

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y JURIDICAS

Seminario sobre Adaptaciones Teóricas y Técnicas Recientes

Título: Daño Ambiental y su tratamiento por el Derecho Penal.

**Alumnos: Perez Jacquez Santiago - Sereno Mauricio Alexis -
Urbano Carla Florencia**

Carrera: Abogacía.

Asignatura: Derecho Penal I

Docente Director de Tesis: Dr. Alejandro Osio

Año: 2016.

<u>INDICE</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN.....	5

TÍTULO I: NOCIONES GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL.....	9
Capítulo I: Noción del ambiente.....	9
Capítulo II: Origen del derecho ambiental.....	11
Capítulo III: Principios del derecho ambiental.....	13
TÍTULO II: ANÁLISIS DE LA NORMATIVA PENAL VIGENTE.....	19
Capítulo I: Legislación Internacional.....	19
Capítulo II: Legislación Nacional.....	20
Capítulo III: Legislación Provincial.....	26
Capítulo IV: Relación Derecho Penal-Derecho Administrativo...28	
Capítulo V: Daño ambiental y la Constitución Nacional.....29	
Cap. V.1: Amparo Ambiental.....	33
TÍTULO III: DAÑO AMBIENTAL Y SU TRATAMIENTO POR EL DERECHO PENAL.....	34
Capítulo I: El daño Ambiental.....	34
Cap. I.1: El rol del derecho penal ambiental.....	36
Cap. I.2: Delitos Ambientales.....	37

Capítulo II: El bien jurídico tutelado.....	39
Capítulo III: Análisis de la estructura del delito ambiental.....	42
Cap. III.1: Tipo Objetivo.....	42
Cap. III.2: Tipo Subjetivo.....	48
Cap. III.3: De los delitos en particular.....	52
Cap. III.3.1: Código Penal.....	52
Cap. III.3.1.1: Delitos de daño.....	53
Cap. III.3.1.2: Delitos contra la Seguridad y Salud Pública.....	53
Cap. III.3.1.3: Delito de Usurpación de Aguas.....	71
Cap. III.3.1.4: Proyecto de modificación del Código Penal.....	74
Cap. III.3.2: Leyes Especiales.....	78
Cap. III.3.2.1: Ley de Fauna N° 22.412.....	78
Cap. III.3.2.2: Ley Sarmiento N° 2.786.....	80
Cap. III.3.2.3: Ley de protección del Patrimonio Arqueológico N° 25.743.....	80
Cap. III.3.2.4: Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051.....	81
Cap. III.3.2.5: Ley Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de actividades de servicio N° 25.612.....	83

Cap. III.3.3: Otros tipos de daños.....	83
Cap.III.3.3.1: Daños de Origen Nuclear.....	83
Cap. III.3.3.2: Daños causados por Hidrocarburos.....	84
Cap. III.3.4: Prescripción: Delito Continuado.....	86
TÍTULO IV: DERECHO PENAL AMBIENTAL. NUEVAS PERSPECTIVAS.....	87
Capítulo I: Normativa Penal Ambiental.....	87
Capítulo II: Alternativas al Derecho Penal Clásico.....	90
Capítulo III: Nuevos paradigmas regionales y su constitucionalización.....	92
CONCLUSIÓN.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	97

Introducción

“El error consistió en creer que la Tierra era nuestra cuando la verdad de las cosas es que nosotros somos de la Tierra” Nicanor Parra Sandoval.

El ambiente existe desde antes que la especie humana. En las primeras comunidades que habitaron nuestro planeta existía una gran conciencia acerca del respeto que el hombre debía tener por la naturaleza y la relación de dependencia que a ella lo unía.

No obstante, a medida que el hombre va incrementando su dominio sobre la naturaleza y las posibilidades de modificarla, se aleja de esa concepción inicial y empieza a creer que los recursos naturales son inagotables, lo cual a llevando a altos niveles de explotación, contaminación y el consecuente daño ambiental que todo ello genera.

El origen del proceso de deterioro medioambiental, habría que buscarlo hacia mediados del siglo XVIII, en el contexto de la denominada Revolución Industrial, que tuvo su epicentro en Inglaterra, principalmente, y dio origen a dos procesos diferentes: el nacimiento de una nueva clase social, el proletariado, denominada

así por diversos teóricos sociales, con Karl Marx¹ a la cabeza. Y, en segundo lugar, el consumo masivo de recursos naturales. A partir de la necesidad técnica de combustibles fósiles para el funcionamiento de las calderas de las maquinarias, la escalada contaminante tuvo su inicio de manera incipiente².

En el daño ambiental se reconoce una base natural o biológica del problema y una serie de factores de índole social que lo complican, que atentan contra las materias y recursos indispensables para las actividades productivas y culturales implicando la destrucción de las relaciones hombre-espacio, lo cual ha hecho surgir la necesidad de cambiar los modelos antiguos de relación con la naturaleza y evitar así efectos indeseables.

El delito contra el medio ambiente y los recursos naturales es el tipo que le permite a la humanidad la prevención, protección, conservación, mejoramiento y restauración del medio ambiente y los recursos naturales, renovables y no renovables, asegurando su uso racional y sostenible.

¹ KARL MARX: (1818 – 1883). Filósofo, intelectual y militante comunista alemán de origen judío. Padre del Socialismo Científico, del Comunismo Moderno, del Marxismo y del Materialismo Histórico. Sus escritos más conocidos son el “Manifiesto del Partido Comunista” y “El Capital”.

² LIBRO “DELITOS ECOLÓGICOS” del Dr. Mauricio Libster. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pág.25.

El presente trabajo pretende analizar la cuestión desde la órbita analítica de lo jurídico en la materia, con acento en las cuestiones penales, teniendo como objetivo servir como una herramienta para todos aquellos que dentro de sus actividades involucren conductas que se encuentren estrechamente relacionadas con el medio ambiente y quieran conocer sobre su evolución, la tutela del derecho penal al daño ambiental, el alcance de la legislación penal ambiental, la normatividad ambiental vigente en el orden internacional, nacional y provincial, como así también, el tratamiento dado a la materia en cuestión en diferentes países del mundo.

Para alcanzar éste objetivo y a los fines de lograr la mayor claridad posible, el presente trabajo se dividirá en cuatro títulos, los primeros dos vinculados al daño ambiental, y el tercero y cuarto, específicamente al análisis penal de la materia. Inicialmente se hará una presentación sobre las nociones generales del Derecho Ambiental, dentro de la cual se desarrollará la noción de ambiente, el origen del derecho ambiental, como así también, se hará un breve enfoque del tratamiento dado al daño ambiental en la órbita del derecho internacional desarrollando los principios que son base y rigen todo el derecho vinculado a la protección del ambiente.

En el segundo título, se procederá a realizar el análisis de la normativa vigente, a nivel internacional, nacional y provincial, como

también la relación del derecho penal con el derecho administrativo en la materia, ya que muchas veces la práctica de actividades que pueden dañar al ambiente y el derecho ambiental tienen como punto de partida el derecho administrativo a través de instituciones clásicas del sector público referidos a la autorización y/o concesión, inspección y vigilancia, todo lo cual complementa al derecho penal para exigir la responsabilidad por los daños al ambiente. Y, por último, se hará un enfoque del daño ambiental y la Constitución Nacional, la cual en la última reforma del año 1994 incorporó herramientas jurídicas fundamentales para garantizar la protección del medio ambiente, dando pie a la promulgación de leyes referentes al derecho ambiental.

Seguidamente, en la tercera parte, como ya se dijo, se apuntará concretamente al tratamiento dado al ambiente por el derecho penal, y a tal fin se comenzará considerando el daño ambiental, el rol del derecho penal en el medio ambiente, culminando con el estudio del delito ambiental. Posteriormente se tratará el bien jurídico tutelado por ésta rama del derecho, y se hará un análisis del tipo objetivo y el tipo subjetivo de dicho delito.

Finalmente, para concluir el presente trabajo, se hará un breve enfoque de la normativa penal ambiental vigente, las alternativas al derecho penal clásico y los nuevos paradigmas regionales en

derecho ambiental que lograron la constitucionalización en países como Ecuador y Bolivia.

TITULO I: NOCIONES GENERALES DEL DERECHO AMBIENTAL

Capítulo I. Noción del ambiente

Para comenzar a introducirnos en el tema, la delimitación del concepto de medio ambiente es fundamental, ya que a partir de su conceptualización podemos saber cuáles bienes lo integran y quienes merecen la protección jurídica.

Según Jordano Fraga por ambiente se entiende la "sistematización de distintos valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un momento y espacio determinado la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos".³

Siguiendo al mismo autor podemos hablar de dos tipos de conceptos de medio ambiente, uno restringido y otro amplio. El concepto *restringido* nos hace alusión al derecho ambiental en su faceta

³Blog DERECHO A RÉPLICA – “DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE” por Gabriela Caballero y Romina García.

natural, sin tener en cuenta los elementos culturales. Por el contrario, el concepto *amplio* de medio ambiente incluye los elementos culturales, es decir elementos naturales en relación con el hombre y su entorno social.⁴

Jorge Mosset Iturraspe, sostiene en su texto “Daño Ambiental”, que “por ambiente o entorno o medio se entiende la sistematización de distintos valores, fenómenos, y procesos naturales, sociales y culturales que condicionan en un momento y espacio determinados la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio entre el hombre y los diferentes recursos”. Como se puede observar la definición de Iturraspe no se limita a los aspectos naturales, sino que integra los elementos culturales al concepto, adoptando una definición amplia de medio ambiente.⁵

Sostener ésta postura amplia genera algunos problemas, pues éstas abarcan tanta cantidad de elementos a proteger, que crean una relación inversamente proporcional con la eficacia protectora de las herramientas jurídicas creadas por el derecho ambiental.

⁴Blog DERECHO A RÉPLICA – “DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE” por Gabriela Caballero y Romina García.

⁵Libro “DAÑO AMBIENTAL” tomo I de Jorge Mosset Iturraspe, Ed Rubinzal Culzoni de 1999, pág. 86 y sig.

Capítulo II. Origen del derecho ambiental

La preocupación por el medio ambiente tiene lugar ya desde hace varios años, pero su positivización y tratamiento por la doctrina data de poco tiempo, tratándose de un derecho nuevo, dinámico, en constante evolución. Uno de los hechos más aberrantes de la historia fue el primer paso para comenzar a pensar en una regulación del daño ambiental en todas sus facetas: las bombas atómicas lanzadas por Estados Unidos sobre Japón en agosto de 1945, que dieron fin a la Segunda Guerra Mundial, hechos que significaron un quebrantamiento de la relación hombre-ambiente. A pesar de este hecho, el avance en materia de derecho ambiental podemos encontrarlo en la “Conferencia de Estocolmo” en 1972, que centró la atención internacional en temas medioambientales, especialmente los relacionados con la degradación ambiental y la contaminación transfronteriza, lo que se conoce también como internacionalización del daño. Este último concepto era muy importante, ya que señalaba el hecho de que la contaminación no reconoce límites políticos o geográficos, y afecta a los países, regiones y pueblos más allá del lugar en el que se producen los acontecimientos. Estos problemas medioambientales se relacionan con todo tipo de contaminación, el cambio climático siendo éste una de las principales consecuencias del efecto invernadero, la

reducción de la capa de ozono, el uso y administración de los océanos y los recursos de agua dulce, la deforestación excesiva que produce desertificación y degradación de la tierra, los vertidos peligrosos y la disminución de la diversidad biológica.

Luego de 20 años, en la “Cumbre para la Tierra” se reconoció internacionalmente el hecho de que la protección del medio ambiente y la administración de los recursos naturales deben integrarse en las cuestiones socioeconómicas de pobreza y subdesarrollo. La reunión de Río de Janeiro concluyó que los distintos factores sociales, económicos y medioambientales son interdependientes y cambian simultáneamente. Hay que resaltar que el objetivo principal de la Cumbre fue introducir un programa completo y un plan acabado, para la acción internacional en temas vinculados a la protección del medio ambiente y de desarrollo, que ayudarían a guiar la cooperación entre todos los Estados y permitirían elaborar programas en los próximos años.

Años más tarde, en 1997 tuvo lugar el “Protocolo de Kyoto”, el cual fue auspiciado por la ONU para la lucha por el cambio climático. En éste caso el objetivo era que los países mayormente industrializados logren reducir en forma gradual sus emisiones de gases de efecto invernadero en relación al nivel de 1990. Como contrapartida se

otorgarían compensaciones financieras para facilitar el cumplimiento de dicho fin.⁶

Capítulo III. Principios del daño ambiental

Haciendo referencia al capítulo anterior, podemos decir que el proceso iniciado en Estocolmo y culminado en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo de Rio de Janeiro del año 1992, fijó las bases del derecho ambiental internacional en su concepción moderna. Ésta, dio origen a los principales instrumentos y principios para lograr sus objetivos, contemplándose al hombre como obra y artífice de su medio; además, se reconoce el derecho fundamental a la vida en un ambiente sano – incorporado a nuestra Constitución Nacional en el art. 41, en la reforma de 1994- y la obligación de proteger el medio para las generaciones presentes y futuras.

La Convención de Estocolmo privilegió vincular al hombre con su ambiente en las dos direcciones posibles, como causante de perturbaciones y como receptor de sus efectos. Por eso se centró en el reconocimiento de hombre como parte de su ambiente y en el derecho a vivir en un ambiente que le permita llevar una vida digna.⁷

⁶ Blog FEDERACIÓN UNIVERSITARIA – “HISTORIA DEL DERECHO AMBIENTAL”, UBA.

⁷ Libro “EL DAÑO AL AMBIENTE” de Leonardo Fabio Pastorino, Ed. Lexis Nexis, 1° Ed, 2005, pág. 80.

De los instrumentos internacionales antes mencionados surgen como consecuencia *principios de derecho ambiental*. La formación de los principios del derecho no es igual en todas las disciplinas, así, en las materias codificadas nacen por inducción de distintos artículos e interpretaciones y su papel es fundamental, ya que a ellos se acude para colmar las lagunas de derecho en caso de ausencia de una disposición para el caso concreto. Pero en esta nueva rama, los principios surgen a partir del método deductivo y se encuentran condicionados a la política. Pastorino distingue dos clases de principios: a) principios que son aplicaciones específicas del derecho internacional, b) principios que son propios del campo ambiental. A continuación, desarrollaremos los puntos más relevantes de estos principios.

PRINCIPIOS QUE SON APLICACIONES ESPECÍFICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

- *Soberanía de los Estados de explotar sus recursos naturales de acuerdo con su propia política ambiental.*

Tiene su reconocimiento en el principio 21 de la Declaración de Estocolmo que dice: *"De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar*

que las actividades que se lleven 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". Este principio fue reformulado luego en la Declaración de Río, como ya se vio, fijando además la responsabilidad por los efectos que las actividades propias puedan causar fuera de los límites nacionales y la obligación activa de velar por el modo en que deben realizarse esas actividades.

- *Deber de los Estados de no causar daño al ambiente de otros Estados o en las zonas no sometidas a ninguna jurisdicción nacional*

Es un complemento del principio anterior. Cada Estado tiene el deber de diligencia, de imponer un sistema de vigilancia respecto de las actividades que se ejercen en su territorio o bajo su jurisdicción, y debe responder por sí mismo ante los restantes miembros de la comunidad internacional.

- *Cooperación internacional para proteger el ambiente*

Es un requisito ineludible para la protección del ambiente, para esto los Estados deben cooperar tanto en los casos de contaminación transfronteriza como en los de recursos naturales compartidos, así como en la conservación del ambiente en su globalidad. Este principio está previsto en la Declaración de Estocolmo, que

establece: *"Todos los países, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio"*. Es reformado luego en la Cumbre de Rio, dándole mayor amplitud y una mirada social más abarcativa, estableciendo que todos los pueblos deben cooperar con la labor esencial de suprimir la pobreza, lo que constituye una condición indispensable para el desarrollo sustentable.

- *Deber de información sobre las actividades que pueden ejercer efectos negativos sobre el ambiente en el extranjero*

Relacionado con el principio de no producir daño a otros Estados y con el de cooperación internacional, nos encontramos con éste principio, por el cual los Estados se obligan a informar y consultar a los otros Estados con antelación a la ejecución de aquellas obras o actividades que puedan ocasionar perjuicios ambientales. La declaración de Rio lo recoge en el 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 estos Estados"*.

PRINCIPIOS PROPIOS DEL CAMPO AMBIENTAL

- *Desarrollo sostenible*

La idea de desarrollo sustentable se refiere a la fórmula de satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer a las generaciones futuras. Este principio fue adoptado por la Declaración de Río, y se estableció que en cada Estado se debe pensar un modelo de desarrollo que parta del conocimiento de la capacidad del ambiente para sostenerlo sin agotar su disponibilidad.

- *Derecho a la participación en la formulación de políticas y control ambiental.*

Es necesario advertir que sin un debido acceso a la justicia por parte de todos los interesados no se podría pensar en la adopción de medidas acordes a un reconocimiento de los derechos colectivos, es decir que el no acceso amplio a la legitimación termina por favorecer el proceso de privatización del ambiente por parte de los titulares de derechos económicos. Nuestra Constitución Nacional no queda al margen de la cuestión, y como se verá más adelante, establece una amplia legitimación

- *Prevención y Precaución*

El primero de ellos establecido en la Declaración de Estocolmo cuando hace referencia a las generaciones futuras y en Río respecto del desarrollo sostenible, que lleva la idea de evitar daños y proveer a una administración racional de los recursos para evitar su

agotamiento y tomar todas las medidas posibles para evitar la contaminación.

Con respecto a la precaución, el principio 15 de la Declaración de Rio dice: *"Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución de acuerdo 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"*.⁸

TÍTULO II: ANÁLISIS DE LA NORMATIVA AMBIENTAL VIGENTE

Capítulo I. Legislación Internacional

Hemos nombrado en el recorrido del presente trabajo varias normas internacionales, todas corporizadas en forma de tratados en el seno de la Organización de Naciones Unidas, y algunos otros tratados multilaterales o transfronterizos.

El punto de partida en cuanto a la protección del medio ambiente fue, como ya vimos, la *Conferencia de Estocolmo* de 1972, donde se aprobaron un gran número de textos y una declaración sobre el

⁸ Libro "EL DAÑO AL AMBIENTE" de Leonardo Fabio Pastorino, Ed. Lexis Nexis, 1° Ed, 2005, pág. 78 a 99.

ambiente por el cual se formaba un plan de acción entre los países firmantes. No solo afirma la existencia de un derecho humano al ambiente, sino que se considera también a los recursos naturales como un interés fundamental de las generaciones presentes y futuras, se afirma que el ambiente es patrimonio de la humanidad.

La *Convención de la Unesco* del mismo año, estableció que la destrucción de un bien perteneciente al patrimonio cultural y natural implica un empobrecimiento nefasto de todos los pueblos del planeta.

En la *Cumbre para la Tierra de 1992* se reconoció internacionalmente el hecho de que la protección del medio ambiente y la administración de los recursos naturales deben integrarse en las cuestiones socioeconómicas de pobreza y subdesarrollo.

La *reunión de Río de Janeiro* señaló, como ya se dijo, que los diferentes factores sociales, económicos y medio ambientales son interdependientes y cambian simultáneamente. El objetivo principal de la Cumbre fue introducir un programa extenso y un plan nuevo para la acción internacional en temas de medio ambiente y de desarrollo que ayudarían a guiar la cooperación internacional y el desarrollo de programas en el próximo siglo.

El *Protocolo de Kyoto* es un instrumento internacional, cuyo objetivo primordial es el de luchar contra el cambio climático. El objetivo es que los países industrializados reduzcan en forma gradual y en la mayor medida posible sus emisiones de gases de efecto invernadero, siendo éstos uno de los factores más influyentes en las alteraciones climáticas.

Capítulo II. Legislación Nacional

En materia de leyes nacionales, vale destacar la ley 20.284 de 1973, denominada "*Plan de Prevención de Situaciones Críticas de Contaminación Atmosférica*", siendo ésta una de las primeras leyes de nuestro país que tenía por objeto la protección del ambiente, la cual contiene disposiciones para la preservación de los recursos del aire, en ella se dice "*el aire, el agua y el suelo son los elementos que conforman el ambiente ecológico en que se desenvuelve el hombre, y toda acción que tienda a preservarlo en las mejores condiciones posibles, está dirigida a las sociedades que se sirven de ella*".

El año 2002, se sanciona una de las leyes más importantes sobre protección del ambiente, la denominada "*Ley General del Medio Ambiente*" (25.675 – LGA), la cual intenta regular todas las conductas del hombre que influyen en el hábitat en el cual está inmerso. Dicha ley, en su artículo noveno crea el COFEMA (Consejo

Federal del Medio Ambiente) cuya función principal es la de “formular una política ambiental integral, tanto en lo preventivo como en lo correctivo, en base a los diagnósticos correspondientes, teniendo en consideración las escalas locales, provinciales, regionales, nacionales e internacionales”.⁹ Así también, en su artículo 34, crea el Fondo de Compensación Ambiental, cuya finalidad será prevenir los efectos nocivos para el ambiente, su preservación y la de los elementos que lo integran, y la atención a las emergencias ambientales. La ley faculta a sus autoridades para determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración para minimizar el daño ocasionado.¹⁰

En cuanto al Juicio por Daño Ambiental, la LGA regula aspectos fundamentales que abarcan básicamente los siguientes conceptos: factor de atribución, legitimación activa y pasiva, jurisdicción, prueba, efectos de la sentencia y reparación.¹¹ A continuación, se procederá a realizar algunas consideraciones sobre cada uno de los puntos mencionados.

- FACTOR DE ATRIBUCIÓN

⁹Blog DERECHO A RÉPLICA – “DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE” Por Gabriela Caballero y Romina García.

¹⁰ Artículo “EL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO Y LA NUEVA LEY GENERAL DEL AMBIENTE” Por Daniel Alberto Sabsay y María Eugenia Di Paola, Boletín Informativo “Anales de Legislación Argentina, año 2003, Buenos Aires, pág. 7.

¹¹ Artículo “EL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO Y LA NUEVA LEY GENERAL DEL AMBIENTE” Por Daniel Alberto Sabsay y María Eugenia Di Paola, Boletín Informativo “Anales de Legislación Argentina, año 2003, Buenos Aires, pág. 8.

La responsabilidad por daño ambiental se considera desprovista de aspectos subjetivos de atribución. Sin embargo, la ley sigue la tendencia mayoritaria, nacional e internacional, que se inclina por el sistema de responsabilidad objetiva. Así, en su artículo 28 establece que *el que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior de su producción*”, y el artículo siguiente prescribe *“la exención de responsabilidad solo se producirá acreditando que a pesar de haberse adoptado todas las medidas destinadas a evitarlo y sin mediar culpa concurrente del responsable, los daños se produjeron por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”*. Corresponde aclarar, que como se trata de un daño de incidencia colectiva, la referencia que hace la ley a la culpa de la víctima no tiene ninguna razón de ser, porque en éste caso la víctima es el propio ambiente y la colectividad, que no puede hacer efectivo su derecho a gozar de ese ambiente sano y equilibrado.

- LEGITIMACION ACTIVA Y PASIVA

En concordancia con la Constitución Nacional, la LGA establece una legitimación activa amplia, otorgando ésta facultad al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental. También lo puede hacer el Estado Nacional, Provincial y Municipal. Y, por último, el artículo 30 también reconoce

ésta facultad a aquel directamente afectado por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. En cuanto a las limitaciones procesales para éstos legitimados, la norma indica que una vez interpuesta la acción por daño ambiental, no pueden intervenir los restantes legitimados como titulares de la acción, pero sí lo pueden hacer como terceros. Asimismo, la ley establece que la acción por daño ambiental no obsta la posibilidad de petitionar mediante acción de amparo, la cesación de las actividades que generan el daño ambiental colectivo. En cuanto a la legitimación pasiva, la ley prevé dos aspectos, por un lado, establece en el artículo 31, la responsabilidad solidaria frente a la sociedad de quienes hubieran participado en la comisión del daño ambiental colectivo; y en segundo lugar, el art. 31 in fine establece que si el daño hubiese sido ocasionado por una persona jurídica, la responsabilidad se extenderá a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación. Ésta es la tendencia seguida en el marco del derecho penal ambiental.

- JURISDICCIÓN

Según la norma, los tribunales en los cuales debe interponerse la demanda por daño ambiental, son los correspondientes de acuerdo a las normas ordinarias de la competencia, es decir, que la jurisdicción correspondiente sería la civil, mientras fueros

ambientales. Pero en caso de que el conflicto tenga lugar entre el Estado y un particular, el mismo podrá ser planteado ante los tribunales contencioso – administrativos.

- MEDIDAS DE URGENCIA Y PRUEBA

La LGA, en relación a éste punto, establece amplias posibilidades de solicitar medidas de urgencia en cualquier etapa del proceso. En su art 31 establece *“el juez podrá disponer de toda medida destinada a ordenar, conducir, o probar los hechos dañosos (...) a fin de proteger el interés general”*. La prueba en el proceso ambiental ofrece diversas dificultades, por lo que en muchas ocasiones, es dificultosa su identificación.

- EFECTOS DE LA SENTENCIA

La norma, en su artículo 33, establece que la sentencia favorable en la materia hará *“(...) cosa juzgada y poseerá efectos erga omnes, a no ser que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”*. Se entiende que la expresión *cosa juzgada* abarca el aspecto formal y material, lo cual impide que la cuestión decidida vuelva a tratarse en el mismo proceso o en uno posterior.

Por otro lado, corresponde considerar la legislación de fondo emitida por el Congreso de la Nación, conforme a las facultades otorgadas por el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional. Así, el

Código Penal Código Penal sancionado en 1921, no contiene un capítulo específico sobre delitos ambientales, pero cuenta con un articulado dentro del capítulo “Delitos contra la Salud Pública y contra la Seguridad Pública”, que la mayoría de la doctrina entiende que corresponde al derecho penal ambiental argentino, todo lo cual será analizado en los capítulos siguientes; y el Código Civil y Comercial actual, luego de la reforma del año 2015, contiene disposiciones importantes en materia ambiental, los artículos 1 y 2 hacen referencia a las fuentes del derecho y su interpretación, es decir conforme a la CN y los tratados sobre derechos humanos.

"La importancia de las fuentes radica en que son los instrumentos con que cuentan los magistrados para resolver las cuestiones que rige el código, y en el caso de plantearse un litigio ambiental en el cual se contraponen leyes entre sí, el principio general es ambiental: esto que ya había sido establecido en la ley general del ambiente, ahora también se ha regulado en el nuevo código. Este principio general ambiental asigna un valor esencial a los tratados internacionales, dentro de ellos al de los derechos humanos, que son de aplicación directa y obligatorios para los estados y para los magistrados al fundamentar sus sentencias, teniendo en cuenta

además la categoría de derecho humano que asumió el derecho ambiental".¹²

También se incorporan en los artículos 14 y 240 los derechos de incidencia colectiva, que ya habían sido incorporados en la reforma constitucional de 1994, el cual comprende el derecho de todas las personas a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

Por último, corresponde remarcar que en los últimos años se han promulgado diversas leyes nacionales que tienen por objeto la protección del ambiente desde distintos puntos de vista, las cuales serán consideradas en Título III Capítulo 3 "De los delitos en particular", del presente trabajo.

Capítulo III. Legislación Provincial

Dentro de la legislación provincial, corresponde comenzar por la Constitución de la provincia, sancionada el 6 de octubre de 1960, la que expresa en su artículo 18: *"Todos los habitantes tienen derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber de preservarlo. Es obligación del Estado y de toda la comunidad proteger el ambiente y los recursos naturales, promoviendo su utilización racional y el mejoramiento de la calidad de vida. Los Poderes Públicos dictarán normas que aseguren:a) la protección del*

¹²Artículo "LAS NUEVAS NORMAS DEL AMBIENTE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO" por Graciela Woronowicz, 2016.

suelo, la flora, la fauna y la atmósfera;b) un adecuado manejo y utilización de las aguas superficiales y subterráneas; c) una compatibilización eficaz entre actividad económica, social y urbanística y el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales; d) la producción, uso, almacenaje, aplicación, transporte y comercialización correctos de elementos peligrosos para los seres vivos, sean químicos, físicos o de otra naturaleza; e) la información y educación ambiental en todos los niveles de enseñanza. Se declara a La Pampa zona no nuclear, con el alcance que una ley especial determine en orden a preservar el ambiente. Todo daño que se provoque al ambiente generará responsabilidad conforme a las regulaciones legales vigentes o que se dicten". Como se puede observar, hace cincuenta y seis años, ya los legisladores provinciales tenían en cuenta la importancia del medio ambiente y su protección, plasmándolo la defensa del mismo en la ley suprema provincial.

Posteriormente, se fueron sancionando diferentes normas tendientes a la protección ambiental, dentro de las cuales podemos mencionar: la ley N° 1194 de Conservación de la Fauna Silvestre; Ley N° 1667 de Defensa, mejoramiento y aprovechamiento de los bosques y tierras forestales; Ley 1914 Ley Ambiental Provincial; Ley N° 2139

que declara de interés público el uso sustentable del recurso suelo; Ley N° 1123 Código de Faltas Provincial; entre otras.¹³

Capítulo IV. Relación derecho penal – derecho administrativo

Uno de los problemas del Derecho Penal Ambiental es su dependencia del Derecho Administrativo, pudiendo causar una contradicción valorativa como la que resultaría de la concurrencia de una prohibición penal y una permisión administrativa.

Se ha sostenido, en contra de esta dependencia extrema que al utilizarse la técnica de la ley penal en blanco, es decir, la necesidad de recurrir a otras normas complementarias de las leyes ambientales, la administración tiene en sus manos la creación de los llamados espacios de riesgos permitidos que llevarían a enfrentarse al problema de la atipicidad de ciertas conductas, olvidando que la idea de riesgo permitido no está en manos de la administración, sino del Derecho Penal ya que de lo contrario llevaría a vaciar de contenido el tipo penal.

Además, muchas veces la práctica de actividades que pueden dañar al ambiente y el derecho ambiental tienen como punto de partida el derecho administrativo a través de instituciones clásicas del sector público referidos a la autorización y/o concesión, inspección y

¹³Blog DERECHO A REPLICA – “DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE” Por Gabriela Caballero y Romina García.

vigilancia, todo lo cual complementa al derecho penal para exigir la responsabilidad por los daños al ambiente.

Esto ha llevado a que se desconfíe de este sistema, ya que la regulación está más sujeta a la presión de los grupos económicos y de la industria, a los efectos de lograr alcanzar sus propios intereses en desmedro del ambiente.¹⁴

Capítulo V. Daño ambiental y la Constitución Nacional

Luego de la protección al ambiente mediante leyes dispersas se hacía necesario que ésta protección tuviera cabida en nuestra ley primaria, y así sucedió con la incorporación en el artículo 41 en la reforma constitucional de 1994. Algunas constituciones provinciales ya habían incorporado normas similares, como una obligación del Estado en proteger el medio ambiente mediante el amparo, la educación ambiental y la creación de la figura del Defensor del Pueblo.

El artículo 41 de la CN prescribe: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental*

¹⁴ Blog DERECHO A REPLICA – “DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE” Por Gabriela Caballero y Romina García, 2009.

generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este 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. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos".

La Constitución Nacional, al consagrar el derecho a un ambiente sano incorpora un mandato relativo al daño ambiental estableciendo que quién produce tal daño *"generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley"*.

Hubo quienes asimilaron el daño ambiental al derecho civil y a lo dispuesto del artículo 1083 del viejo Código Civil, cuando establece que *"el resarcimiento del daño consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior (...)"*, esto produjo las observaciones necesarias en la Convención constituyente porque consideraban que se trataba de la aplicación lisa y llana del derecho civil, por el que directamente se regula el resarcimiento, y con esto no se lograba los objetivos primordiales como la prevención. Por eso el convencional

Barcesat dijo que el daño ambiental, más que ser reparado debe ser prevenido, al contrario de lo que sucede en el derecho civil, el derecho ambiental debe actuar antes de que se produzca el daño concreto.¹⁵

La reforma de 1994 enuncia un principio general fundamental y de gran trascendencia, que es el de otorgarle a las provincias la facultad de disponer de sus recursos naturales y sus ambientes. Ambas facultades se complementan en razón de que la facultad de dictar normas básicas ha sido delegada a la Nación por las provincias – art. 121¹⁶ -, siempre que la misma no importe un vaciamiento de tal dominio.

La distribución de competencias se refleja entre el Art. 41 y el 124 de la Carta Magna al otorgarse a las provincias, en el año 1994, el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio y la legislación (techo) sobre sus ambientes.(Art. 41 C.N)

En relación a los presupuestos mínimos, dentro de cada territorio la responsabilidad en los temas ambientales corresponde a la Jurisdicción en la que se localizan, es decir, es de jurisdicción local.

Las responsabilidades de los gobiernos locales son primarias. Las

¹⁵Libro “EL DAÑO AL AMBIENTE” de Leonardo Fabrio Pastorino, Ed. Lexis Nexis, 2005, pág 125.

¹⁶ Art. 121 CN: Las provincias conservan todo el poder no delegado por ésta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por actos especiales al tiempo de su incorporación.

provincias tienen una responsabilidad fundamental en el manejo de los asuntos ambientales, ya que cada una de ellas conoce fehacientemente el material sobre el cual están llamados a legislar.

Al referenciar los presupuestos mínimos de protección ambiental enunciados por el artículo 41 párrafo tercero de nuestra ley suprema, primordialmente debemos decir, que el principio del federalismo argentino, que se desglosa de los artículos 1 y 121 de la Constitución Nacional, por el cual las provincias conservan todo el poder no delegado expresamente al gobierno federal, mantiene su plena vigencia, reconfirmada en 1994 al otorgar el constituyente el dominio originario sobre los recursos naturales a las provincias (artículo 124, última parte de la Constitución Nacional).¹⁷

V. 1 Amparo Ambiental

El art. 43 de la Constitución Nacional prescribe: *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar*

¹⁷Libro "TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL" Tomo I de Bidart Campos, pág. 132.

la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Incorporado en la norma transcripta, el amparo no ha perdido las características de expedito y rápido, si se tiene en cuenta el párrafo que hace referencia a otro medio judicial más idóneo. Cuando se trate de actos ilegítimos, donde la arbitrariedad e ilegalidad es manifiesta la acción de amparo tiene su campo de acción, con más razón si se tratan de derechos colectivos como lo es la protección al medio ambiente.

Cuenta con una legitimación activa muy amplia, con la frase "toda persona" quiere decir simplemente eso, sólo se necesita mostrar que la actividad que se pretende hacer cesar sea susceptible de generar un daño ambiental. Esta acción es fundamental para cumplir con la necesidad de prevención del daño, siendo éste el principal objetivo.¹⁸

¹⁸Libro "DELITOS ECOLÓGICOS" de Mauricio Libster, Ed. Depalma, 1993, pág. 258.

TÍTULO III: DAÑO AMBIENTAL Y SU TRATAMIENTO POR EL DERECHO PENAL

Capítulo I. El Daño Ambiental

En general se considera que existen problemáticas ambientales cuando a partir de la relación entre la sociedad y el medio físico se generan, sea en forma directa o indirecta, consecuencias negativas para la calidad de vida de la población presente o futura. Estas problemáticas dan origen al daño ambiental.

La Ley General del Ambiente define al daño ambiental en su art. 27 in fine el cual establece: “*Se define al daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos*”.¹⁹

El mencionado artículo diferencia el daño ambiental *per se* del daño a los individuos a través del ambiente. Dicha distinción es fundamental a la hora de analizar los elementos y características que definen a uno y a otro tipo de daño. En el caso del daño al ambiente, nos encontramos con un *daño al medio*, ya sea mediante su alteración o destrucción, que afecta la calidad de vida de los distintos seres vivos, sus ecosistemas y los componentes del

¹⁹Ley General del Ambiente (B.O 27/11/2002)

ambiente. Cuando existe daño al ambiente, no debe necesariamente concretarse un daño específico o puntual a las personas o a sus bienes particulares. Por el contrario, el *daño es producido a las personas o a sus cosas*, por un menoscabo al ambiente. En consecuencia, el ambiente es el medio a través del cual se le ocasiona una lesión o daño a una persona o a su patrimonio. En muchas circunstancias, ambas categorías de daños – al ambiente y a las personas – coexisten. Corresponde destacar que la diferenciación conceptual de ambos tipos de daño encuentra su fundamento en la Constitución Nacional²⁰.

Los avances tecnológicos tanto en la industria como en el campo han perturbado el medio ambiente, su destrucción puede tener una dimensión tal que amenace realmente el futuro del hombre sobre la tierra. Las exigencias económicas y de producción de bienes junto con la creciente ambición del hombre por el progreso y la acumulación de capitales llevan a que sea difícil hablar de protección al ambiente. Todo ello genera la necesidad de contar con una legislación específica en materia penal que regule el accionar del hombre como generador de daño ecológico. El Derecho debe intervenir de manera global buscando un equilibrio entre el bien

²⁰“EL DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO Y LA NUEVA LEY GENERAL DEL AMBIENTE” Por Daniel Alberto Sabsay y María Eugenia Di Paola. Publicado en: Anales de Legislación Argentina. Boletín Informativo. Año 2003 – N° 17 pág. 1-9. Buenos Aires: La Ley.

jurídico que se protege - al cual se hace referencia en el capítulo siguiente - y los fines económicos, evitando posturas extremas²¹.

I.1 El Rol del Derecho Penal Ambiental

Pensando en el derecho penal como la *última ratio* del sistema jurídico y su función subsidiaria y fortalecedora de otras disciplinas del derecho, y, en la entidad del fenómeno ecológico y ambiental, considerando su importancia en el ámbito de los intereses colectivos y en la condición de vida misma, no se puede negar que el derecho represivo tiene un rol importante que cumplir en ésta temática.

Casi todos los códigos penales del mundo, al margen de su antigüedad, contienen normas que hoy podrían ser calificadas de ecológicas.

La mayoría de la legislación moderna en materia ecológica y ambiental contiene, en alguna medida, disposiciones penales que buscan fortalecer su tutela, por ende, en este sentido, el derecho penal ya es una realidad en el marco de la ecología y el ambientalismo. Podemos definir al *derecho ambiental* como el conjunto de normas destinadas a regular la preservación y el funcionamiento del medio no social al cual el hombre pertenece y con el cual se interrelaciona, y se denomina *derecho penal ambiental*

²¹"DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE" Blog Derecho a Réplica, Por Gabriela Caballero y Romina García, 2009.

al conjunto de normas jurídicas de contenido penal tendientes a la protección del entorno en el que el hombre vive y con el que se relaciona²².

I.2 Delitos Ambientales

Delito y medio ambiente parecen ser dos conceptos paralelos aún pendiente en nuestro mundo jurídico, y es una cuenta pendiente para la sociedad, ya que muchas veces nosotros no identificamos la delictuosidad de un hecho cuando de contaminación se trata, principalmente por sus efectos a largo plazo.

En Argentina, el Código Penal, sancionado en 1921, carece de un capítulo en el que específicamente se tipifiquen los delitos ambientales, pero la doctrina considera que los artículos 200 a 208 de dicho cuerpo normativo integran el Derecho Penal Ambiental argentino.

Técnicamente se puede definir al delito como “*toda acción típica, antijurídica y culpable*”²³, es acción en sentido amplio, a veces implica un hacer, o sea, una actividad y a veces un no hacer, o sea, una omisión. Típica, ya que los caracteres objetivos del hecho delictivo

²²Libro “DELITOS ECOLÓGICOS” de Mauricio Libster, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 170y ss.

²³El esquema general de casi todas las teorías del delito es estratificado, o sea, que va del género (conducta, acción o acto) a los caracteres específicos (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) – MANUAL DE DERECHO PENAL – PARTE GENERAL – Segunda Edición de Eugenio Raúl Zaffaroni, Ediar, 2006, pág. 289.

deben encontrarse perfectamente determinados en la ley conforme el principio de legalidad previsto por nuestra Constitución Nacional en los art. 18 y 19. Antijurídica, por su oposición al derecho. Culpable, siendo éste el elemento subjetivo del delito que se desdobra en dolo o culpa, propiamente dicha, en la conducta del autor, la cual significa que el autor haya tenido la posibilidad exigible de comprender la antijuricidad de su conducta y que haya actuado dentro de cierto ámbito de autodeterminación. A fin de explicar más acabadamente ésta cuestión, en el tercer capítulo del presente trabajo se procederá al desarrollo del tipo objetivo y subjetivo de los tipos penales ambientales.

Por último, corresponde aclarar que casi la totalidad de los delitos ambientales son tipos penales en blanco, es decir, el supuesto de hechos se encuentra total o parcialmente dentro de una norma de carácter extra penal, frecuentemente administrativa.

Capítulo II. El Bien Jurídico Tutelado

Para entender a los llamados delitos contra el medio ambiente, es conveniente analizar el objeto de protección de los tipos penales de los que derivan, en consecuencia, se debe abordar la temática del bien jurídico protegido.

Lo importante en materia de bienes jurídicos es identificar desde una perspectiva penal, cuáles pueden y deben ser considerados importantes para ser tutelados por éste, y cuales otros merecen ser protegidos por otra rama del derecho, como puede ser el derecho administrativo o el derecho civil.

A manera de ejemplo: una persona enciende una fogata en el campo y se ocasiona un incendio que destruye un bosque. En este caso, es necesario determinar, por un lado, la materia de dicho acto, y por el otro, la naturaleza de la consecuencia jurídica que se aplicará (penal, civil, administrativa).

La mayoría de la doctrina penal, coinciden en atribuir al bien jurídico penal los siguientes elementos: a) un interés jurídico, b) individual o colectivo, c) jurídicamente protegido, d) con valor como para lograr la sana convivencia humana²⁴.

Cada uno de los delitos hoy regulados protegen los bienes que el legislador entiende como fundamentales para la sociedad y que, como tales, merecen la protección legal. A los fines de este trabajo

²⁴ Según VON LISZT el bien jurídico puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico. "EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL" de Mariano Kierszenbaum, pág 34. En tanto que RAÚL ZAFFARONI lo entiende como la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que les afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas. TRATADO DE DERECHO PENAL, parte general, vol. 3, Buenos Aires, Ediar, Pág. 240.

es fundamental remarcar que el bien jurídico que debemos proteger es el Medio Ambiente como se refiere nuestra Constitución en su art. 41. La necesidad de protección penal al medio ambiente parece ineludible, más aún cuando la norma constitucional reconoce, de manera explícita, el derecho a un ambiente sano.

El medio ambiente como bien jurídico debe involucrar tanto a los elementos de la naturaleza como a los creados por el hombre. Siguiendo la clasificación de la Comisión Económica para Europa, de la Organización de las Naciones Unidas, el medio ambiente estaría integrado por el entorno natural y el entorno creado. Se entiende por *entorno natural* al integrado por los recursos naturales vivos o biológicos (biósfera), que son la flora, la fauna, el suelo agrícola y el hombre; y por los recursos naturales inertes, que son la tierra no agrícola, las aguas (hidrósfera), los minerales (litosfera), la atmósfera, el espacio aéreo, los recursos geotérmicos, la energía primaria y los recursos escénicos y panorámicos. En cambio, el *entorno creado* está compuesto por los bienes materiales, básicamente derivados de la producción humana y que incluyen obras arquitectónicas y artísticas, y los inmateriales, que van desde los ruidos y olores hasta los paisajes y sitios históricos. Siguiendo este esquema, debe ser materia de tutela, tanto la lucha contra la contaminación, como la defensa del llamado marco de vida que

comprende la protección del paisaje, de la naturaleza y del patrimonio artístico²⁵.

El bien jurídico ambiental pertenece a la categoría de los bienes jurídicos colectivos, y es de fundamental importancia ya que afecta a la comunidad como tal, sea en forma directa o indirecta, mediata o inmediata, encontrándose estrechamente vinculado a las necesidades existenciales de todos los habitantes de la Nación y del planeta.

Cabe aclarar que la Norma Fundamental no habla de la protección del ambiente, teniendo en cuenta la posible relación con lesiones o daños producidos al hombre, sino como un derecho de éste a tener un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, y como el concepto de medio ambiente es muy amplio, es necesario para la intervención estatal, que la puesta en peligro grave del medio ambiente, sea concreto o abstracto, tenga una relación con la peligrosidad que debe correr la vida y la salud de las personas.

Capítulo III. Análisis de la estructura del delito ambiental.

III. 1 Tipo Objetivo

²⁵Libro "DELITOS ECOLÓGICOS" de Mauricio Libster, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág 171 y sig.

El tipo penal considerado en forma objetiva abarca solamente la exteriorización de la conducta, en otras palabras, a la descripción del comportamiento prohibido.

La conducta, acción o acto es la base de toda la estructura del delito y es su sustantivo, el que garantiza la vigencia del *nullum crimen sine conducta*. Para servir de sustantivo al delito, el concepto jurídico-penal de conducta requiere sólo dos elementos: *voluntad* y *exteriorización* en el mundo. La voluntad humana siempre tiene una dirección o finalidad (se dirige hacia algo). Además, puede o no exteriorizarse; si no se exterioriza, no interesa al concepto jurídico-penal de conducta, por lo cual podemos decir que dicho concepto es fundamental porque sirve de límite o filtro para seleccionar previamente las acciones que pueden ser relevantes para el Derecho Penal.

Cabe aclarar, que el concepto de acción engloba igualmente el de omisión, en la cual existe una conducta en la que conscientemente se evita una acción concreta.

El concepto de conducta no se basa en la ley penal, sino en la ley suprema, constitucional e internacional, como ejemplo el art. 19 de la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos

Humanos, respectivamente, que le impone a la ley penal la satisfacción del *nullum crimen sine conducta*.

En conclusión, para que se configure una conducta, es necesario que exista voluntariedad, lo cual implica que dicho acto haya sido ejecutado con discernimiento, intención y libertad. La involuntariedad es la incapacidad psíquica de voluntad, el cual es el grado más profundo de incapacidad psíquica del delito que le priva directamente del sustantivo.

Quien realiza la conducta, acción o acto, se denomina *sujeto activo*. Llevando la cuestión al análisis del instituto objeto de la tesis, tenemos que decir que la destrucción del medio ambiente no se produce por un hecho aislado o por una sola causa, sino que representa una sumatoria de causas lo cual hace difícil establecer un nexo de causalidad que permita determinar un responsable directo del daño ocasionado, lo que lleva a concluir que el sujeto activo en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente es indeterminado, implicando ello que no se exijan calidades especiales de la persona para ejecutar la conducta descrita en el tipo, es por esto que los tipos penales al referirse al sujeto activo de la conducta utilizan la expresión “*el que*”, por lo tanto cualquier persona puede incurrir en el delito. Ésta cuestión afecta la idoneidad del Derecho

Penal de protección de los bienes jurídicos cuya seguridad jurídica se funda en la relación autor-víctima.

Sin embargo, por otro lado corresponde analizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, porque cuando hablamos de los sujetos involucrados en éste tipo de delitos, las personas jurídicas y los grupos de poder, deben ser y serán los principales imputados por éste tipo de acción, ya que cuando hablamos de delitos ambientales estamos involucrando de manera directa a grandes empresas nacionales, transnacionales y el accionar del mismo Estado que muchas veces genera la acción contaminante, o por omisión la permite. No obstante, en la materia, nos encontramos con un derecho penal de culpabilidad donde la acción requiere una actuación voluntaria que en éste caso no posee la persona jurídica, y los hechos ilícitos contra el ambiente por parte de las personas de existencia ideal, deben leerse como realizados por los responsables integrantes del órgano pertinente que hayan participado efectivamente en los hechos de que se trate, por ende, las personas jurídicas no son capaces de conducta en sentido jurídico-penal. Pero tal como se expone, sus representantes o miembros operan como órganos que realizan conductas humanas, lo que hace que nada impida que el tribunal penal sea competente para imponer a las personas jurídicas sanciones de derecho privado (reparadoras o

restitutivas) y administrativas (de coerción directa), surgiendo esta responsabilidad del art. 304 del Código Penal. Dicho artículo en la primera parte prescribe: *“Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieran sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal (...)”*, la inclusión de la fórmula *“con la intervención”* permite inferir que el legislador ha introducido un supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas. De este modo el art. 304 se enrola – en cuanto atañe al supuesto en que se impone una sanción a la persona jurídica por su “intervención” en un delito – en el modelo de la “responsabilidad por el hecho propio”, que no requiere de una identificación de la persona física que actúa²⁶.

Pero también hay que tener en cuenta la hipótesis de los delitos cometidos dentro de las personas jurídicas o, más bien, a través de ella, como sería el caso de un dependiente sin más responsabilidad que la de su propia función, y no jerárquicamente, que comete ilícitos en su tarea; esto traería aparejada su propia responsabilidad penal, sin afectar en nada a la persona jurídica a la que pertenece, en tanto esa gestión no respondió a directivas impartidas por el órgano de administración, y fue de su exclusiva cuenta; si así no

²⁶Revista “ASOCIACION PENSAMIENTO PENAL” por Hernán Blanco, pág 8.

fuese, la responsabilidad sería a cargo de quienes por su función y cargo estuvieran facultados para impartir directivas.

En materia de responsabilidad de las personas jurídicas no toda la legislación es uniforme, al igual que los principios penales de las legislaciones. Los principios jurídicos penales de la culpabilidad y la personalización de la pena que caracteriza a nuestro derecho, son los que impiden la aplicabilidad de cualquier sanción penal a personas de existencia ideal, en tanto que todo delito conlleva el presupuesto de la acción, que es claramente no realizable por éstas personas; es por ello que hoy en algunos países del mundo²⁷, a fines de lograr la eficacia represiva, sobre todo en materia de delitos ecológicos principalmente ejecutados por corporaciones, se están revisando éstos principios para dar cabida a éste tipo de personas dentro de la represión penal.

Cabe señalar, tal como se hizo mención con anterioridad, que no sólo las empresas pueden cometer delitos ambientales, sino también

²⁷ A modo de ejemplo, España, en la Ley orgánica del Código Penal de 1980 y el anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, preveían, al margen de las sanciones penales clásicas para directivos, mandatarios, o miembros de una asociación, empresa o sociedad, medidas de seguridad para las personas de existencia ideal, como la clausura de la empresa, local o establecimiento, disolución de la sociedad, suspensión de las actividades de la sociedad o empresa y prohibición a la sociedad o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favoreciendo o encubierto el delito. En Estados Unidos y Canadá, tienen principios jurídicos diversos para el derecho penal y sí aplican tanto las multas como las medidas de seguridad a cargo del ente ideal, y obviamente las penas privativas de la libertad aplicables a los funcionarios responsables. Libro "DELITOS ECOLÓGICOS" de Mauricio Libster, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág. 212 y 213.

lo puede hacer el mismo Estado y con relación a ello es fundamental remarcar el art. 248 del Código Penal relativo al incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos, el que prescribe: “*El funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de ésta clase existente o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere (...)*”. Éste artículo es de suma importancia porque la protección del ambiente en general, de los cursos de agua, de los bosques, de la flora, la atmósfera, la fauna, y ante todo la relación que tienen con la calidad de vida del ser humano, deben ser elementos prioritarios en las políticas públicas y los funcionarios deberían llevarlas a cabo.

III. 2 Tipo Subjetivo

Afirmada una conducta, entendiendo que ésta comprende actos y omisiones, lo primero que corresponde preguntarse es si la misma está prohibida con relevancia penal, es decir, como posible delito.

El pragma conflictivo se integra con la conducta y los datos fenoménicos que interesan para la prohibición. Éstas fórmulas se llaman tipos penales (o supuesto de hechos legales). El pragma conflictivo que debe existir es el *supuesto de hecho fáctico o real*; y si éste se corresponde con el legal (o tipo penal) habrá *tipicidad*.

A fin de dar un concepto técnico, Zaffaroni define al tipo o supuesto de hecho legal como la fórmula legal necesaria tanto para habilitar el ejercicio formal del poder punitivo, como para que el poder jurídico pueda contenerlo mediante la limitación valorativa del campo de lo prohibido²⁸.

Los tipos penales en materia ambiental, son de dos naturalezas, aquellos que se castigan a título de *dolo o intención* o a título de *negligencia*. En el punto III.3 del presente trabajo –“De los delitos en particular”- se procederá a hacer un breve estudio de cada uno de ellos.

DOLO

El dolo no puede ser considerado siempre como una forma de culpabilidad, porque ello implicaría que la realización del comportamiento que constituye la infracción penal lleve implícito el conocimiento de las circunstancias que forman parte de la descripción típica. Así, nuestro Código Penal establece en el art.34 inciso 1°: *“No son punibles: 1) el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del*

²⁸Libro “ESTRUCTURA BÁSICA DEL DERECHO PENAL” de Eugenio Raúl Zaffaroni, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2009, Pág 76.

acto o dirigir sus acciones (...)”, por ende, el conocimiento del sujeto activo no conlleva necesariamente el conocimiento de la antijuricidad. El dolo comprende el *conocer* y el *querer*, el primero se refiere al conocimiento del acto en sí como de su desarrollo, y el segundo se refiere a la voluntad de realizarlo.

Por su parte, el *querer* (elemento volitivo) se manifiesta de diversas maneras admitiéndose tres clases de dolo: La primera de ellas es el *dolo directo*, en la que la realización del tipo corresponde a una voluntad directa del sujeto activo (Por ejemplo; el que quiere contaminar un río y lo hace); el segundo es el *dolo indirecto*, en el que el agente asume las consecuencias directas inevitables en la realización de su acto (Por ejemplo; el que caza sardinas con explosivos y asume también la muerte de una gran cantidad de delfines); y por último, el denominado *dolo eventual*, en el que el actor tiene en cuenta como probable la realización de un tipo penal como consecuencia de la realización de otro y aun así sigue buscando el fin perseguido (Por ejemplo; el que contamina un depósito de agua para matar las vacas de su vecino, y no le interesa que con éste acto pueda acabar con otros animales que beben del mismo depósito). La utilidad práctica de ésta clasificación radica en la posibilidad que tiene el juez de valorar el dolo y determinar la pena con fundamento en esa valoración.

CULPA

El estudio de la culpabilidad es fundamental, ya que con frecuencia el comportamiento culposo, imprudente y negligente que produce un atentado contra el bien jurídico tutelado se produce por un desconocimiento del riesgo y del cuidado debido ocasionado por una falta de manejo de la técnica o de la regulación protectora del ambiente.

Los delitos culposos se caracterizan por la violación del deber de cuidado, elemento esencial en estos tipos penales, lo cual se refiere a una violación del deber de comportarse como cualquier hombre prudente y responsable. El juez debe tener en cuenta los conocimientos del autor, ya que no puede atribuirse la misma responsabilidad a un ciudadano común que a un ingeniero en recursos naturales.

Desde el punto de vista subjetivo se debe remarcar que, si bien existe voluntad en realizar la conducta, no existe la voluntad de causar el resultado típico. Se pueden distinguir dos clases de culpa: La *culpa consciente* cuando el sujeto activo prevé como posible la lesión al bien jurídico tutelado, pero confía en poder evitarlo (Por ejemplo; cuando ingeniero en hidrocarburos aumenta imprudentemente la presión de un tubo conductor de petróleo,

ocasionando una ruptura, contaminando aguas subterráneas); y en segundo lugar, la *culpa inconsciente* que es la que se configura cuando el agente no prevé como posible la realización del tipo (Por ejemplo; cuando un minero vierte en un río sustancias resultantes del proceso de tratamiento dado a un mineral, creyendo que éstas al diluirse con el agua no generan riesgo de contaminación alguno).

Como se hizo mención con anterioridad, nuestro Código Penal sancionado por el Congreso de la Nación en 1921, conforme a las facultades otorgadas por el art. 75 inc 12 de la Constitución Nacional, carece de un capítulo en el que específicamente se tipifiquen los delitos ambientales; poco se podía pedir en aquellos años, en una Argentina poco poblada y escasamente industrializada. Es por ello, que nuestra doctrina entiende que no existe en nuestra legislación “Delitos Ambientales” como tales, pero, sin embargo, a través del articulado de nuestro Código Penal podemos identificar algunas figuras que resguardan de un modo indirecto al bien jurídico que se intenta proteger. Así podemos señalar los delitos de Daño (art. 184), Delitos contra la seguridad y la Salud Pública (art. 186, 200/207), y el Delito de Usurpación de Aguas (art. 182). Entre las leyes especiales que completan a dicho cuerpo normativo, encontramos la Ley de Fauna N° 22.412, la Ley Sarmiento N° 2786

que prohíbe los malos tratos a los animales, la Ley de Protección del Patrimonio Arqueológico N° 25.743, la Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051 en la parte no vetada art.55/58, y la Ley Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de actividades de Servicios N° 25.612, normativa que será considerada a continuación.

III.3 De los delitos en particular

III. 3.1 Código Penal

Seguidamente, consideramos conveniente a los fines de una mayor claridad, proceder a realizar un breve comentario sobre los artículos 182, 186 y 200 a 207 del Código Penal, a los cuales se hace alusión en el punto III.2, por considerar parte de la doctrina que dicho articulado corresponde al Derecho Penal Ambiental argentino, analizando el tipo objetivo, el tipo subjetivo, la consumación y la posible tentativa, en cada uno de los casos.

III. 3.1.1 Delitos de Daño

“Art. 184:La pena será de tres meses a cuatro años de prisión si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes: (...) 2) Producir infección o contagio en aves u otros animales domésticos. 3) Emplear sustancias venenosas o corrosivas (...).”

Como se puede observar, el art. 184, dentro del capítulo VII, se ocupa del delito de daño, prescribiendo formas agravadas del mismo en los incisos 2 y 3. Es rescatable y se debe remarcar, que en 1921 se tuviera al menos un indicio de conciencia acerca de la existencia

de sustancias o elementos materiales, que, por su capacidad dañosa para el hombre, tornan inviables su utilización (por ejemplo: un ave infectada como objeto peligroso para el consumo humano).

III. 3.1.2 Delitos Contra la Seguridad y la Salud Pública

El Título VII del Código Penal regula los *Delitos contra la Seguridad Pública*. Como se puede interpretar del mismo título, el bien jurídico tutelado en estos delitos es la *seguridad*, y éste sugiere la idea de *peligro común*: esto significa que una lesión a un derecho singular de una persona o a su propiedad, no permite hablar de delito contra la seguridad, en los términos de ésta norma. Éstos son concebibles exclusivamente cuando la conducta antijurídica crea un peligro común actual o potencial en función de peligros ulteriores.

En cuanto a la *idea de peligro*, se puede decir que en el marco del derecho penal han imperado dos criterios: para unos el peligro es solamente un *juicio*, para otros es una *situación real*. En el primer caso, quienes sostienen esa idea entienden al peligro como “producto de nuestra ignorancia”, en la medida en que usamos esa palabra porque desconocemos el curso causal de los hechos. Por otro lado, la mayoría de la doctrina lo entienden desde el punto de vista objetivo, es decir, como una situación real que sugiere la probabilidad de que ocurra un evento dañoso.

El peligro puede ser de dos tipos: *abstracto* y *concreto*. El abstracto es aquel al que la ley considera necesariamente derivado de ciertas situaciones o acciones, que también se construyen sobre la base de reglas de experiencia, por ejemplo, la tenencia de armas de guerra. Como se ve, en éste tipo de peligro no se considera la situación creada en concreto. Además, en las normas de peligro abstracto, se halla una descripción concreta de los comportamientos considerados peligrosos y por ende, prohibidos, lo que hace que la labor valorativa del juez se vea reducida. En cambio, hay peligro concreto cuando algún bien ha corrido efectivamente un peligro y el medio empleado es el realmente constitutivo del peligro y en éstos casos se halla acentuada la indeterminación del tipo criminal, por lo tanto, el juez es quien tiene que valorar en la medida en que la ley no le describe directamente cuáles son los comportamientos prohibidos.

Los delitos contra la seguridad pública y la salud pública, no son de peligro abstracto, sino que son figuras caracterizadas por un peligro concreto y común.

“Art. 186: El que causare incendio, explosión o inundación será reprimido: (...) 2) con reclusión o prisión de 3 a 10 años el que causare incendio o destrucción por cualquier otro medio: a) de cereales en parva, gavillas o bolsas, o de los mismos todavía no cosechados; b) de bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales, yerbatales o cualquier otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea

con sus frutos en pie o cosechados: c) de ganado en los campos o de sus productos amontonados, en el campo o depositados; d) de la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio; e) de alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes, ya sea en pie o emparvados, engavillados, ensilados o enfardados; f) de los mismos productos mencionados en los párrafos anteriores cargados, parados o en movimiento. (...)”.

Dentro del Título VII de los “Delitos contra la Seguridad Pública” el art. 186 regula el **delito de incendio**, pero esta norma no es una norma ecológica o ambientalista, sino que en la intención del legislador se hallaba presente la inflamabilidad de los objetos mencionados en la norma, e indirectamente, el valor económico comprometido. Pero, a pesar de ello, igual da cierto margen de aplicación para situaciones en que, con relación a la salud pública, esta última se la pueda entender comprometida indirectamente por la agresión a los elementos de la naturaleza.

“Art. 200: Sera reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años y multa de \$10.000 a \$200.000, el que envenenare, adulterare o falsificare de modo peligroso para la salud, aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas”.

El concepto de envenenamiento y adulteración fueron tomados del art. 318 de Código Italiano y sin mucha discusión fueron plasmados en el Código de 1921. Luego, los Decretos-Leyes N° 17.567 y 21.338 lo reformaron agregándole la acción de contaminar tratando

de adoptarse al desgaste que comenzaba a mostrar el medio ambiente. La Ley 23.077 volvió al Código original, hasta que la Ley 26.524 le dio la redacción actual. Antes de ésta última norma, los verbos típicos eran, envenenar, adulterar y contaminar. La reforma quitó “contaminar” y agregó “falsificar”.

Las conductas típicas en este caso son envenenar, adulterar o falsificar. Las tres son modos de alteración de las sustancias: *Envenena* el que en agrega a la sustancia otra, tóxica o que se vuelve tóxica²⁹ al mezclarse con aquélla; no es indispensable, mezclar o agregar veneno, sino hacer venenosa la sustancia que es objeto de delito. *Adultera* el que cambia (agregando o quitando) las calidades de la sustancia, menoscabando sus propiedades para su utilización por el hombre. *Falsifica* el que engaña a un tercero de buena fe a través de la creación o modificación de ciertos documentos, efectos, bienes o productos, con el fin hacerlos parecer como verdaderos, o para alterar o simular la verdad. La crítica que se hace a la nueva redacción es que la incorporación del verbo falsificar es redundante, porque muchos entienden que éste se encuentra comprendido dentro del verbo adulterar.

²⁹ En cuanto a la toxicidad, no se exige una determinada cantidad de veneno vertido, sino que la mezcla sea peligrosa para la vida o la salud. Libro “DELITOS ECOLÓGICOS”, Ed. Depalma, 1993, pág 179.

Estos verbos conllevan para su eficacia un modo comisivo concreto, que es el de que deben ser realizados de un *modo peligroso para la salud*, es decir, con la potencialidad de causar una lesión o un daño, pero además esto tiene que ser hecho sobre algo que queda a disposición indeterminada de personas o grupos de personas (no es necesario causar un daño a la comunidad toda, y si se daña a una persona particular corresponderá otro tipo de calificación legal). También, la figura bajo análisis, exige el elemento solo, es decir, que haya intención y voluntad de adulterar la sustancia protegida por la ley, con conocimiento de las consecuencias posibles o reales³⁰.

El objeto del delito son las aguas potables, las sustancias alimenticias y las sustancias medicinales. Las *aguas potables* son las que tienen aptitud para ser ingeridas por las personas (para beber o cocinar alimentos), no es indispensable que alcancen un determinado grado de potabilidad y puede constituir objeto del delito cuando la acción ataca su calidad haciéndola menos apta de lo que es normalmente. Las *sustancias alimenticias* comprenden todo elemento sólido o líquido que ingiere el hombre a fin de alimentarse. La *sustancia medicinal* es todo sólido o líquido normalmente empelado con el fin de curar enfermedades o preservar la salud, cualquiera sea su modo de administración (ingestión oral,

³⁰Fallo de la Cámara Criminal I de Mendoza del 15/05/1959 y Fallo de la Cámara de Apelaciones Única de la Provincia de Mendoza del 3/9/1931.

inyectables, fricción, etc.) y quedan comprendidos los elementos como lociones capilares y cremas para la piel. Sólo se consideran los medicamentos utilizados por el hombre, quedando fuera los de tipo veterinarios.

Éste delito se consuma con la realización de la acción de envenenar, adulterar o falsificar, por ende, no es necesario que se haya producido ningún resultado. Y por último, es admisible la tentativa, dado que con el inicio de la acción, sin llegar a completarse, podría estarse en dicho supuesto. Si el medio empleado no es idóneo, se configura una tentativa de delito imposible.

“Art. 201: Las penas del artículo precedente se aplicará al que vendiere, pusiere en venta, suministrare, distribuyere o almacenare con fines de comercialización aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo”

Como se puede observar, ésta norma reúne ciertas características similares a las del tipo previsto en el art. 200. En éste caso se menciona a las mercaderías, pudiendo entender que éstas abarcan a las sustancias alimenticias y medicinales del artículo anterior. La diferencia la encontramos en que en este caso el núcleo activo se dirige a ocultar la *nocividad* de dichas mercaderías o medicamentos a través de una venta, entrega o distribución.

El concepto de medicamento ya ha sido expuesto en el delito anterior; por *mercadería* se entiende a toda clase de efectos susceptibles de expendio, tal como surge del art. 77 del Código Penal, tenga o no carácter de alimento, sean utilizados para satisfacer necesidades del hombre (por ejemplo, ropa) o no (por ejemplo, perfumes, desodorantes) incluyendo los envases de las mercaderías. Y tanto las mercaderías como los medicamentos, por tratarse de un delito contra la salud pública, deben causar un daño a la comunidad.

El ilícito requiere disimular el carácter nocivo del objeto mediante un acto positivo o negativo, al tiempo que se lleva a cabo la acción típica; hay acto positivo, por ejemplo, al borrar en el envase la leyenda que advierte acerca de la nocividad; y hay acto negativo, cuando se ésta obligado a advertir la nocividad.

De todo lo expuesto se deduce que nos encontramos frente a una figura dolosa que consiste fundamentalmente en dos cuestiones: a) conocimiento del carácter nocivo del objeto, b) querer transferirlo disimulando ese carácter.

El delito se consuma con la realización de acto de tráfico que se lleva a cabo con la disimulación indicada en el párrafo precedente. No se requiere resultado dañoso alguno, y se puede configurar tentativa al igual que en el caso del art. 200.

“Art. 201 bis: Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de 10 a 25 años de reclusión o prisión: si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de 3 a 15 años de reclusión o prisión, si resultaren lesiones graves la pena será de 3 a 10 años de reclusión o prisión. En todos los casos se aplicará, además, multa de \$10.000 a \$200.000”.

En ésta norma fue incorporada por la ley 26.524 y regula el agravante de muerte, anteriormente se encontraba en el segundo párrafo del artículo 200. Es importante resaltar que este artículo incluye las lesiones gravísimas y graves, pero la crítica que se hace es que para las lesiones graves se prevé la misma pena que para el delito básico, por lo cual se hace innecesaria como agravante.

“Art. 202: Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 15 años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas”.

En este caso la acción típica es *propagar*. Propaga, quien logra que una pluralidad de personas se vea afectada por la enfermedad que puede seguir difundiéndose a otras, cualquiera sea el procedimiento adoptado para conseguirlo, y que puede ser el contagio (directo o indirecto) o la difusión artificial de los gérmenes. Lo propagado debe ser una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas. Por *enfermedad* se entiende al proceso patológico en desarrollo. Esa enfermedad es *peligrosa* cuando puede poner en peligro la vida de

las personas o provocarles graves secuelas dañosas a su salud. Y es *contagiosa* cuando puede transmitirse del afectado al que no los ésta.

No es necesario que asuma o pueda asumir la magnitud de una epidemia, ni que únicamente sea exclusiva de las personas, puede tratarse de una enfermedad que afecte a los vegetales o animales, por ejemplo, brucelosis; sino que es suficiente con que pueda transmitirse a las personas en general.

En este caso, también se trata de un delito penal doloso, ya que es requisito indispensable para que se configure el delito que el autor debe saber que propaga la enfermedad, pudiendo admitirse el dolo eventual para el caso de que no conozca el grado de contagio, pero si conozca la enfermedad.

El delito se consuma cuando se ha puesto en peligro de contagio a una persona.

“Art. 203: Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá una multa de \$5.000 a \$100.000; si tuviera como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de 6 meses a 5 años”.

En cuanto al tipo objetivo de ésta norma, las acciones son básicamente las mismas que las mencionadas en el articulado

anterior, pero bajo la figura subjetiva de culpa, por ende, en todas esas acciones debe evidenciarse imprudencia, negligencia o impericia, del agente con respecto a los verbos típicos enunciados en los tipos anteriores y debe comprobarse la relación causal directa entre el actuar imprudente y la puesta en peligro y/o el daño, según el caso.

La norma en su último párrafo introduce el agravante de muerte o enfermedad de una persona, exigiéndose que también se pruebe la relación de causalidad como se indica ut supra.

“Art. 204: Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años el que, estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad, no correspondiente a la receta médica, o diversa a la declarada o convenida, o excediendo las reglamentaciones para el reemplazo de sustancias medicinales, o sin la presentación o archivo de la receta de aquellos productos que, según las reglamentaciones vigentes, no pueden ser comercializados sin ese requisito”.

Esta norma regula el suministro infiel o irregular de medicamentos. La acción típica es la de *suministrar*, que no significa administrar el medicamento, sino despachar o expender el medicamento con un destino determinado. Hay que aclarar que debe tratarse de sustancias medicinales, concepto ya analizado en el art. 200, y solo puede tratarse de medicamentos destinados al tratamiento de

personas y son objeto de éste tipo tanto los medicamentos que se preparan para ser expendidos al público cuando alguien lo solicita, como los que se expenden ya preparados.

El suministro será típico cuando sea infiel o irregular. Pero, ¿Qué significa que sea infiel o irregular? Supone una ausencia de correlación entre lo que el que recibe el medicamento cree que recibe y lo que realmente se le entrega, ya crea que recibe lo indicado en la receta, lo que ha solicitado (convenido), o lo que se le dice que se le da (declarado) directamente o según lo anunciado en el prospecto. Esa falta de correlación puede darse porque la sustancia sea distinta, o sus condiciones con relación a la efectividad terapéutica no es la indicada, o su cantidad es distinta a la que prescribió la receta, solicitó el receptor o el expendedor afirmó que daba. La *infidelidad* del suministro necesita del conocimiento del agente de esa falta de correlación, pero no es necesario que agregue la disimulación. En caso de existir disimulación la figura encuadraría dentro del art. 201 del Código Penal. La *irregularidad* consiste en entregar medicamentos sin la receta legalmente requerida, llegando a un incumplimiento de obligaciones reglamentarias posterior al mismo suministro, que es el archivo de la receta; en este caso hay conocimiento del deber de requerir la

receta para suministrar la sustancia o de archivarla y la voluntad de omitir el cumplimiento de tales deberes.

La infidelidad y la irregularidad, si bien son similares, pueden cometerse separadamente ya que no son acciones acumulativas.

En cuanto al tipo subjetivo, nos encontramos ante una figura claramente dolosa, requiriéndose el dolo directo ya que la infidelidad en el suministro excluye todo tipo de duda, desconocimiento o error.

El delito se consuma con el solo hecho del suministro o expendio del medicamento, sin que se exija la ingesta o aplicación del mismo.

Una cuestión a remarcar es la de la autoría de éste ilícito, ya que de acuerdo al Decreto-Ley 17.656, sólo puede ser autor el farmacéutico encargado de una farmacia habilitada o el farmacéutico auxiliar. Conforme a ello, la conducta del farmacéutico será típica cuando a pedido del cliente realice la sustitución de la medicina de manera infiel, es decir, cuando suministre una sustancia medicinal que contenga distintos principios activos o diferente concentración, forma farmacéutica o desigual cantidad de unidades a las recetadas o prescriptas por el médico.

“Art. 204 bis: Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de \$5.00 a \$100.000”

Éste artículo fue introducido por la Ley 23.737, luego reformado por la Ley 24.286, y finalmente por la ley 26.524, que es el termina de definir a la norma hoy vigente.

Con relación al tipo subjetivo, el sujeto activo no varía al del artículo anterior. La crítica que reciben los legisladores en la redacción de éste articulo tiene que ver con la *negligencia* como acción comisiva, ya que se sostiene que en casos de imprudencia en cualquiera de los delitos que prevé el art 204, todos terminarán en un actuar doloso.

“Art. 204 ter: Será reprimido con prisión de 1 a 4 años y multa de \$10.000 a \$ 200.000, el que produjere o fabricare sustancias medicinales en establecimientos no autorizados”

Éste tipo penal ha sido incorporado por la Ley 26.524. Anteriormente, la acción que describe el artículo era considerada una infracción administrativa, pero como se probaron casos en los que se terminó con la vida de varias personas, surgió la necesidad de tipificarlo penalmente.

Procediendo al análisis del tipo, en el caso, la acción típica es la de producir o fabricar sustancias medicinales en establecimientos no autorizados por la autoridad sanitaria para el desarrollo de tal actividad. Si bien los términos producir y fabricar parecen sinónimos, con lo son, ya que quien produce es el que crea la sustancia

medicinal, y el que fabrica es el que las produce en serie a través de medios mecánicos.

El art. 38 de la Ley 17.565 establece que *“el titular de una farmacia o droguería debe prever que las drogas y productos que sean objeto de las actividades de los establecimientos a su cargo sean adquiridos exclusivamente a personas autorizadas para su expendio y a su vez vendidos únicamente a farmacias y laboratorios”*.

Asimismo, quedan comprendidas en el concepto de sustancias medicinales aquellas que en estado sólido, líquido o gaseoso estén destinadas al uso terapéutico medicinal y dotadas de propiedades para prevenir, diagnosticar, curar, tratar el estado de salud; y también comprenden a las sustancias utilizadas para mejorar la estética de las personas, siempre que posean influencia sobre el cuerpo.

Claramente se trata de un tipo doloso que sólo admite el dolo directo, y el delito se consuma con la fabricación o suministro, admitiéndose la tentativa.

“Art. 204 quáter: será reprimido con multa de \$10.000 a \$200.000, el que teniendo a su cargo la dirección, administración, control o vigilancia de un establecimiento destinado al expendio, almacenamiento, distribución, producción o fabricación de sustancias medicinales, a sabiendas, incumpliere con los deberes a su cargo posibilitando la comisión de alguno de los hechos previstos en el artículo 204”.

La norma regula la omisión del deber de vigilancia, la cual fue introducida por la Ley 23.097.

La conducta tipificada en ésta norma trata de que los sujetos indicados en el artículo omitan cumplir con los deberes a su cargo, con la salvedad de que los hechos típicos no son realizados por esos agentes, sino por terceras personas. Debe existir una relación directa, causal, entre la omisión del agente y la realización del otro delito; en consecuencia, si el otro delito se comete por circunstancias distintas a la omisión del autor, por otra vía, y la posibilidad de hacerlo nada tiene que ver con la omisión del autor que se estudia, no se le podrá imputar ese hecho.

Se trata de un delito doloso, tal como se evidencia en el término “a sabiendas”, el autor conoce su deber de obrar y su posición de garante e igual omite. En cuanto al autor solo puede serlo taxativamente quien tiene a cargo la dirección, la administración, control o vigilancia de los establecimientos destinados al expendio de medicamentos, fuera de ellos la acción es atípica.

“Art. 204 quinquies: Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años el que sin autorización vendieren sustancias medicinales que requieran receta médica para su comercialización”.

Éste tipo penal fue incorporado por la Ley 23.737, y luego reformado por la Ley 26.524.

La norma en análisis se presta a cierta confusión con la última frase del art. 204, pero la diferencia se encuentra en que en éste caso el agente carece de autorización, de lo cual se deduce que la acción tipificada es la venta sin autorización de sustancias medicinales que requieran receta médica, por ende, el delito se consuma con dicha acción. En éste caso no se trata de suministro, sino del acto de vender, por ello, se exige un precio cierto a pagarse como contraprestación del medicamento.

Nos encontramos ante una figura dolosa, en la cual el que vende sabe lo que está vendiendo, sabe que vende sin autorización y quiere vender.

“Art. 205: Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

La difusión o el ingreso al país de una enfermedad contagiosa puede ser perjudicial para toda la comunidad, por lo tanto, es de gran interés social evitar que tal situación se produzca.

Por *epidemia* se entiende a una enfermedad que se propaga durante algún tiempo por un país, afectando simultáneamente a un gran número de personas. En cuanto al significado del término *introducir* debe entenderse que se refiere a la posibilidad de que se produzca el ingreso en el territorio sometido al control estatal de una

enfermedad contagiosa que puede afectar a un número indeterminado de personas. Y el término *propagación* hace referencia a que la epidemia se extienda de modo tal que puedan resultar afectadas un mayor número de personas o que la enfermedad contagiosa se expanda a lugares que no se encuentran afectados.

En el tipo, la conducta consiste en violar las medidas adoptadas por la autoridad competente tendientes a evitar la introducción o propagación de una enfermedad contagiosa, lo que permite entender que el comportamiento penado puede consistir tanto en una acción como en una omisión. Éste delito puede ser cometido por cualquier persona, y se trata de una ley penal en blanco, porque para saber si se comete el delito es necesario recurrir a la legislación que establece la prohibición. Por otro lado, el sujeto pasivo, es indeterminado al tratarse de un bien jurídico colectivo (salud pública).

Se trata de un tipo doloso, que admite las tres formas de dolo (directo, indirecto y eventual), lo que hace que la exclusión del dolo haga atípica la conducta por no encontrarse contemplada la figura culposa: el sujeto debe conocer que con su conducta está transgrediendo una disposición obligatoria.

“Art. 206: Será reprimido con prisión de 1 a 6 meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal”.

En primer lugar, cabe destacar que antes de que dicha conducta sea tipificada como un delito, era considerada como una contravención.

En el caso, el comportamiento penado también puede tratarse de una acción o de una omisión, y se trata de una ley penal en blanco ya que para verificar en que consiste la acción de violar esas normas habrá que completar el tipo con una ley de igual jerarquía la cual establezca la prohibición o el mandato específico.

La conducta típica es la de *violar* esas medidas que emanan de una ley y que tiene por objeto la regulación de la materia sanitaria ambiental. Y como surge del artículo, sólo puede violarse una “ley” por lo que no sería aplicable si lo que se viola son decretos o resoluciones ministeriales.

Analizando el tipo subjetivo, por ser un delito común, el sujeto activo puede ser cualquier persona que realice la acción u omisión prevista legislativamente, y el sujeto pasivo es indeterminado, la comunidad toda, por tratarse de un bien jurídico colectivo (salud pública); y la conducta violatoria de la norma (prohibitiva o imperativa) debe acarrear un peligro concreto, es decir generar una factible consecuencia para los habitantes de la Nación.

Se trata de un delito doloso, y ese dolo está dado por el conocimiento de las reglas impuestas por las leyes de policía

sanitaria animal y la voluntad de quebrantarlas. También se admiten las tres formas de dolo (directo, indirecto y eventual).

“Art. 207: En el caso de condenación por un delito previsto en éste Capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá, además, inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena. Si la pena impuesta fuere la de multa, la inhabilitación especial durará de 1 mes a 1 año.”

Éste artículo de refiere a la responsabilidad del funcionario público por su condición de tal, por ende, él solo puede ser el sujeto activo del tipo penal.

III. 3.1.3 Delito de Usurpación de Aguas

“Art. 182: Será reprimido con prisión de 15 días a 1 año: a) el que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o las sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho; b) el que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas; c) el que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro, represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas. La pena se aumentará hasta 2 años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores, se rompieren o alteren diques, esclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos”

Ésta norma regula el delito de *usurpación de aguas*, y regula tres supuestos.

En el inciso 1° se regula la sustracción de aguas. En éste caso el sujeto activo y el sujeto pasivo pueden ser cualquiera, y la acción típica es la de *sacar* aguas, y el tipo requiere de un elemento normativo de recorte: que la conducta se realice *ilícitamente*.

Es un tipo doloso, que sólo admite dolo directo, como se puede observar en la norma en la parte que prescribe “*el propósito de causar perjuicio*”, para lo cual basta con que el sujeto activo busque obtener un beneficio. Si la privación aún no ha sido alcanzada, el hecho puede constituir tentativa.

En el inciso 2° el tipo prevé el estorbo a la utilización de aguas. En el caso, también el sujeto activo y el sujeto pasivo puede ser cualquiera, y la acción típica en la de *estorbar* que significa poner obstáculos a su goce.

Se trata de un tipo doloso, y sin perjuicio de que sus efectos se prolonguen, el delito se consuma con el acto de estorbar y es posible la tentativa.

Y, el inciso 3°, regula el delito de represamiento, desvío o detención de aguas. En cuanto al tipo objetivo, el sujeto activo y el sujeto pasivo puede ser cualquiera y las acciones típicas son las de *represar* cometida por quien las estanca no permitiendo que fluyan normalmente; la de *desviar* que es la alteración de su curso para que vayan hacia un lugar distinto; y la de *detener*, es decir, anular toda

su corriente. Asimismo, se requiere de un elemento normativo de recorte: *ilícitamente*. En conclusión, este tipo penal configura como delito a la acción material que signifique el ilegítimo ejercicio de un derecho patrimonial perteneciente a otro y que implique, el uso o goce del agua por parte del autor o de un tercero.

Las tres conductas típicas se tratan de figuras dolosas, que sólo admiten dolo directo y se repite el elemento subjetivo del inciso 1°: “*el propósito de causar perjuicio*”.

El delito se consuma con el acto de desvío, y sin perjuicio de que en algunos casos puede causar privación o estorbo, se aplica ésta figura, admitiéndose la tentativa. En el segundo supuesto – la usurpación de un derecho referente al curso de aguas – se consuma cuando se hizo efectiva la limitación al ejercicio del derecho del que se trate, impidiendo la actividad del sujeto pasivo; ésta figura admite tentativa.

Finalmente, el último párrafo regula un agravante que es el delito de quebrantamiento y alteración de obras. En el caso, el sujeto activo puede ser cualquier persona y es indiferente quien ejerce la tenencia o posesión de diques, esclusas, etc. Ésta figura califica la de los tres incisos anteriores según los procedimientos empleados para la comisión, es decir, por la destrucción total o parcial de tales obras o por la alteración de sus estructuras.

Se trata de una figura dolosa que solo admite el dolo directo.

III. 3.1.4 Proyecto de Modificación al Código Penal

Como ya se ha dicho, el Código Penal Argentino, no tipifica los delitos contra el medio ambiente, pero como la protección del mismo y la gestión sostenible de los recursos naturales ha comenzado a tener gran importancia en las últimas décadas, se ha considerado necesario una reforma de dicho cuerpo legislativo. Las legislaciones de todos los países contienen, en mayor o menor medida, estos conceptos, dando nacimiento a una nueva rama del derecho.

Así podemos hacer mención de dos proyectos de modificación. En primer lugar, encontramos un proyecto del año 1991, elevado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, lo cual demuestra el cambio ideológico vinculado a las corrientes ecológicas y ambientalistas, ya que como se puede observar, el proyecto es anterior a la reforma del año 1994, la cual introduce en nuestra Carta Magna el artículo 41 que establece el derecho de todos los habitantes a gozar de un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer a la de las generaciones futuras y el deber de preservarlo. El proyecto proponía incorporar bajo la rúbrica “Delitos Contra el Medio Ambiente” diez tipos penales en el capítulo V, título VII del libro segundo del código, quedando integrado por los

siguientes artículos: *art. 208 bis* para quien viole las leyes o reglamentos del medio ambiente, provocando o realizando directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier naturaleza en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, vegetal o espacios naturales. El *art. 208 ter*, *art. 208 quater* y el *art. 208 quinto* tipifican agravantes de la figura anterior, para el caso de que los hechos fueran provocados o realizados como consecuencia de una explotación industrial, comercial o de cualquier otro tipo; o si los hechos que se describen originen un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico; o si por los mismos hechos resultare la muerte o lesiones gravísimas de una o de más personas; respectivamente. El *art. 208 sexto* regulaba la figura culposa del delito, es decir, cuando los hechos se cometan pro imprudencia, negligencia o impericia. El *art. 208 séptimo* tipificaba el supuesto de importación o introducción y transporte al territorio nacional y sus espacios aéreos y marítimos de todo tipo de residuos provenientes de otros países. El *art 208 octavo* regulaba la pena accesoria de inhabilitación especial. Los *art. 208 noveno* y *art. 208 décimo* en los cuales se regula la responsabilidad de las personas de existencia ideal y sus órganos directivos o representantes legales. Y por último incorporaba el *art.*

23 *bis* en el Libro Primero, título II que prescribía que en los casos previstos por los art. 208 bis, 208 ter, 208 quater y 208 quinto el juez podrá disponer la clausura total o parcial, temporal o definitiva del establecimiento de explotación industrial, comercial o de cualquier otro tipo, pudiendo proponer a la autoridad administrativa o judicial competente la intervención del establecimiento; y en los casos previstos en el art. 208 séptimo, el juez podrá disponer el traslado de los residuos de que se trate al país de origen a costa y cargo de los sujetos responsables penalmente del ilícito tipificado en aquel artículo³¹.

El segundo proyecto, es ya más contemporáneo, el cual fue propuesto por el Diputado Nacional Antonio Riestra de la provincia de Santa Fé, en el año 2013. En éste caso se proponía incorporar en el primer párrafo del art. 200 del Código Penal el verbo “contaminar” como acción punible. En segundo lugar, el proyecto proponía penalizar el envenenamiento o adulteración de todas las aguas destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas, debido a que el actual art 200 sólo prevé como delito las acciones que afectan exclusivamente el agua destinada al consumo humano por ingestión. En el mismo sentido, el proyecto incorporaba un segundo párrafo al art 200 por el cual se reprimía la introducción

³¹Libro “DELITOS ECOLÓGICOS”, de Mauricio Libster, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág 193 y siguientes.

de sustancias contaminantes en el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. De ésta manera se tipificaba un delito específicamente ambiental cuya comisión pone en riesgo o afecta efectivamente a la salud pública. Finalmente, también proponía la reforma del art. 203 del Código Penal el cual elevaba las sumas que se podían imponer como multas, ya que las mismas deben estar en relación con los costos que acarrearía la recomposición de los daños causados, tanto en la salud de la gente como en el ambiente. El Diputado Riestra sostiene que ésta es una reforma que responde a los requerimientos doctrinarios modernos y a innumerables ejemplos de la actualidad, que quedan impunes ante la mirada de la sociedad³².

En la actualidad, ninguno de ambos proyectos ha sido tratado, y no se puede saber con certeza si en algún momento se sancionará, o si el tema en cuestión será sustituido por otro aporte a nuestro Código Penal el cual necesita para estar a la altura de los tiempos.

III. 3.2 Leyes Especiales

A continuación, se hará un breve desarrollo de diferentes leyes nacionales emitidas por el Congreso de la Nación en el marco de la competencia otorgada por la Constitución Nacional, las cuales

³²Portal www.parlamentario.com, 29 de agosto de 2013.

regulan diferentes cuestiones medioambientales y a las que la mayoría de la doctrina entiende que forman parte de la legislación penal ambiental de nuestro país, junto con las normas del Código Penal desarrolladas anteriormente.

III. 3.2.1 Ley de Fauna N° 22.412

La ley N° 22.421 es una ley de contenido eminentemente ecológico, denominada como “Conservación de la fauna silvestre”, la cual fue sancionada el 5 de marzo de 1981 con el propósito de resguardar la reserva natural de la fauna silvestre frente a la constante depredación de que es objeto, con el consiguiente perjuicio que ello implica para la conservación de las especies y para el equilibrio ecológico, además agrega un concepto de la legitimación procesal en defensa del medio ambiente y los intereses difusos: "*Todos los habitantes de la Nación tienen el deber de proteger la fauna silvestre, conforme a los reglamentos que para su conservación y manejo dicten las autoridades de aplicación*". La fauna silvestre se encuentra permanentemente acechada por la caza furtiva y el comercio clandestino o ilegal de las especies, fundamentalmente de aquellas que se encuentran en peligro de extinción.

Tal como surge del art. 1° de la ley, ésta tiende principalmente a la protección cualitativa y cuantitativa de la fauna silvestre, a la que se la declara de interés público. Para su protección, dicha norma prevé una tutela administrativa y una tutela penal en la cual se tipifican diversas figuras delictivas que tienden principalmente a prevenir la caza furtiva, actividad de la que derivan, la depredación y el comercio del tráfico ilegal de especies.

En la provincia de La Pampa, actualmente se encuentra en aumento la caza furtiva de ciervos, y con relación a ello cabe citar un fallo sin precedentes en el cual, con fecha 16 de septiembre del 2014, la justicia pampeana dictaminó mediante la sentencia 72/14 que dos hombres fueran condenados a un año de prisión condicional y a tres de inhabilitación para cazar, por haber matado a un ciervo colorado reproductor en un predio privado, sin autorización del dueño, y fuera de la época permitida para esa práctica. Fueron condenados en calidad de coautores y agravado por haberse cometido con el uso de un arma, responsables de infracción de la ley nacional 24.421. Éste fallo marca un antes y un después para la caza furtiva en el territorio de la provincia³³.

III. 3.2.2 Ley Sarmiento N° 2.786

³³Diario "LA ARENA" Fecha: 26 de octubre del 2014.

La Ley N° 2.786 denominada “Ley Nacional de Protección de Animales” fue promulgada el 25 de julio de 1891, también conocida como “Ley Sarmiento”, considerada como propulsora de la protección animal. En su art. 1° establecía: “*Declárase actos punibles los malos tratamientos ejercitados con los animales (...)*” lo que sancionaba con multa y arresto. Hoy en día esta ley ya no se encuentra vigente y fue reemplazada por la Ley 14.346 de Protección Animal, promulgada el 27 de octubre de 1954, que en su art. 1° prescribe: “*Será reprimido con prisión de 15 días a un año, el que infligiere malos tratos o hiciere víctima de actos de crueldad los animales*”. Los art. 2 y 3 establecen que se entiende por actos de maltrato y actos de crueldad, respectivamente.

III. 2.2.3 Ley de Protección del Patrimonio Arqueológico N° 25.743

La Ley Nacional N° 25.743, sancionada en el año 2004, tiene por objetivo la preservación, protección y tutela del patrimonio arqueológico y paleontológico de nuestro país. La protección del patrimonio cultural forma parte integral de la riqueza material y espiritual mundial, lo cual explica el interés de su tutela.

Asimismo, ésta ley contempla dos capítulos, uno de infracciones y sanciones que comprende los art 38 a 45, y otro de delitos y penas desde el art. 46 a 51. En cuanto a las infracciones y sanciones, éstas abarcan el apercibimiento, multa, decomiso de los materiales para

cometer la infracción, suspensión o caducidad de la concesión y clausura temporaria o definitiva. Se debe resaltar el art. 39, el cual establece que en caso de por el grado de deterioro hubiera pérdida irreparable para el patrimonio cultural del Estado, el organismo competente deberá denunciar ante la justicia a los infractores a los efectos de que ésta determine si se trata de un delito de daño regulado por el Código Penal.

Con relación al capítulo de delitos y penas, éste prevé penas privativas de la libertad cuya escala puede fijarse entre 1 mes y 2 años como máximo, y a su vez, establece la inhabilitación para el autor de los hechos que puedan afectar el patrimonio cultural.

III. 3.2.4 Ley de Residuos Peligrosos N° 24.051

La Ley 24.051 de Residuos Peligrosos fue sancionada por el Congreso de la Nación el 17 de diciembre de 1991 y promulgada por el Poder Ejecutivo el 8 de enero de 1992, dos años antes de la reforma constitucional.

En cuanto a la responsabilidad, la ley prevé distintos niveles de infracciones que pueden ser acumulativos: a) apercibimiento b) multa c) suspensión de 30 días a 1 año d) cancelación de la inscripción en el registro. En el Capítulo IX, en cuatro artículos regula el régimen penal aplicable desde el art. 55 al 58. El art. 55 establece el tipo doloso: el supuesto de quién o quiénes "*envenenare,*

adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general", y regula el agravante de muerte. Éste artículo es similar al art. 200 del Código Penal, pero resulta distinto, en cuanto que éste incluye el verbo "contaminar" e introduce "el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general" como los objetos a los que van dirigidas las acciones emergentes de los verbos que contiene la norma. El art. 56 regula la figura culposa: "a quien o quienes por imprudencia, negligencia o impericia cometa los hechos que describe el artículo anterior" y el agravante de enfermedad o muerte de una persona. El art. 57 tipifica la responsabilidad de las personas jurídicas, y finalmente el art. 58 establece que "la Justicia Federal será competente para entender en las acciones penales que deriven de la ley". El art 2 y el art 19 definen a los residuos peligrosos y residuos patológicos, respectivamente.

III. 3.2.5 Ley Nacional de Gestión Integral de Residuos Industriales y de actividades de Servicios N° 25.612

Ésta ley fue sancionada en julio del 2002, la cual establece los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial o de actividades de servicios.

Dicho cuerpo legislativo regula la responsabilidad civil, administrativa y penal, siendo ésta última la que interesa en análisis del objeto del presente trabajo. El capítulo III tipifica diversas conductas que pueden configurar delito, así el art. 52 regula el tipo doloso para el que, utilizando residuos industriales y de actividades de servicio, adulterare o contaminare el agua, el suelo, la atmósfera, o poniendo en riesgo la calidad de vida de la población, los seres vivos en general, la diversidad biológica o los sistemas ecológicos. Y el art. 53 tipifica el tipo culposo de la conducta que describe el artículo anterior. Ambos prevén el agravante de enfermedad, lesión o muerte de una persona o ser vivo. Finalmente, el art. 54 regula la responsabilidad de las personas de existencia ideal y sus órganos directivos o representantes legales.

III. 3.3 Otros tipos de daños

III. 3.3.1 Daños de origen nuclear

En este aspecto, la Convención de Viena sobre la responsabilidad civil de 1963 define los daños nucleares como "la pérdida de vidas humanas, las lesiones corporales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radioactivas o de su combinación con las propiedades tóxicas (...) o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella o se envíen a ella".

La Convención responsabiliza al explotador y establece la responsabilidad objetiva. Se excluye la responsabilidad en los casos de conflicto armado, guerra civil y salvo que se disponga lo contrario, el explotador será responsable de los daños nucleares causados por un accidente nuclear que se deba a una catástrofe natural. La Convención autoriza a la legislación nacional a fijar un límite monetario no inferior a cinco millones de dólares por accidente y obliga a los explotadores a mantener un seguro de garantía que se regirá de acuerdo a las normas de cada país miembro, como así también una garantía adicional para el pago de indemnizaciones por daños nucleares. Esta disposición es reformada y perfeccionada en 1997 en el Protocolo de Enmienda de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares³⁴.

III. 3.3.2 Daños causados por hidrocarburos

Como en la mayoría de los casos, una catástrofe impulsó el avance del derecho en materia de hidrocarburos, luego del derrame de petróleo por el Torrey Canyon que afectó las costas francesas e inglesas en 1967. Por este hecho, dos años después se trata el tema en la Convención de Bruselas sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación por hidrocarburos, y el Convenio de constitución de un fondo de indemnización en 1971.

³⁴Artículo “DAÑO NUCLEAR” del Dr. Carlos Alberto Villulla, 2011, Pág 5 y sig.

En la provincia de La Pampa, en el año 2012, se sancionó la Ley de Hidrocarburos 2.675, mediante la cual se regula por primera vez la protección ambiental para la actividad en los artículos 14 y 16. El art. 14 establece *“Los beneficiarios de permisos, concesiones o locaciones (...) deberán asumir la obligación de remediar las afecciones ambientales que sean consideradas negativas para el ambiente”*, por otro lado, el art. 16 incorpora el concepto de “Libre Deuda Ambiental” el que prescribe *“No podrán ser beneficiarios de los permisos, concesiones o contratos de obras y servicios (...) o sus prórrogas, aquellas empresas estatales, privadas o mixtas, individualmente o asociadas entre sí, que no cuenten con un Libre Deuda Ambiental, expedido por la Autoridad Ambiental Provincial. Dicho Libre Deuda será librado una vez que se encuentren realizadas todas las tareas de remediación a que hubiere lugar en los ecosistemas contaminados y abonadas las eventuales multas y daños y perjuicios que correspondieren por daños producidos al ambiente”*.

III. 4 Prescripción: delito continuado

Los delitos contra el medio ambiente responden a las reglas generales que en materia de prescripción contiene nuestro Código Penal. Ahora bien, a los fines de éste tema, hay que determinar

cómo se debe mirar la actividad contaminante periódica, mayormente emanada de los procesos industriales.

En estos casos pueden existir tantas infracciones independientes como actos típicos se hayan cometido, caso en el cual la prescripción de la acción empezará a correr desde el momento en que el hecho se cometió, o la concepción del delito continuado, que supone la inexistencia de comienzo de plazo prescriptivo hasta el no cese de la actividad ilícita.

En el supuesto planteado en el primer párrafo, esta última concepción es la correcta, y más aún si tenemos en cuenta la naturaleza del proceso industrial siendo una actividad contaminante periódica.

TÍTULO IV: DERECHO PENAL AMBIENTAL. NUEVAS PERSPECTIVAS

Capítulo I. Normativa Penal Ambiental

Para comenzar podemos decir que el Derecho Penal, en virtud de sus graves sanciones, puede servir como una herramienta eficaz para evitar que las actividades humanas se desarrollen en forma irresponsable deteriorando el ambiente. Lo que se busca, es que el carácter persuasivo de esta rama del Derecho haga que los

individuos adopten las conductas necesarias con el fin de evitar el daño ambiental.

Para ello existen distintas variantes, tales como la incorporación de los denominados “delitos ecológicos o contra el medio ambiente”, o bien la creación de leyes especiales que contemplen las particularidades de estos últimos

La tipificación de delitos ambientales es sumamente compleja. Ésta dificultad responde, por un lado, a la propia naturaleza amplia e imprecisa del bien jurídico protegido, como ya vimos: el ambiente y, por el otro, a las garantías constitucionales y a la última ratio del Derecho Penal.

Como se viene diciendo a lo largo del presente trabajo, la legislación penal que tiene por objeto la protección del ambiente no está unificada en un solo cuerpo normativo, sino que por el contrario se encuentra dispersa en distintas normas, las que han sido estudiadas en el título III, capítulo 3 “De los delitos en particular”.

En la mayoría de los casos, todas las leyes ambientales regulan delitos de peligro, pero, sin perjuicio de ello, no cualquier peligro justifica la sanción penal dispuesta por la legislación. Sino que, por el contrario, será necesario que se trate de un peligro grave, y de tal entidad que justifique razonablemente la adecuación al tipo penal.

Así, la acción de contaminar debe ser peligrosa para la salud, lo que se puede traducir en la generación de una amenaza para el bien jurídico tutelado sin que se requiera acreditar una efectiva lesión. No es el daño, sino la posibilidad que el perjuicio se produzca lo que configura el delito. En materia ambiental, tiene gran importancia el acento preventivo y reparador, atento a que los daños al medio ambiente suelen ser irreversibles, por eso es que, frente a ello, la constatación del hecho determinado en el precepto legal, tanto si es una conducta prohibida como si es generadora de una obligación, configura el supuesto estipulado y autoriza sin más, la aplicación de la sanción, independientemente de la posterior comprobación fehaciente de que un daño concreto se ha producido³⁵. La salud es utilizada como un indicador de la degradación ambiental; de ahí la relación existente entre el derecho al medio ambiente y el derecho a la salud.

Teniendo en cuenta la normativa penal desarrollada a lo largo del presente trabajo, se puede advertir la dificultad de afirmar que el bien jurídicamente tutelado sea el ambiente en forma directa. Ello por cuanto el Código Penal no contiene una figura especial referida

³⁵ Fallos del STJ de La Pampa: “PETROBRAS ENERGÍA S.A c/Provincia de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa”, Dr. Eduardo FERNANDEZ MENDÍA y Dr. Julio Alberto PELIZZARI, Fecha 25 de agosto de 2009; y “PETROBRAS ENERGÍA S.A c/ Provincia de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa, Dr. Tomás Esteban MUSTAPICH y Dra. Elena Victoria FRESCO, Fecha 05 de marzo de 2013.

al daño ecológico como tipo delictivo, sancionando solo los supuestos de envenenamiento de aguas o sustancias alimenticias o medicinales, sin contemplar los casos de afectación a la atmósfera o a los suelos, salvo que los mismos pudieran incluirse en algún otro tipo penal. Por consiguiente, se puede afirmar que a través de la tipificación de estas conductas lo que se está intentado proteger es la salud, más que el ambiente. Distinto es el caso de la Ley de Fauna que resguarda, por un lado, la propiedad privada y, por el otro, a los animales como parte integrante del ambiente. No queda exenta la Ley de Residuos Peligrosos, cuyo bien jurídicamente tutelado es la salud, aunque de manera indirecta también resguarda el medio ambiente.

Como puede observarse aún no existe en nuestra legislación nacional una protección autónoma del ambiente, aunque que a partir del año 1994 se le otorga al derecho a un medio ambiente sano la máxima jerarquía normativa a través de su incorporación al texto de la Constitución Nacional en el artículo 41. Sin duda alguna, la importancia en la constitucionalización del ambiente se debe al reconocimiento de este derecho como un derecho humano fundamental. En consecuencia, no existe argumento válido para desconocer que se trata de un bien jurídico relevante y que como tal merece ser tutelado.

Por último, la opinión doctrinaria al respecto no es unánime en cuanto a la tutela directa o indirecta del bien jurídico protegido, sino que se observan posturas opuestas, las que pueden ser sintetizadas de la siguiente manera; para una tesis antropocéntrica, el ambiente no puede ser resguardado por sí mismo sino en función de los intereses o necesidad del ser humano. Se ubica al hombre como objeto de protección indirecto del daño ambiental, tomando en consideración la relación indivisible que existe entre el equilibrio del ecosistema y la salud pública. Por el contrario, una visión ecologista pretende alcanzar una protección directa de los bienes ambientales. Este pensamiento fue plasmado recientemente en la Constitución de Ecuador, que reconoció a la naturaleza como sujeto de derecho.

Capítulo II. Alternativas al Derecho Penal Clásico

Ante la normativa dispersa, se puede advertir una gran cantidad de instrumentos jurídicos internacionales que crean aparentemente la sensación de una gran protección y seguridad, pero que en la realidad demuestran enormes dificultades en su aplicación y contradicciones internas que permiten múltiples interpretaciones y, en últimas, hacen ineficaces las normas.

Es una realidad que el derecho ambiental internacional carece de organismos jurisdiccionales propios para dirimir las controversias y aplicar sanciones.

En el campo penal ambiental se comienzan a distinguir avances interesantes, los cuales se enfrentan con la rigidez de los esquemas penales clásicos. En Europa, la doctrina y normativa se dirige hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas (campo que se encuentra tradicionalmente limitado por esta rama del derecho), y hacia la responsabilidad penal objetiva. Paralelamente, se empieza a construir una teoría que extiende la responsabilidad penal a las autoridades del Estado que intervienen en la toma de decisiones ambientales, y que por omisión o corrupción favorecen o permiten la ejecución de obras con grave impacto para el ambiente y las comunidades.

En el continente americano, precisamente en América Latina se advierte una apertura de espacios de participación ciudadana ambiental y un proceso de constitucionalización de estas garantías. La apertura de esos espacios constituye una tendencia en la mayoría de los países de la región y en el mundo entero.

La técnica legal vigente sigue el modelo tradicional; es decir tipifica una conducta y le impone una sanción. Sin embargo, este enfoque

es insuficiente porque los principios de la responsabilidad penal actualmente no están diseñados para la tutela de bienes colectivos y deben ser, necesariamente, complementados. En materia ambiental, existe una imperiosa necesidad de desarrollar una política legislativa específica que articule el cumplimiento voluntario, el forzado y la disuasión. No deben perderse de vista los obstáculos propios que muestra el Derecho Penal para proteger el ambiente.

Capítulo III. Nuevos Paradigmas Regionales y su Constitucionalización

No se puede dejar a un lado del estudio de la cuestión jurídica ambiental, al análisis que los ordenamientos regionales han efectuado en la última década.

En primer lugar, la Constitución de la República del Ecuador de 2008, siendo ésta la más expresa, en su preámbulo dice: *“Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”*, y después señala que decide construir: *“Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir”*. El capítulo VII de dicho cuerpo normativo se refiere a *Derechos de la naturaleza*, o sea que desde el título reconoce la cuestión

medioambiental como propia de la naturaleza y a ésta como titular de derechos.

Por otro lado, la Constitución Política del Estado Boliviano en su artículo 33º prescribe:

“Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente”. Y el artículo 34º complementa el anterior disponiendo: *“Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercer las acciones legales en defensa del medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a atentados contra el medio ambiente”.* Éste texto enuncia la cuestión ambiental como un derecho de carácter social y económico, lo que parece inclinarse hacia la tendencia prevalente de considerarlo un derecho de los humanos. En cuanto a sus consecuencias prácticas, habilita a cualquier persona, de modo amplio, a ejercer las acciones judiciales de protección, sin que se deba cumplir el requisito de que se trate de un damnificado.

Así, se puede percibir que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de *persona*, en forma expresa en la ecuatoriana y tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar sus derechos, *sin que se requiera que sea afectado personalmente*. No caben muchas dudas acerca de la minimización e incluso ridiculización que pretenderá hacerse respecto de estas incorporaciones. No se trata de una incorporación antojadiza y simbólica, sino de una definición que emerge de la cultura tradicional del pueblo, quienes creen que la tierra no les pertenece, sino que ellos pertenecen a la tierra.

Conclusión

El medio ambiente no reconoce fronteras políticas ni tampoco fronteras temporales, por lo tanto, las víctimas de estos delitos son las generaciones futuras, generaciones de personas que aún no han nacido.

El desafío que se presenta para el derecho es el de cómo proteger los intereses de las generaciones de finales del siglo XXI, pues aquellas serán las que deberán soportar el impacto de los daños

actuales. Se busca un camino de solución global, que es el único sendero eficaz para evitar décadas de exceso y abusos a nuestro medio ambiente, a pesar de que en el presente aún no se encuentra debidamente difundida la conciencia sobre la relación entre el mismo y la humanidad.

Los límites son unos de los grandes problemas que enfrenta el derecho penal ambiental, los límites están establecidos en los tipos penales que describen los requisitos necesarios para que se configure el delito, los cuales en muchos casos son de difícil interpretación al estar redactados en forma confusa por el legislador, lo cual lleva al problema de definir la competencia.

Otro de los límites radica como consecuencia del problema de competencia en determinar si debería ser el derecho penal quien deba hacerse cargo de esta materia o si debería ser el derecho administrativo. Así es que, atendiendo a la naturaleza propia del Derecho Penal, en tanto se encuentra regido por los principios restrictivos de mínima intervención y última ratio, y teniendo en cuenta las dificultades descritas para precisar conceptualmente el medio ambiente, a lo que se le suma los inconvenientes para intentar probar la relación de causalidad, es que adherimos a la doctrina que respalda la accesoriedad del Derecho Penal al Derecho Administrativo en materia de protección del medio ambiente. De este

modo, sólo podrá ponerse en funcionamiento el poder punitivo del Estado cuando la jurisdicción administrativa fracase, o bien la afectación al bien jurídico protegido sea de tal magnitud que amerite la implementación de sanciones penales.

También consideramos conveniente adoptar esta postura, ya que como se puede observar en la práctica, el derecho penal ambiental ha resultado ineficiente debido a que por cuestiones de prueba las sentencias absolutorias son las que predominan; perdiendo el efecto intimidatorio que se pretende lograr con las sanciones penales, como también borrándose la finalidad de prevenir el deterioro al ecosistema como consecuencia de que esta rama del derecho siempre actúa a posteriori.

Estimamos que, a fin de prevenir la consumación de delitos ambientales, se debe reforzar la normativa administrativa y fortalecer los sistemas de control que tiene por objeto a lograr evitar el daño; tomando así, los principios preventivo y precautorio, un papel de destacada importancia. Cuando el perjuicio ya se ha ocasionado corresponderá recurrir al Derecho Administrativo y, sólo excepcionalmente al Derecho Penal Ambiental. Para entender mejor la postura adoptada, a modo de ejemplo, podemos decir que a la comunidad no la beneficiaría el hecho de que quien ha destruido una

hectárea de árboles se encontrara privado de su libertad, cuando ya la hectárea de árboles no existe más.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Libro “DELITOS ECOLÓGICOS” de Mauricio Libster, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- Libro “EL DAÑO AL AMBIENTE” de Leonardo Fabio Pastorino, Ediciones Lexis Nexis, 1ª ed, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Libro “ESTRUCTURA BÁSICA DEL DERECHO PENAL” de Eugenio Raúl Zaffaroni, Ediciones Ediar, 1ª ed, Buenos Aires, Argentina, 2009.

Instrumentos normativos

- “CÓDIGO PENAL COMENTADO Y ANOTADO” de Andrés José D’Alessio y Mauro A. Divito, Ediciones La Ley.

Revistas

- Revista “ASOCIACION DE PENSAMIENTO PENAL” por Hernán Blanco.