, 109, 112

Normas modificatorias:

- Modifica el inciso a) del Artículo 26 del Decreto-Ley N° 5, de fecha 27 de marzo de 1991 “QUE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y COMUNICACIONES”, aprobado por Ley N° 167 del 25 de mayo de 1993, y crea con la nueva denominación de Servicio Geológico y Minero del Paraguay (SEGEMIP).

Normas que deroga: Leyes N° 93/14 “De Minas”, N° 698/24 y los Decretos N° 5.085/44 “Por el cual se reglamenta el funcionamiento del Registro de Minas creado por la Ley N° 93/14”, 10.123/55 y 28.138/63

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 1183/85 “Código Civil”
- Ley 167/93 “Que aprueba con modificaciones el Decreto-Ley N° 5 de fecha 27 de marzo de 1991 Que establece la Estructura Orgánica y Funciones del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental” y su Decreto reglamentario 14.281/96
- Ley 1160/96 “Código Penal”
- Ley 1561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 2421/04 “De Reordenamiento Administrativo y de Adecuación Fiscal”

LEY 3239/07

“De los recursos hídricos del Paraguay”

Ámbito: Nacional

Fecha de sanción: 14 de junio de 2007

Fecha de Promulgación: 10 de julio de 2007

Autoridad/es de Aplicación: Secretaría del Ambiente (SEAM), Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, Gobiernos Municipales.

Artículo/s Constitucional/es: 4, 6, 7, 8, 68 y 112.

Normas con las que concuerda:

LEYES:

- Ley 1.248/31 “Código Rural”
- Ley 177/69 “Que ratifica el Tratado de la Cuenca del Plata”
- Ley 270/71 “Que ratifica el Convenio para el Estudio del Aprovechamiento de los Recursos del Río Paraná”
- Ley 369/72 “Que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental, SENASA” y Ley 908/96 “Que modifica y amplía la Ley 369/72 que crea el Servicio Nacional de Saneamiento Ambiental (SENASA)”
- Ley 89/73 “Que aprueba el Tratado de Itaipú”
- Ley 433/73 “Que aprueba el Tratado de Yacyretá”
- Ley 422/73 “Forestal” y su Decreto reglamentario 18.831 del 16 de diciembre de 1986
- Ley 836/80 “Código Sanitario”
- Ley 1.183/85 “Código Civil”, texto según Ley 2.559/05
- Ley 1.294/87 “Orgánica Municipal”
- Ley 269/93 “Que ratifica el Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto Cáceres-Puerto de Nueva Palmira)” ampliado por la Ley 2.881/06 “Que ratifica el Séptimo Protocolo Adicional al Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto Cáceres-Puerto de Nueva Palmira)”
- Ley 294/93 “De Evaluación de Impacto Ambiental” y su Decreto reglamentario 14.281/96
- Ley 350/94 “Que aprueba la convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas”
- Ley 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas”
- Ley 555/95 “Que ratifica el Acuerdo para la Conservación de la Fauna Acuática en los Cursos de los Ríos Limítrofes” ampliado por la Ley 1572/00 “Que ratifica el Protocolo Adicional al Acuerdo para la Conservación de la Fauna Acuática en los Cursos de los Ríos Limítrofes, entre el Gobierno de la República del Paraguay y el Gobierno de la República Federativa del Brasil”

- Ley 580/95 “Que ratifica el Acuerdo Constitutivo de la Comisión Trinacional para el Desarrollo de la Cuenca del Pilcomayo”
- Ley 1074/96 “Que ratifica el Convenio sobre Conservación y Desarrollo de los Recursos Ícticos en los tramos limítrofes de los Ríos Paraná y Paraguay”
- Ley 1.160/97 “Código Penal”
- Ley 1.561/00 “Que crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría del Ambiente”
- Ley 1.614/00 “General del marco regulatorio y tarifario del servicio público de provisión de agua potable y alcantarillado sanitario para la República del Paraguay”
- Ley 1.863/01 “Estatuto Agrario”
- Ley 3.001/06 “De Valoración y Retribución de los Servicios Ambientales”

RESOLUCIONES:

Resolución 222 del 22 de abril de 2002 “Por la cual se establece el padrón de calidad de las aguas en el territorio nacional”, posteriormente ampliada por la Resolución 255/06 “Por la cual se establece la clasificación de las aguas superficiales de



Historia y Antecedentes

El Instituto de Derecho y Economía Ambiental (IDEA), constituido en la República del Paraguay el 6 de junio de 1996, surge como fruto de la acción organizada de un grupo de personas comprometidas con el país y la región, que decidieron unir esfuerzos para construir capacidades y promover nuevos liderazgos, eligiendo el ambiente como punto de partida.

Misión

Promover el desarrollo sustentable a través del derecho, la participación ciudadana y la economía en beneficio del interés público.

Nicanor Torales N° 150 c/ Avda. Mcal. López
Tel./Fax: (595 21) 662 543 - 614 619/20
www.idea.org.py • idea@idea.org.py
Asunción - Paraguay

ISBN 978-99953-56-02-6

Esta publicación fue realizada con el apoyo de:

