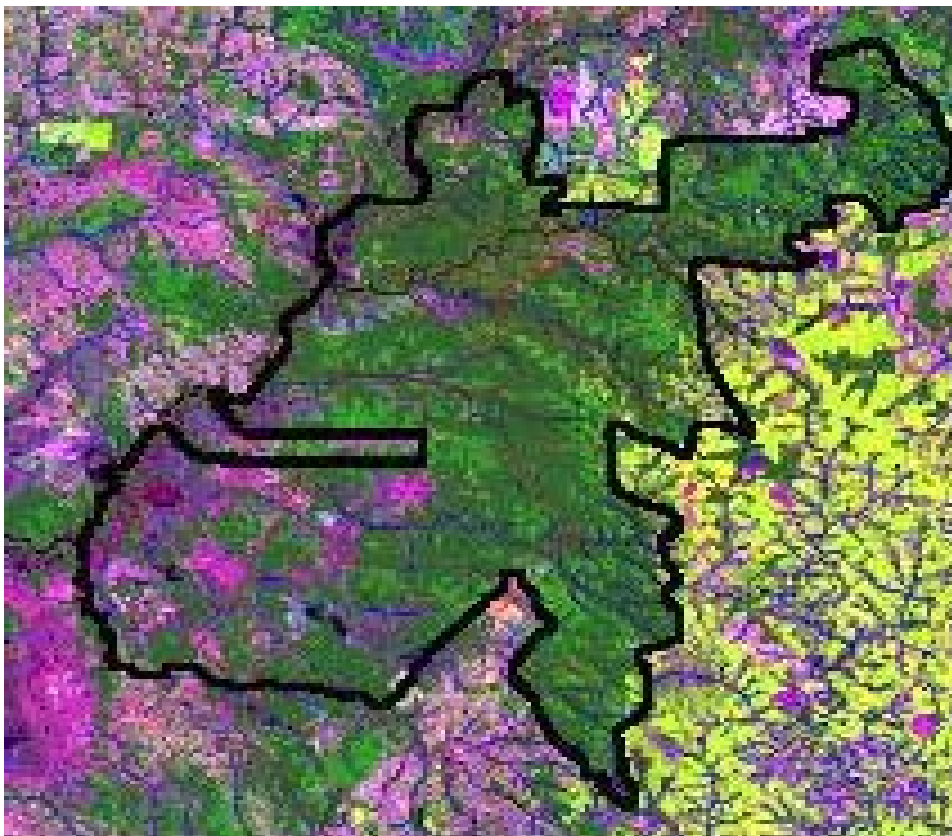


D I C T A M E N

PARA : Guyrá Paraguay
DE : Juan Carlos Mendonça Bonnet
REFERENCIA : Situación jurídica del “Parque Nacional San Rafael”
FECHA : 30/06/09



Area de Reserva para Area Silvestre Protegida, Parque “San Rafael”

Se nos solicita opinión acerca de cuanto sigue:

1. Identificación de la legislación nacional y de los acuerdos internacionales que afectan a la tenencia de las tierras nacionales, privadas y comunales, el uso de la tierra y los derechos de propiedad en el Area de Reserva para Parque Nacional San Rafael, con la evaluación de sus implicancias para el proyecto;
2. Evaluación de las disposiciones legales relativas al reconocimiento o reclamo de los derechos tradicionales o consuetudinarios;
3. Evaluación de la eficacia del marco jurídico y de las medidas actuales en estudio para su aprobación.

1. RESPUESTA A LA PRIMERA CONSULTA.

1.1. IDENTIFICACION DE LA NORMATIVA

Se han identificado las siguientes leyes, decretos y resoluciones que resultan relevantes:

Constitución Nacional/92, en los artículos referidos al medio ambiente y a la propiedad privada.

Ley N° 422/73 “*Forestal*”.

Ley N° 583/76 “*Que Aprueba y Ratifica la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre*”.

Ley N° 904/81 “*Estatuto de las Comunidades Indígenas*”.

Ley N° 1.183/87 “*Código Civil*”.

Ley N° 61/92 “*Que aprueba y ratifica el Convenio de Viena para la protección de la Capa de Ozono y otros*”

Ley N° 96/92 “*De Vida Silvestre*”.

Ley N° 234/93 “*Que aprueba el convenio No. 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 N° 251/93 “*Que aprueba el convenio sobre Cambio Climático*”.

Ley N° 253/93 “*Que Aprueba el Convenio de Biodiversidad Biológica*”.

Ley N° 294/93 “*De Evaluación de Impacto Ambiental*”.

Ley N° 352/94 “*De Áreas Silvestres Protegidas*”.

Ley N° 1.160/97 “*Código Penal*”.

Ley N° 716/96 “*Que Sanciona los Delitos contra el Medio Ambiente*”.

Ley N° 1.447/99 “*Que aprueba el protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*”.

Ley N° 1.507/99 “*Que aprueba las enmiendas del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono*”.

Ley N° 1.561/00 “*Que Crea el Sistema Nacional del Ambiente, el Consejo Nacional del Ambiente y la Secretaría de Medio Ambiente*”.

Ley N° 1.863/02 “*Estatuto Agrario*”.

Ley N° 2.524/04 “*De prohibición en la Región Oriental de las actividades de transformación y conversión de superficies con cobertura de bosques*” y las sucesivas leyes que prorrogan su vigencia.

Ley N° 3.001/06 “*De valoración y retribución de los servicios ambientales*”

Ley N° 3003/2006 *“Que aprueba los acuerdos entre el gobierno de los Estados Unidos de America 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 America y sus agencias, del 7 de junio de 2006; y que amplía el presupuesto general de la Nación para el ejercicio fiscal 2006.”*

Decreto N° 13.680/92 *“Por el cual se declara reserva para parque natural el área comprendido por la cordillera San Rafael, bajo la denominación de parque nacional San Rafael”.*

Decreto N° 16.610/02 *“Por el cual se asigna categoría de reserva de recursos manejados a la reserva para Parque Nacional San Rafael.”*

Decreto N° 5.577/05 *“Por el cual se deroga el Decreto N° 16.610 del 7 de marzo de 2002”*

Decreto N° 5.638/05 *“Por el cual se amplía el área de la Reserva para Parque San Rafael”*

Decreto N° 10.247/07 *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 3.001/06 de valoración y retribución de los Servicios Ambientales”*

Resolución de la Secretaría del Ambiente (SEAM) N° 200/01 *“Por la cual se asignan y reglamentan las categorías de manejo, la zonificación y los usos y actividades”.*

Resolución de la Secretaría del Ambiente (SEAM) N° 531/08 *“Por la cual se establecen los requisitos y condiciones para Certificar los Servicios Ambientales”.*

1.2. ANALISIS DE LA NORMATIVA MAS RELEVANTE

“San Rafael” es creado por el Decreto No. 13.680 del 29 de mayo de 1992. El mismo dice textualmente en su Art. 1°:

Declárase reserva para Parque Nacional “San Rafael”, el área comprendido por la Cordillera de San Rafael, con una superficie aproximada de 78.000 hectáreas.

Y agrega el Art. 2°:

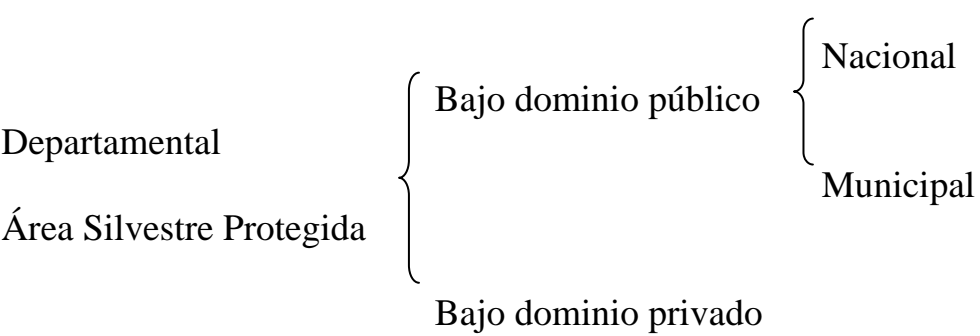
El Ministerio de Agricultura y Ganadería, a través de sus dependencias competentes, efectuará la delimitación del área que corresponderá a la reserva para Parque Nacional mencionado en el artículo 1º de este Decreto, como asimismo el manejo técnico y administrativo del mismo.

Así, pues, de acuerdo con el Decreto de creación, no cabe duda alguna de que “San Rafael” **no** es un Parque Nacional sino una “*reserva para Parque*”. Dejaremos para más adelante las implicancias de esto.

Asimismo, se advierte que el área de “San Rafael” no queda claramente ubicada ni determinada por el Decreto, ya que por única referencia se establece que comprende la cordillera de “San Rafael” y que su superficie *aproximada* es de 78.000 hectáreas. Hay que agregar que la delimitación y el manejo debían ser establecidos por la autoridad administrativa de aplicación (en aquel entonces el Ministerio de Agricultura y Ganadería). En suma, habiendo quedado indeterminadas la ubicación y la superficie exactas, resulta, inadmisible pretender que el Decreto 13.680/92 haya creado un parque nacional. Dos decretos posteriores (16.610/02 y 5.638/05), ciertamente delimitaron el área de “San Rafael”, pero uno de ellos (16.610/02) estableció la categoría de *Reserva de Recursos Manejados*, y el otro (5.638/05) volvió a utilizar la denominación de “*Parque Nacional*”. De todos modos, como se verá más adelante, nunca se dio cumplimiento a los demás requisitos para la constitución de un parque nacional y su área no está actualmente delimitada.

Trataremos de determinar, ahora, cuál es la naturaleza jurídica de “San Rafael”. De acuerdo con los Arts. 4º y 11 de la Ley 352/94, las *Areas Silvestres Protegidas* pueden estar bajo el dominio público (nacional, departamental o municipal) o bajo el dominio privado. Así, debe

entenderse que cuando la ley habla, simplemente, de *Area Silvestre Protegida*, se refiere tanto a las que se encuentran bajo el dominio público como privado; de lo contrario la ley hace la distinción y se refiere expresamente a “*Area Silvestre bajo dominio público*” (Art. 14. d, f, g, h, i, j; 23, 24, 25) o a “*Area Silvestre bajo domino privado*” (Art. 14.d,e,g; 26, 27, 28, 29, 30). Recordemos que el Art. 4º dice expresamente que “*[l]as Areas Silvestres Protegidas podrán estar bajo dominio nacional, departamental, municipal o privado*”. A partir de las disposiciones mencionadas, surge la siguiente clasificación:



Corresponde, pues, que determinemos si el área establecida en el Decreto 13.680/92 se encuentra bajo alguna de las categorías previstas en la ley. Recordemos que el referido decreto declara la zona de San Rafael “*reserva para parque nacional*”. Si bien el Decreto es anterior a la ley (y sus definiciones), el Decreto es expresamente incorporado al Sistema Nacional de Areas Silvestres Protegidas, por el Art. 63 de la Ley; así, se equipara el concepto de “*área de reserva*” utilizado en la Ley, con el de “*reserva para parque nacional*” usado en el Decreto 13.680/92.

Esta equiparación está claramente establecida en el Art. 65.c de la Ley 352/94, que establece la obligación de la autoridad de Aplicación de presentar un proyecto al Congreso para el “*pago o indemnización a los propietarios que vean afectadas sus propiedades por las declaratorias de Areas de Reservas para Areas Silvestres Protegidas bajo dominio*

público del Art 63".¹ En consecuencia, debe entenderse que la zona de San Rafael es un "*Area de Reserva para Areas Silvestres Protegidas bajo dominio público.*" Con lo cual queda descartado que San Rafael sea un área bajo dominio privado, ya que la ley misma establece que su destino es el dominio público *nacional*, obviamente.

Ahora bien, para que sean de dominio público nacional resulta inexcusable que se proceda previamente a la expropiación y pago del justo pecio (precio de mercado) de los inmuebles comprendidos en el área. Así, pues, de acuerdo con el Decreto constitutivo de "San Rafael", no estamos en presencia de un *Area Silvestre Protegida* ni bajo el dominio privado ni bajo el dominio público.

Hay que decir que el art. 65 de la Ley 352 contiene una lamentable ambigüedad (tal vez contradicción) interna, cuando dice en la primera parte que: "*La autoridad de aplicación deberá presentar al Congreso Nacional una propuesta técnica de reclasificación y delimitación de las Areas Silvestres Protegidas citadas en el Artículo 63*", debiendo notarse que califica a las mencionadas en el Art. 63 (entre las que se encuentra San Rafael), como "*Areas Silvestres Protegidas*" y no como simples "*Area de Reserva*". Pero, más adelante, en el inciso c), habla del: "... *proyecto de pago o indemnización a los propietarios que vean afectadas sus propiedades por las declaratorias de Areas de Reserva para Areas Silvestres Protegidas bajo dominio público del Artículo 63*". Como puede verse claramente, en el mismo artículo 65, en un párrafo se refiere a las "*Areas Silvestres Protegidas citadas en el Artículo 63*" pero, apenas unos renglones más abajo, habla de "*Areas de Reserva para Areas Silvestres Protegidas bajo dominio público del Artículo 63*". Frente a

¹ Recordemos que el Art. 63 es el que incorpora a la ley el Decreto 13.680 que declara reserva para parque el área de San Rafael.

esta dicotomía, incompatible una con otra, el intérprete debe optar por una de las alternativas. En el caso que nos ocupa no parece difícil determinar que la calificación como *Area Silvestre Protegida* es un error y que debe entenderse que se refiere en realidad a *Areas de Reserva para Areas Silvestres Protegidas*, tal como después se dice, de manera correcta. Lo que acabamos de poner de manifiesto muestra la enorme desprolijidad con que la ley fue redactada y la confusión terminológica y conceptual en la que incurrió el legislador. En situaciones como ésta el intérprete se ve obligado a tomar decisiones en cuanto al significado, basado en criterios de armonización sistemática, evitando interpretaciones que lleven a contradicciones o a consecuencias irracionales. Atendiendo a estos criterios, resulta más congruente sostener que San Rafael **no** puede ser considerado un *Area Silvestre Protegida*, sino un *Area de Reserva para Area Silvestre Protegida*. En efecto, numerosos artículo de la Ley 352 reconocen la existencia de las *Areas de Reserva* (Art. 10, 24.b), 64, 65, etc.), lo que nos lleva a concluir que dicha calificación existe y es reconocida expresamente por la ley; es más, tiene una expresa definición en el Art. 10, que dice:

*Artículo 10.- Se considera como **Area 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 Area Silvestre Protegida bajo dominio público.*

Ahora bien, nótese que al referirse a las *Areas de Reserva*, la ley no las califica como *categorías*, sino que habla de “*denominación*”; porque, en efecto, no se corresponde con ninguna de las categorías reconocidas por nuestro sistema legal. En consecuencia, un *Area de Reserva* no es, en rigor, una *categoría de manejo*, sino una mera *denominación*.

Recordemos que el Art. 14.g) de la Ley 352/94 atribuye a la SEAM la potestad de “*asignar las categorías de manejo, que técnicamente considere pertinentes, a las Areas Silvestres Protegidas bajo dominio público y privado*”. Asimismo, el Art. 31 de la referida Ley dice: “*La autoridad de aplicación asignará y reglamentará las Categorías de Manejo de las Areas Silvestres Protegidas bajo dominio público y privado, para los efectos de la declaratoria legal*”. En uso de tales atribuciones, la SEAM dictó la Resolución N° 200/01, por la cual asigna y reglamenta las *categorías de manejo*. De la lectura de dicha resolución, surge que no existe una *categoría de manejo* que se corresponda con las *Areas de Reserva*, de donde se concluye que el *Area de Reserva* no es una *categoría de manejo*, sino -como dijimos antes y de conformidad con la terminología de la misma Ley 352/94-, una mera *denominación*; en otras palabras, es un nombre que utiliza la ley para referirse a un estado de cosas que es anterior a cualquier *Categoría de Manejo*. Hay que decir, además, que el *Plan de Manejo* se elabora para cada *Area Silvestre Protegida*, según el inc. h) del Art. 14 de la Ley 352/94. Luego, no se puede elaborar un *Plan de Manejo* para aquello que no haya sido declarado previamente como *Area Silvestre Protegida*.

Existiendo tal *denominación*, “San Rafael” no puede sino pertenecer a ella.² Por otra parte, el mismo Decreto 13.680/92 (de creación de “San Rafael”) lo califica como *Area de Reserva*; calificación que no fue cambiada por la Ley 352 -que incorporó el Decreto 13.680/92, íntegramente y sin modificaciones-. Es importante recordar, además, la denominación utilizada en el Art. 64 de la Ley 352, que dice:

² Recordemos que también el Estatuto Agrario (Ley 1.863/02) realiza la distinción, por lo que debe admitirse que las *Areas de Reserva* están reconocidas como una clase particular no sólo en la Ley 352/94. En efecto, dice el Estatuto Agrario en su Art. 41: **Áreas Silvestres Protegidas.** *Las tierras del patrimonio del Organismo de Aplicación, que observen características ecológicas y ambientales singulares, serán declaradas Áreas de Reserva para constitución de Áreas Protegidas bajo Dominio Público, y en tal carácter deberán ser transferidas a título gratuito a la Autoridad Administrativa de Aplicación de la Ley N° 352/94 "De Áreas Silvestres Protegidas". La identificación de estas áreas se hará conjuntamente con la Secretaría del Medio Ambiente.*

*Hasta tanto se finiquiten los requisitos necesarios para la declaratoria legal como Area Silvestre Protegida, tanto de dominio público como privado, establecidos en los Artículos 27 al 30 de esta Ley, se integran al Sistema Nacional de Areas Silvestres Protegidas (SINASIP), como Areas de Reserva, las **Areas Silvestres Protegidas Potenciales** que estén indicadas en el Plan del SINASIP elaborado por la Dirección de Parques Nacionales y Vida Silvestre.*

Esta denominación de *Area Silvestre Protegida Potencial*, introduce la idea, bastante clara, de que puede distinguirse entre áreas silvestres protegidas *actuales* y *potenciales*.³ Así, las Areas de Reserva no están protegidas actualmente, sino potencialmente,⁴ esto es, en el futuro y luego de cumplidos los requisitos necesarios para la declaratoria legal como Areas Silvestres Protegidas.

Cabe agregar que considerar a San Rafael directamente como *Area Silvestre Protegida*, sería propugnar una interpretación inconstitucional, porque supondría que “San Rafael” se convirtió en parque nacional sin la previa expropiación y justa indemnización que la Constitución exige como condición inexcusable para que un bien del dominio privado pase al dominio público. Así, no existe argumento de peso (salvo los que se funden en algún error de redacción), que nos pueda llevar a concluir que “San Rafael” es un *Area Silvestre Protegida* y no un *Area de Reserva para Area Silvestre Protegida*.

Lo indudable es que “San Rafael” no ha ingresado al dominio público, porque nunca se procedió a la venta o expropiación a favor del Estado de los inmuebles de propiedad privada que lo integran.

³ El Art. 20.d) habla de “*Areas Silvestres Protegidas existentes o proyectadas*”, lo cual parece corresponderse con la idea de las “*Areas Silvestres Protegidas potenciales*”.

⁴ Según el Diccionario de la Real Academia, *potencial* es aquello “|| 3. *Que puede suceder o existir, en contraposición a lo que existe.*”

Para que un inmueble del dominio privado pase a integrar un parque nacional, la secuencia es la siguiente:⁵



En el caso de “San Rafael” el proceso ha quedado interrumpido en la etapa de la VENTA, habiéndose realizado sólo su declaración de *utilidad pública*.⁶

⁵ Art. 24.c) de la Ley 352/94.

Es muy importante señalar también que al definir el Art. 4° de la Ley 352/94 qué se entiende por *Area Silvestre Protegida*, dice:

*Se entiende por **Area Silvestre Protegida** 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.*

Nótese que por definición el *Area Silvestre Protegida* debe estar sometida a una categoría de manejo determinada. El área de “San Rafael” no tiene ninguna de las categorías de manejo previstas en la Resolución N° 200/01 de la SEAM, por lo que no cumple con una exigencia básica de la definición de *Area Silvestre Protegida*. Hay que agregar que “San Rafael” tampoco cuenta con *límites bien definidos*, como exige la ley.

Ahora bien, de acuerdo con el Art. 10 de la Ley 352, se denomina **Area 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 Area Silvestre Protegida bajo dominio público.*” Y agrega el Art. 24.b que los inmuebles de propiedad privada “*serán considerados Areas de reserva por la Autoridad de Aplicación hasta tanto se finiquite el trámite administrativo y legal que la convierta en Area Silvestre Protegida bajo dominio público*”. En consecuencia pertenecen al *Area de Reserva* aquellas propiedades privadas que se hallan **en proceso** de conversión en *Areas Silvestres Protegidas* bajo el dominio público; ese proceso consiste, fundamentalmente en la transferencia al Estado por vía de venta voluntaria o expropiación (venta forzosa). Lo cierto es que se trata, indudablemente, de propiedades privadas cuyo eventual destino final es

⁶ La declaración de utilidad pública surge del Art. 2° de la Ley 352/94, que dice: “*Se declara de interés social y de utilidad pública el Sistema Nacional de Areas Silvestres Protegidas ...*”, así como de la mención que hace el Decreto 16610/92 del Art. 132 de la Constitución. Recordemos que las *Areas de Reserva* pertenecen al Sistema Nacional de Areas Silvestres Protegidas.

la venta al Estado. Recordemos que en el sistema jurídico paraguayo la transferencia al Estado de un inmueble sólo se perfecciona por el pago previo de su precio. En efecto, dice la Constitución en su Art. 109:

La propiedad privada es inviolable. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Esta garantizará el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, ...

Parece claro, pues, que las propiedades privadas que se encuentran en la zona de San Rafael **no son Areas Silvestres Protegidas** dado que no se han convertido aun en tales por faltar el pago del precio que perfecciona la transferencia y también su constitución en *Area Silvestre Protegida* bajo el dominio público. Pero debemos agregar que, si bien no son *Areas Silvestres Protegidas*, no obstante, toda la propiedad privada que pertenezca al *Area de Reserva*, tienen *restricciones de dominio*, y esto es lo único que la diferencia de cualquier otro inmueble perteneciente al dominio privado.⁷ “*Restricciones de dominio*” son ciertos límites que la ley impone al uso y goce del derecho de propiedad. En otras palabras, constituyen una reducción al carácter absoluto del derecho de propiedad, el cual, si bien permanece incólume, sufre ciertas limitaciones que se establecen para el ejercicio del derecho dentro de una mejor convivencia social.

Así, la Ley 352/94 (De Areas Silvestres Protegidas), se aplica a los inmuebles comprendidos en el Area de Reserva, sólo en lo prescripto en el Art. 24.b, que la parte pertinente dice: “..., los propietarios a partir de la notificación, deberán cesar todas las actividades susceptibles de

⁷ La Ley 352/94 habla expresamente de las “*restricciones de uso y dominio*” en el Art. 27, por lo que no hay problema en admitir que aquellas previstas en el Art. 24.b) son, precisamente, restricciones de dominio, en el sentido técnico de la expresión.

producir alteración de los recursos naturales, culturales o de otro tipo. No se le reconocerá al propietario ningún derecho sobre mejoras incorporadas a partir de la notificación.” En suma, las *restricciones de dominio* contempladas en la Ley 352/94 son sólo dos, a saber: a) prohibición de producir alteraciones de los recursos naturales, culturales o de otro tipo, y; b) imposibilidad de recibir indemnización por las mejoras, a partir de la notificación. Hay que destacar, sin embargo, que la primera de ellas es una importante restricción al dominio, porque resulta ser extremadamente amplia y vaga. En efecto, la ley no define qué debe entenderse por “*alteración de los recursos naturales*”.⁸ Por ejemplo, ¿se puede decir que hay alteración de recursos naturales si donde ya existían plantaciones ahora se renuevan esas plantaciones? ¿Hay alteración de recursos naturales si, donde ya existía explotación ganadera, se sigue con la misma? En principio, la respuesta a ambas preguntas debería ser negativa. Ahora bien, si se trata de alteración de recursos hídricos o forestales, dicha protección se halla garantizada por otras leyes que no requieren de la declaración de *Area de reserva para Area Silvestre Protegida*. Así, eventualmente, los recursos naturales cuya alteración estaría vedada por la Ley 352/94 serían los referidos a la vida silvestre animal; en otras palabras, no podría practicarse ningún tipo de cacería. Ahora bien, ya tenemos determinado que el *Area de Reserva* no es *Area Silvestre Protegida*, sino que tiene por efecto crear restricciones de dominio sobre las propiedades privadas que pertenecen a dicha *Area de Reserva*; restricciones que se mantienen vigentes por el tiempo que dure el proceso de adquisición por parte del Estado.

La disyuntiva, en este caso, parece bastante clara: la zona de San Rafael es parque nacional o no lo es. Si es Parque Nacional, entonces es *Area*

⁸ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “alterar” significa: *cambiar la esencia o forma de una cosa*.

Silvestre Protegida; pero si no es parque nacional, entonces no es *Area Silvestre Protegida*. Pero, dado que para que sea parque nacional debe necesariamente pertenecer al dominio público (Ver Art. 15.c de la Resolución 200/01 dictada por la Secretaría del Ambiente) y la zona de “San Rafael” se compone de propiedades privadas, entonces no puede ser parque nacional y, consiguientemente, no es *Area Silvestre Protegida*. San Rafael no es pues un *Area Silvestre Protegida* actual sino meramente potencial, subordinada a la expropiación de las propiedades privadas que la integran, sobre las cuales pesan actualmente restricciones de dominio impuestas por la Ley 352/94.

Corresponde ahora que nos preguntemos si esas restricciones de dominio están vigentes y cuánto tiempo pueden durar. En cuanto a la vigencia de las restricciones de dominio hay que decir que es altamente probable que en muy pocos casos estén vigentes, puesto que la Ley 352/94 (Art. 24.b) exige la notificación de la medida restrictiva de dominio por la Autoridad de Aplicación dentro de los treinta días de dictado el Decreto o la Ley. En el caso de San Rafael no tenemos conocimiento de que dicha notificación se haya realizado a los propietarios, por lo que la restricción de dominio no se hallaría vigente; esto significa que la prohibición de realizar alteraciones a los recursos naturales no puede exigirse a de los propietarios de San Rafael (por lo menos a la mayoría de ellos). Hay que destacar que la Ley 352 exige una notificación expresa por parte de la Autoridad de Aplicación (Secretaría del Ambiente), sin que baste la mera publicación de la Ley o el Decreto en cuestión. Recordemos que El Art. 24 dice textualmente en la parte pertinente: “*Asimismo, los propietarios a partir de la notificación, deberán cesar todas las actividades susceptibles de producir alteración de los recursos naturales, culturales o de otro tipo*”. Por tanto, de no mediar la notificación de declaración de Area de Reserva, los propietarios no tendrían obligación alguna de cesar las

actividades susceptibles de producir alteraciones y, por otra parte, podrían exigir el pago de cualquier mejora realizada.⁹

Ahora bien, las restricciones de dominio que pesarían sobre las fincas de la zona de “San Rafael” son de orden administrativo -de derecho público-, porque tienen que ver con el interés de la sociedad en general y no con el de los particulares. Así, deben ser analizadas a la luz del Derecho Administrativo y no del Derecho Civil. El eminente autor de Derecho Administrativo Roberto Dromi dice:

Las limitaciones impuestas en interés público inciden directamente sobre lo absoluto, lo exclusivo y lo perpetuo de la propiedad. En relación a lo exclusivo tiene como efecto jurídico una desmembración de la propiedad; en relación a lo perpetuo su efecto es la privación de la propiedad; y en relación a lo absoluto tienen como efecto un debilitamiento inherente a la propiedad de manera general. Atemperan lo absoluto la restricción administrativa y el secuestro; tienen por fin el desmembramiento, la servidumbre administrativa, la expropiación de uso y la requisición de uso; tienen por efecto la extinción de la propiedad, la expropiación, el decomiso, la confiscación y la requisición de la propiedad.¹⁰

Como resulta bastante obvio de la cita que antecede, el área de “San Rafael” está sometida a una *restricción administrativa* de la propiedad, que afecta a lo *absoluto* del derecho de propiedad, provocando un

⁹ Hay que señalar que de acuerdo con información obtenida de la SEAM, las restricciones de dominio han sido anotadas en el Registro General de la Propiedad, lo cual no creemos que supla la notificación expresa que la ley exige se realice a cada propietario. En efecto la inscripción en el Registro sólo puede llegar a conocimiento del propietario en caso de que éste pretenda constituir algún derecho real sobre el inmueble, en cuyo caso al solicitarse por el Notario Público el informe sobre condiciones de dominio, se tendrá conocimiento de su inscripción. En conclusión, para saber si el propietario se halla o no notificado de las restricciones de dominio impuestas por la ley, habrá que analizar caso por caso. No puede olvidarse, además, que los límites de “San Rafael” han cambiado a lo largo del tiempo, por virtud de los diferentes Decretos que se han dictado al respecto, por lo que nadie puede saber con certeza definitiva si su propiedad se halla o no dentro del área del futuro Parque Nacional.

¹⁰ Ver Roberto Dromi. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pág. 582.

debilitamiento general del mismo.¹¹ Dicho debilitamiento principal consiste en la prohibición de realizar “*actividades susceptibles de producir alteración de los recursos naturales, culturales o de otro tipo*”. Tal restricción administrativa surge del Art. 24.b) de la Ley 352/94. No obstante, hay que señalar que también existen otras *restricciones administrativas* que tienen su origen en leyes diferentes. Así, la Ley 2.524/04 dispone que, por un período de dos años, queda prohibida en la Región Oriental la realización de actividades de transformación o conversión de superficies con cobertura de bosques, a superficies destinadas al aprovechamiento agropecuario en cualquiera de sus modalidades, o a superficies destinadas a asentamientos humanos.¹² Por otra parte, la Ley N° 422/73 “*Forestal*”, establece en su Art. 42 que todas las propiedades rurales de veinte hectáreas en zonas forestales, deben mantener el 25% de su área de bosques naturales y, en caso de no tener ese porcentaje mínimo, el propietario debe reforestar una superficie equivalente al 5% de la superficie del predio.

Algunas de las características generalmente aceptadas de las *restricciones administrativas* son las siguientes: a) son **variadas e ilimitadas**, por lo que pueden tener un contenido ampliamente diverso, sólo limitado por la razonabilidad de la restricción; b) son **imprescriptibles**, por lo que no se extinguen por la falta de uso; c) **no son indemnizables**, por lo que las limitaciones a la propiedad no tienen una reparación económica que el propietario pueda exigir.¹³ Importa remarcar que, de acuerdo con esto, los

¹¹ Hay que advertir que en ocasiones resulta difícil determinar con precisión si se está en presencia de una *restricción de dominio* o de una *servidumbre*. De todos modos, para el caso que nos ocupa, la distinción no parece ser una cuestión de fundamental relevancia.

¹² La ley ha tenido dos prórrogas consecutivas, por lo que la prohibición se extiende, actualmente, hasta el año 2010.

¹³ Es importante señalar que, si bien la doctrina mayoritaria sostiene que las restricciones administrativas no son indemnizables, hay que admitir que otra parte de la doctrina (y también la jurisprudencia) sostiene que sí son indemnizables cuando afectan de manera relevante al derecho de dominio.

propietarios de la zona de “San Rafael” no tendrían derecho a indemnización alguna por las restricciones de domino que padecen.

En cuanto al tiempo que deberán los propietarios soportar la restricción de dominio, es ilimitado, salvo disposición expresa de la ley. Sin embargo, hay que recordar que la Ley 352 contiene alguna disposición relevante al respecto. Dice el Art. 24.c)

c) Dentro del término de 60 (sesenta) días de la notificación, si el o los propietarios no manifestasen su consentimiento para la venta del Area 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; y,

De aquí se sigue que los propietarios podrían darse por notificados -si aun no lo están- y manifestar su consentimiento para la venta, o bien, dejar transcurrir el plazo de sesenta días, con lo cual el Estado deberá proceder a la expropiación del inmueble. Si bien nuestra legislación no contiene plazo para la expropiación, la legislación extranjera y la doctrina contemplan la hipótesis del *abandono*; esto es, cuando el Estado no ejerce su derecho a expropiar dentro de cierto plazo, se presume que ha perdido interés y, por lo tanto, ya no puede ejercer la competencia expropiatoria y por ende el propietario ya no puede ser desapoderado del bien. Dice Dromi al respecto:

*El abandono afianza la seguridad jurídica y la certeza del derecho de propiedad, pues impide que el titular del bien sujeto a expropiación, quede en un estado de incertidumbre acerca de la efectividad o no de la expropiación.*¹⁴

¹⁴ Roberto Dromi, op. cit., pág. 605.

Así, pues, dada la inacción del Estado por casi 17 años, los propietarios de la zona de “San Rafael” podrían echar mano de acciones judiciales que finalmente concluyan en la desaparición del *Area de Reserva para el Area Silvestre Protegida del Parque Nacional San Rafael*. Queremos hacer notar que la actitud pasiva de los propietarios obedece, en parte, a la poca efectividad que han tenido las restricciones de dominio impuestas en la zona, pero que si ellas se pusieran en vigencia con todo rigor, probablemente, provocará algún tipo de reacción de parte de los propietarios, con consecuencias nada deseables para “San Rafael”.

Ahora bien, al analizar el último decreto dictado en relación a “San Rafael” (Decreto N° 5.638/05), debemos señalar que, al ampliar su superficie, ratifica expresamente que se trata de un “*área de reserva para el parque nacional San Rafael*”, con lo que no queda lugar a duda acerca de la categoría de que goza actualmente San Rafael: se trata de un *Area de Reserva* para parque nacional, no habiendo alcanzado el status de *Area Silvestre Protegida del Dominio Público*.

No obstante, hay que recordar que un Decreto anterior, (N° 16.610/02) dice:

*Art. 1°. Declárase como **Reserva de Recursos Manejados San Rafael** la superficie comprendida dentro de los límites descriptos en el artículo 2° del presente decreto, ubicado en los Departamentos de Itapúa y Caazapa.*

Art. 2°. La Reserva de los recursos manejados San Rafael estará comprendida dentro de los siguientes puntos geográficos, los cuales en su conjunto conformaran su lindero, reconociendo los siguientes limites.

El cambio de status obedece, según el mismo Dto. 16.610/02 a que

*... la totalidad de las tierras comprendidas dentro del área delimitada conforman propiedades privadas, **siendo imposible por ello mantener bajo la categoría de Parque Nacional**. Que debido a ello resulta necesario **modificar la categoría de parque nacional** adoptando una categoría de conservación que reconozca el*

régimen actual de tenencia de la tierra en la superficie delimitada para el área de reserva, siendo la de reserva de recursos manejados la más conveniente, ya que ella reconoce el de uso actual de los recursos naturales que poseen las fincas comprendidas dentro de la misma.

Corresponde analizar, pues, el valor y vigencia de dicho Decreto 16.610/02.

La Contraloría General de la República a través de su Resolución CGR N° 114/04 ha advertido a la SEAM que el Decreto 16.610/02 ha sido dictado en contravención a la Ley 352/95. En efecto, dice textualmente la Contraloría:

Por el Decreto N° 16610, de fecha 7 de marzo de 2002, se asigna la categoría de Reserva de Recursos Manejados a la Reserva para Parque Nacional San Rafael, con una superficie de 70.130 hectáreas 73 m2 5.100 cm2.

La Ley N° 352/94, en su art. 24° inc. d) establece que “Cualquier modificación en su condición de Área Silvestre Protegida, de Categoría de Manejo y de reducción de límites sólo podrá realizarse mediante Ley de la Nación, excepto en el caso de adiciones o ampliaciones que podrá establecerse por Decreto, según procedimientos establecidos por esta Ley y sus reglamentaciones”.

Observaciones 1 a la SEAM: *a) A solicitud de la SEAM, a través de un decreto fue modificada la categoría del Área Silvestre Protegida San Rafael, en contravención a lo establecido por la Ley N° 352/94.*

b) La superficie considerada en el Decreto N° 16610/02 (70.130 hectáreas 73 m2 5.100 cm2) es menor en 7.870 ha aproximadamente, respecto a la superficie de 78.000 hectáreas establecida en el Decreto N° 13680/92, que crea el ASPSR.

c) Esta Auditoría, en concordancia con lo establecido en el art. 24° inc. d) de la Ley N° 352/94, considera que este Decreto no se ajusta a lo regulado en el cuerpo legal mencionado, en el cual queda establecido las pautas que se deberán seguir para la modificación de la condición de un ASP.

Conclusiones 1 para la SEAM: *a) En el contexto, del inc. d) del art. 24° de la Ley N° 352/94 “De Áreas Silvestres Protegidas” se manifiesta cuanto sigue: El Decreto N° 16610/02 es posterior al*

*Decreto N° 13680/92. Respecto del cambio de categoría de manejo la Ley es clara y contundente, pues como se vio...Cualquier modificación en su... Categoría de Manejo y reducción de límites sólo podrá realizarse mediante Ley de la Nación... situación no evidenciada en el 2° decreto expuesto, pues el mismo en su Art. 1° establece: “Declárase como Reserva de Recursos Manejados San Rafael la superficie comprendida dentro de los límites descriptos en el artículo 2° del presente decreto, ubicado en los Departamentos de Itapúa y Caazapa”, es decir, que se cambia de categoría de manejo o se establece otra categoría de manejo por decreto no por Ley de la Nación como deviene el procedimiento legal. La actuación administrativa (Decreto 16610/02 del PE) siempre requiere la previa existencia de un fundamento legal (Ley N° 352/94), pues debe ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Si falta este fundamento legal que ampara la actuación administrativa, ésta adolecerá de nulidad. En consecuencia, tanto el principio de legalidad formal, (que se refiere a las normas de procedimiento) como el principio de legalidad material (fundamento jurídico de la resolución administrativa) afectan a la actuación administrativa, en el sentido de que su observancia es inexcusable bajo sanción de nulidad. Aquí, la situación de emitir un decreto con ausencia de fundamentos legales o extensión fuera del marco legal, y la aplicación del mismo decreto con dichos fundamentos extralegales asumiendo como razón legal la ley que le contradice. En primer lugar, el Decreto N° 16610/02, asigna a la **RPNSR** la categoría de manejo de **RRMRPNSR**, diferente a la ya asignada en 1992, que como ya se observó; la nueva categoría deviene inaplicable e ilegal porque la ley lo prescribe de esa manera. Así, al interpretar una conducta, a través de la aplicación de una Ley todas las disposiciones de esta última deben analizarse en forma conjunta, a fin de que se conjuguen entre sí, sin caer en contradicciones, con el fin de mantener su plena validez. La Ley N° 352/94 no se vulnera a sí misma. Ello, con arreglo al criterio por el cual las leyes no pueden ser interpretadas de modo que sus disposiciones se pongan en pugna destruyéndose unas a otras, sino -por el contrario- de modo que se concilien, conservando todas ellas su valor. En este sentido se debe entender que el objeto del acto administrativo comprende los Decretos N°s 13680/92 y 16610/02; las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlo (su contenido natural); las cuestiones mandadas a contener por imperio de la ley (su contenido implícito), y las cláusulas que la voluntad estatal pueda introducir adicionalmente en forma de condición, término y modo (su contenido eventual). Por su parte, en cuanto a sus requisitos, su objeto tiene que ser, entre otros aspectos, lícito. El objeto no*

*debe ser prohibido o no permitido por el orden normativo. La ilegitimidad del objeto puede resultar de la violación a la Constitución Nacional, la Ley N° 352/94, o acto administrativo anterior estable (Decreto N° 13680/92). Con esto queda demostrado que el **ASPSR** queda confirmado, en primer lugar, según lo establece su Decreto de creación, y en segundo término, como lo establece la Ley N° 352/94 de ASP. Los actos de la Administración (Decretos del Poder Ejecutivo) no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público. La reducción de límites y cambio de categoría de manejo realizada al **ASPSR** se efectuó mediante Decreto del Poder Ejecutivo, cuando sólo podían efectuarse dichas modificaciones por ley de la Nación. Es decir, estando obligado al cumplimiento de la ley, el Poder Ejecutivo promulgó el Decreto N° 16610/02 refrendado por el Ministerio del Interior, violando así el derecho y subvirtiendo el orden de prelación constitucional, principio básico del Estado de Derecho, al margen de los procedimientos previstos en la Constitución Nacional y el artículo 24° inc. d) de la Ley N° 352/94 “De Áreas Silvestre Protegidas”. En este contexto, se concluye que carecen de validez todas las disposiciones o actos de autoridad opuestos a lo establecido en la Constitución y las leyes correspondientes. Es decir, que el Poder Ejecutivo (año 2002) emitió dicho decreto al margen de los procedimientos legales vigentes, en relación a la reducción de límites y categoría asignada al **ASPSR**.*

Del dictamen de la Contraloría General de la República surge, sin lugar a dudas, que dicha institución consideró ilegal y por consiguiente, inválido el Decreto 16.610/02, opinión que compartimos.

Debemos señalar, sin embargo, que existe una opinión contraria a la sostenida por la Contraloría.¹⁵ Según la misma el Decreto 16.610/02 podía establecer cualquier categoría de manejo porque “San Rafael” no era, hasta entonces, un *Area Silvestre Protegida*. Así, no se aplicaba a “San Rafael” la restricción impuesta por el inc. d) del Art. 24 de la Ley 352/94, que impide cualquier modificación que no sea introducida por Ley del Congreso (el inciso se transcribe más adelante). Si bien

¹⁵ Ver “Opinión Técnica” de Ezequiel Santagada con aportes de Juan Pablo Cinto, para USAID y PANAMBI.

compartimos la opinión de que “San Rafael” no era (y sigue sin ser) un *Area Silvestre Protegida*, aun así creemos que la modificación no podía hacerse por simple Decreto del Poder Ejecutivo. En efecto, desde que el Decreto 13.680/92 (de creación de “San Rafael”) es incorporado a la Ley 352/94 (Art. 63), ningún cambio en el estatus de “San Rafael” pudo hacerse sino por otra ley posterior; el Decreto resulta, pues, insuficiente.

Por otra parte, el Art. 65 establece que *“La Autoridad de Aplicación deberá presentar al Congreso Nacional una propuesta técnica de reclasificación y delimitación de las Areas Silvestres Protegidas citadas en el Artículo 63”*. Recordemos que dentro del referido Art. 63 aparece “San Rafael”, por consiguiente, la *reclasificación* o *delimitación* de “San Rafael” debe, necesariamente pasar por el Congreso Nacional, lo cual implica la sanción de una Ley en sentido formal. En concordancia, dice el Art. 25 de la Ley 325/94: *“En caso de que el Plan de Manejo determine otra categoría de manejo diferente a la asignada, o recomiende ajustes a los límites, se seguirá lo establecido en el inciso d) del Artículo 24”*. Señalemos que el inciso d) establece la necesidad de una Ley del Congreso. Ahora bien, aun admitiendo que “San Rafael” no es una Area Silvestre Protegida actual sino potencial, no cabe duda de que, de todos modos, el Decreto de su creación 13.680/92, tiene establecida una categoría de manejo que se corresponde con el *Parque Nacional* (Categoría II de la Resolución N° 200/01, de la SEAM).

Pero el más poderoso motivo para sostener la ilegalidad del Decreto 16.610/92 está dado por lo que dispone el antes citado Art. 10 de la Ley 352/94, que, recordamos, dice:

Artículo 10.- Se considera como Area 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 Area Silvestre Protegida bajo dominio público.

De la mera lectura de la disposición se advierte que el Area de Reserva debe, necesariamente, permanecer bajo esa denominación hasta tanto se finiquite el proceso de compra por el Estado. Así, ningún Decreto puede venir a cambiar el estatus jurídico de un *Area de Reserva*; sólo podría hacerlo una Ley del Congreso mediante la derogación del Art. 10, arriba mencionado. La otra manera de cambiar el estatus de *Area de Reserva* es procediendo a la compra de las propiedades para su traspaso al dominio público.

Pues bien, parece suficientemente claro, en virtud de las normas mencionadas, que la categoría de *Area de Reserva* no puede ser alterada sino por Ley del Congreso o por su traspaso al dominio público.¹⁶

Entendemos que la Resolución N° 114/04 de la Contraloría General de la República que cuestiona la validez del Decreto 16.610/02, dio origen al Decreto 5.577/05 que dice:

Art. 1°.- Derógase el Decreto N° 16.610 del 7 de marzo de 2002, “Por el cual se asigna categoría de Reserva de Recursos Manejados a la Reserva para Parque Nacional San Rafael”, quedando en vigencia a partir de la fecha el Decreto N° 13.680 del 29 de mayo de 1992.

Así, pues, el Decreto 16.610/02, quedó derogado, con las siguientes consecuencias jurídicas: a) La situación jurídica de “San Rafael” se retrotrae a lo establecido en el Decreto 13.680/92; b) “San Rafael” vuelve a ser un *Area de Reserva para Area Silvestre Protegida*, sin categoría de manejo; c) “San Rafael” carece actualmente de delimitación, puesto que

¹⁶ Ver Art. 24.a) de la Ley 352/94.

los límites de “San Rafael” estaban establecidos por el Decreto 16.610/02, que ha perdido toda validez.

Posteriormente se dictó el Decreto N° 5.638/05 que establece:

Art. 1°.- Ampliase el Area de Reserva para Parque Nacional San Rafael ubicado en los departamentos de Itapúa y Caazapá.

Art. 2°.- El área ampliada abarca la zona del Cerro San Rafael, comprendida dentro de los siguientes puntos geográficos, ...

Art. 3°.- Las tierras afectadas por este Decreto serán consideradas patrimonio inalienable a perpetuidad del Estado, bajo la responsabilidad y administración de la Secretaría del Ambiente.

Art. 4°.- A los fines del Artículo 1° de este Decreto, la Secretaría del Ambiente solicitará la inclusión dentro de su presupuesto anual de los rubros pertinentes y podrá gestionar los recursos necesarios ante las entidades de cooperación nacional o internacionales.

Art. 5°.- La Secretaría del Ambiente dará cumplimiento al Artículo 24 de la Ley 352/94 a partir de la vigencia de este Decreto.

El texto nos merece los siguientes comentarios: a) El Decreto parte del falso supuesto de que “San Rafael” tiene un área delimitada y que la que el mismo describe es una mera ampliación de aquella, pero, recordemos que al Derogarse el Decreto 16.610/02 “San Rafael” quedó sin delimitación de área;¹⁷ b) las tierras afectadas se destinan al patrimonio inalienable y a perpetuidad del Estado Paraguayo,¹⁸ lo cual es obviamente incompatible con la categoría de *Reserva de Recursos Manejados*, prevista anteriormente por el Decreto 16.610/02, que instituía dicha categoría con la finalidad expresa de mantener la propiedad privada del área de “San Rafael”; c) se manda a la SEAM obtener los fondos pertinentes para la compra o expropiación de las tierras afectadas, lo cual es un retorno claro a la idea original del *Parque*

¹⁷ Esto es lo que se suele calificar como una laguna técnica.

¹⁸ Debe entenderse que ello ocurrirá recién una vez perfeccionada la venta, voluntaria o por expropiación.

Nacional, y un reconocimiento de que el proceso no se ha perfeccionado; d) al ordenarse en el Art. 5° del Decreto la aplicación del Art. 24 de la Ley 352/94 se vuelve explícitamente al proyecto de *Area Silvestre Protegida bajo dominio público*, ya que de eso trata el artículo en cuestión. Implícitamente, además, queda reconocido que la modificación en la categoría de manejo no puede ser realizada por Decreto sino mediante Ley y que lo único que puede hacerse a través de aquél instrumento normativo es la adición o ampliación del área. En efecto, dice textualmente el inc. d) del Art. 24:

*Cualquier modificación en su condición de Area Silvestre Protegida, de Categoría de Manejo y reducción de límites sólo podrá realizarse mediante Ley de la Nación, excepto en el caso de adiciones o ampliaciones que podrá establecerse por Decreto según procedimientos establecidos por esta Ley y sus reglamentaciones.*¹⁹

En suma, vemos bastante claro que la situación jurídica de “San Rafael” está determinada por el Decreto de su creación y que, por consiguiente, es una Reserva para Areas Silvestre Protegida del dominio público, sin delimitación ni superficie precisados en la actualidad.

También resulta, en cierto modo, relevante para el proyecto de secuestro de carbono en gestación, lo que dispone el Art. 10 del Estatuto Agrario (Ley 1863/02), que dice:

Artículo 10.- Inmuebles y áreas no afectables. *No serán considerados latifundios improductivos y en consecuencia pasibles de expropiación bajo términos de esta ley las áreas e inmuebles siguientes:*

a) los inmuebles declarados como Áreas Silvestres Protegidas Bajo Dominio Privado por la autoridad administrativa

¹⁹ La desafectación de una zona mediante Decreto 18.694/97 para la constitución de la Colonia “La Amistad”, parece ser, así, ilegal.

competente, a tenor de lo dispuesto por la Ley N° 352/93;

...

c) las áreas de bosques naturales o implantados destinados a la captación de carbono, y a otros servicios ambientales, de conformidad a las disposiciones normativas y reglamentos que al respecto se dictaren por o a través de la autoridad administrativa competente en el orden ambiental;

Para concluir con este apartado, haremos mención a La Ley N° 3003/2006 (canje de deuda con los Estados Unidos de América), que en su Art. V establece que los montos depositados en el Fondo serán utilizados para proporcionar donaciones a fin de conservar, mantener, o restaurar áreas de bosques tropicales -entre los que se encuentra “San Rafael”- a través de uno o más de los siguientes tipos de actividades:

A. Establecimiento, restauración, protección y mantenimiento de parques, áreas protegidas, y reservas. Dichas actividades podrían incluir, por ejemplo, la demarcación de áreas de bosques protegidos y reservas indígenas, el establecimiento de bosques protegidos nuevos o expandidos y zonas de seguridad, identificación de áreas forestales únicas o representantes, o inventario y protección de áreas que cuenten con riqueza en especies y elevados niveles de endemismo;

B. El desarrollo e implementación de sistemas científicamente confiables de gestión de recursos incluyendo prácticas de gestión de tierras y ecosistemas. Dichas actividades podrían incluir, por ejemplo, el desarrollo e implementación de sistemas científicamente confiables de gestión de tierras forestales y de recursos forestales; evaluación e inventario de recursos forestales; monitoreo y evaluación del uso de tierras y recursos; implementación de criterios e indicadores para una gestión forestal sostenible; desarrollo e implementación de sistemas de información referente a gestión forestal; desarrollo e implementación de gestión de ecosistemas de cuencas hidrográficas y estrategias de gestión forestal basadas en la comunidad; adopción de tecnologías forestales basadas en investigaciones; establecimiento de plantaciones en tierras degradadas; regeneración rehabilitación y gestión forestal natural; o pruebas y aplicación de técnicas silvícolas;

C. Programas de capacitación destinados a aumentar las capacidades científicas, técnicas y administrativas de individuos y organizaciones que participan en los esfuerzos de conservación forestal. Dichas actividades podrían incluir, por ejemplo, cursos de capacitación a corto plazo, internados y recorridos de estudio; desarrollo de servicios de extensión comunitaria; programas de educación ambiental y de concientización pública; aumento del programa universitario en gestión forestal o biología de conservación; o educación y capacitación a fin de desarrollar la capacidad de las organizaciones no gubernamentales locales;

D. Restauración, protección, o uso sostenible de diversas especies animales y de plantas. Dichas actividades podrían incluir, por ejemplo, la rehabilitación de bosques degradados; caza sostenible, pesca y cría de animales; mejora la salud y vitalidad forestal e investigación y desarrollo pertinente; esfuerzos a fin de evaluar y abordar problemas de aplicación de las leyes forestales y prácticas ilegales relacionadas;

E. Investigación e identificación de usos medicinales de las plantas de los bosques tropicales a fin de tratar enfermedades humanas, dolencias y cuestiones de salud relacionadas. Dichas actividades podrían incluir por ejemplo, estudios de etnobotánica; recolección de muestras y análisis; o preparación de documentos técnicos, publicación y difusión;

F. Desarrollo y apoyo de los medios de subsistencia de individuos que vivan en o próximos a un bosque tropical de una manera coincidente con la protección de dicho bosque tropical. Dichas actividades podrían incluir, por ejemplo, el desarrollo de empresas de mujeres y empresas basadas en la comunidad y otras empresas de medios de subsistencia en armonía con el medioambiente que se relacionen con productos derivados o no derivados de la madera; aplicación de prácticas de aprovechamiento de bajo impacto; promoción y aplicación de métodos de conservación de suelos; establecimiento de sistemas agro-forestales; o desarrollo de especies de árboles de usos múltiples fuera de los bosques naturales.

El acuerdo establece, además, que para la guía de aprobación de los proyectos (donaciones), el Consejo podrá identificar según considere necesario prioridades con relación a las actividades específicas “prestando especial atención a los proyectos para consolidar y mejorar

las áreas protegidas dentro de la Reserva del Parque Nacional San Rafael, que contiene rica diversidad de especies nativas frente al alto riesgo que implica la intervención humana.”

Como se ve, el proyecto no colisiona en absoluto con la ley en análisis, y tampoco parece afectar el componente de la adicionalidad. En efecto, según los documentos del proyecto, se requiere que el mismo no esté ordenado por alguna ley u otro tipo de marco regulatorio vigente en el país.²⁰ Así, pues, si bien la Ley 3.003/06 establece la posibilidad de importantes beneficios para la zona de “San Rafael”, esto no significa que los lineamientos del proyecto coincidan con algún mandato impuesto por dicha ley.

2. RESPUESTA A LA SEGUNDA CUESTION

Ciertamente que en el sistema jurídico paraguayo existen numerosas disposiciones legales que regulan la adquisición, tenencia, uso, etc. de la tierra en relación a las comunidades y parcialidades indígenas. Así puede mencionarse a modo de ejemplo que la Ley N° 904/81 “*Estatuto de las Comunidades Indígenas*” regula la cuestión en los artículos comprendidos entre el 14 y el 27. Por su parte, la Ley N° 234/93 “*Que aprueba el Convenio No. 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*”, también trata el tema en varias disposiciones contenidas en la misma. Por ejemplo, el Art. 6° establece la obligación de la consulta previa y participación en relación a medidas administrativas o legislativas que pudieran afectar a los pueblos

²⁰ Según el VOLUNTARY CARBON STANDARD (VCS): “*The project shall not be mandated by any enforced law, statute or other regulatory framework*”.

indígenas. El Art. 7° se refiere a los estudios previos que deben realizarse en los casos de incidencia social, espiritual, cultural o sobre medio ambiente, que pudieran tener las actividades de desarrollo. Los Arts. 13, 14, 15 y 16 contemplan, específicamente la cuestión de la tierra. En especial el Art. 14 establece 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.

Se ha analizado, además, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, adoptada por Resolución aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2.007. La cuestión de la tenencia y propiedad de sus tierras ancestrales se contempla en los Artículos 8°, 9°, 10, 26, 27, 28, 29 y 32. En ellos se consagra el derecho a vivir en sus territorios; a usarlos en su forma tradicional; a no ser desplazados de los mismos; a la indemnización justa en caso de privación de sus tierras; a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos; a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Finalmente, el Art. 32 establece que:

...

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Lo importante de remarcar es que las consultas y participación de las comunidades indígenas se refieren a las medidas **administrativas o legales** que vayan a adoptarse por el Estado, y siempre que se trate de sus tierras o territorios. Tratándose de inmuebles de propiedad privada, no creemos que la consulta sea un requisito legalmente exigible. Es verdad, como resulta obvio, que los particulares no pueden adoptar medidas que vulneren los derechos de las comunidades indígenas involucradas.

Hay que decir, por otra parte, que según información proporcionada por el INDI, la etnia predominante en “San Rafael” (zona a la que los indígenas denominan Tekoha Guasu) es la Mbya Guaraní, con alrededor de 20 comunidades indígenas, de las cuales cinco son propietarias de sus tierras y once se encuentran asentadas en inmuebles particulares. Los indígenas sufren, también, el problema de las invasiones de tierras por parte de campesinos de la zona. En suma, las comunidades indígenas de “San Rafael” tienen importantes problemas sin resolver, pero que no incumben legalmente a la mayoría de los propietarios particulares de la zona de “San Rafael”.

Partiendo del supuesto de que no existen reclamos oficiales por parte de comunidades indígenas de la zona respecto de las propiedades de Guyrá Paraguay, de las normas analizadas no surge que pueda existir obstáculo legal alguno para el proyecto REDD en gestación. Podría decirse, además, que es previsible que un proyecto REDD beneficie y no perjudique a las comunidades indígenas de la zona, así como al Parque Nacional proyectado.

En realidad, los reclamos que ocasionalmente se esbozan, guardan más relación con cuestionamientos de orden moral o práctico, antes que legal. Así, por ejemplo, se plantea que los proyectos que retribuyen servicios ambientales legalizan la destrucción del ambiente en otros sitios, porque permiten compensar el impacto negativo provocado, pagando una suma de dinero por la protección que se haga a la biodiversidad en algún otro lugar. Se afirma, también, que la retribución por servicios ambientales sólo beneficia a las personas que tienen la capacidad económica para gestionarlos y que son titulares del derecho de dominio, provocando una notoria desigualdad en relación a los pobladores más pobres. Se agrega, frecuentemente, que las actividades conservacionistas elevan el valor de mercado de las tierras, perjudicando, nuevamente, a las clases más pobres (entre los que se encuentran los indígenas) quienes pierden la posibilidad de adquirirlas. Por otra parte, se ha dicho que las áreas protegidas privadas podrían desembocar en un acceso limitado a la caza y recolección que reclaman las comunidades indígenas. Se afirma, finalmente, que es moralmente reprochable lucrar con aquello que es patrimonio de toda la humanidad, imprimiéndole al ambiente un carácter mercantilista. En realidad los cuestionamientos guardan relación, más bien, contra toda forma de protección, ya sea pública o privada, por considerarlas contrarias a los derechos ancestrales de las comunidades de la zona. Sin embargo, mientras el Estado Paraguay mantenga la vigencia de las normas legales que prevén la creación del *Parque Nacional San Rafael*, hay que decir que tales cuestionamientos carecen de sustento en el derecho positivo paraguayo.

Para concluir con el presente apartado, conviene señalar que, de acuerdo con el CCB STANDARDS,²¹ se exigen evaluaciones y consultas en caso de que el proyecto pueda alterar actividades que resulten importantes para

²¹ Ver Sección General, Apartado G5, Indicadores, numerales 3 y 4.

el modo de vida y cultura de comunidades de los pueblos indígenas de la zona.

3. RESPUESTA A LA TERCERA CUESTION

A partir de la evaluación del marco jurídico aplicable al *Area de Reserva para Area Silvestre Protegida “Parque San Rafael”*, podemos concluir, cuanto sigue:

1. **No existe un “Parque San Rafael”.** “San Rafael” es creado por Decreto No 13.680 del 29 de mayo de 1.992, que declara la zona de la Cordillera “San Rafael” como “*reserva para parque*”. Nada indica, conforme a la Ley 352/94 que “San Rafael” sea un *Area Silvestre Protegida*. Asimismo, de acuerdo con las categorías de manejo previstas en la Resolución No 200/01 de la SEAM, “San Rafael” no puede ser incluida dentro de la categoría II (Parque Nacional), por no contar con las características allí descriptas.
2. **“San Rafael” no es una *Reserva de Recursos Manejados*.** Esta afirmación merece las siguientes aclaraciones. Aun cuando existe un Decreto (16.610/02) que lo declara como Reserva de Recursos Manejados, el mismo ha sido derogado por el Decreto N° 5.577/05. Por otra parte, un Decreto posterior (5.638/05) vuelve a la denominación de “*Reserva para Parque Nacional San Rafael*”, obviando en todo momento la categoría de *Reserva de Recursos Manejados*, por lo que puede entenderse que la misma ha sido dejada sin efecto.

3. **“San Rafael” no es, en rigor, una *Area Silvestre Protegida*.** Si bien es cierto que el Decreto 13.680, de su creación, lo incorpora al SINASIP, esto no significa que sea, efectivamente, un Area Silvestre Protegida. Consideramos que en realidad es un “Area Silvestre Protegida Potencial”, de acuerdo con la calificación que hace el Art. 64 de la Ley 352. Por consiguiente, “San Rafael” no tiene la protección integral de un *Area Silvestre Protegida*.
4. **Las fincas comprendidas dentro del área de “San Rafael” son propiedades privadas que sólo tienen una *restricción de dominio*.** Las propiedades comprendidas en “San Rafael” al no ser un *Area Silvestre Protegida*, no tienen el mismo régimen jurídico que estas, sino uno diferente, que se limita a imponer sobre las fincas que la integran, *restricciones de dominio*, contempladas en el Art. 24.b) de la Ley 352. No está demás agregar que por razón de otras disposiciones legales -que no guardan relación con la regulación de las *Areas Silvestres Protegidas*-, la zona de San Rafael también tiene la restricción de dominio impuesta por la Ley 2524/04 (y sus prórrogas sucesivas), así como la establecida en el Art. 42 de la Ley 422/73.
5. **Derechos tradicionales de los pueblos indígenas.** Tales derechos les han sido reconocidos otorgándoseles diversas fincas en la zona (más de 10.000 hás.), las cuales quedan excluidas del futuro parque nacional “San Rafael”, por disposición expresa del Art. 25.c). En efecto, puesto que no pueden ser ni vendidas ni expropiadas, nunca podrán ser bienes del dominio público del Estado, lo que constituye un requisito ineludible para su integración al Parque Nacional. En relación a los reclamos que pudieran tener las

comunidades indígenas con respecto a un eventual proyecto REDD en la zona de “San Rafael”, no contarían con sustento legal; sino que, a lo sumo, con argumentos de orden práctico o moral.

Es mi dictamen

Juan Carlos Mendonça Bonnet