

## El derecho penal y sus posibilidades sobre la ecología y el medio ambiente.-

*Raúl D. Calvente*

### I.- Introducción.-

El derecho ambiental es un área del conocimiento jurídico integrada por un compendio de normas jurídicas que regula y tutela el conjunto de elementos naturales o artificiales que condicionan la vida del hombre y como tal penetra en diversas ramas del derecho como el Civil, el Administrativo, el Penal y el Constitucional, a través de la regulación específica de un objeto común a todas ellas.

El derecho penal, una de dichas ramas, integra dicha área como una parte del orden jurídico cuya especificidad está determinada por su objeto, es decir por los comportamientos criminales y las consecuencias jurídicas que están previstas para ellos y así se ha explicado el delito como un comportamiento que afecta bienes jurídicos, noción que comprende a los intereses concretos de la vida en comunidad a los que el derecho penal presta protección<sup>1</sup>.

Coincidiendo con aquella posición doctrinaria y progresista del derecho ambiental, que señala a la anticipación y la prevención como herramientas básicas del sistema<sup>2</sup> para proyectar una política eficaz en la materia, cabe preguntarse si tales herramientas se agotan en el derecho administrativo o si además de ello el medio ambiente requiere y merece protección jurídico penal, alejándonos de las posiciones mas tradicionales en este punto y habida cuenta de los problemas

---

<sup>1</sup> Righi Esteban y Fernandez Alberto, "Derecho Penal", Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1996, pag.1 y sig.

<sup>2</sup> Ghersi Carlos Alberto, Lovece Graciela y Weingarten Celia, "Daños al Ecosistema y al Medio Ambiente", Editorial Astrea, Buenos Aires, agosto de 2004, pag.69 y sig.

existentes en esta materia en relación a la prevención y la anticipación que resultan etapas prioritarias.

## II.- Análisis del tema

### a) La reforma constitucional de 1994.-

La reforma constitucional concretada en 1994, tiene como antecedente legislativo la ley 24.309, cuyo artículo 3 incluía entre las materias a considerar la preservación del medio ambiente y la consecuente obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para el desenvolvimiento de la vida humana en un marco integral adecuado.

Sin embargo esta materia no era ajena a la Constitución Nacional antes de 1994, ya que como derecho subjetivo integraba e integra la categoría del artículo 33 y como obligación del Estado estaba prevista en el artículo 67 inciso 16, el cual subsiste en el actual artículo 75 inciso 18 del texto constitucional que se dio en llamar la cláusula del progreso y contiene obligaciones concretas a cargo del Estado y los particulares<sup>3</sup>

Finalmente la Convención Constituyente reunida en Santa fe incorpora a la Constitución Nacional el nuevo artículo 41, cuya fuente inmediata son los artículos 45 y 46 de la Constitución Española de 1978; y la fuente mediata la Constitución Griega de 1975 y el artículo 66 de la Constitución de Portugal de 1976<sup>4</sup>; norma que produce un derecho social mas que uno individual, utilizando sin embargo una técnica de redacción vaga e imprecisa que es fuente de conflicto<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Badeni Gregorio, "Nuevos derechos y Garantías Constitucionales", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, agosto de 1995, pag.93 y sig.

<sup>4</sup> [www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/consibam.htm](http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/consibam.htm), datos recopilados el 12 de octubre de 2004.-

<sup>5</sup> Valls Mario F., "Primeras reflexiones sobre las cláusulas ambientales y la Constitución", El Derecho, 24 de agosto de 1994.

A partir del artículo 41 podemos afirmar que la preservación del medio ambiente sano no compete exclusivamente al Estado, sino también a todos los habitantes, a quienes ordena abstenerse de desarrollar conductas que puedan conducir a un resultado contrario al impuesto por la norma<sup>6</sup> y de la misma se derivan los principios básicos en materia de responsabilidad penal, al marcar la aparición de bienes jurídicos colectivos, tal como el medio ambiente, que amplían la esfera de protección penal a tales bienes tutelables, modificándose así las categorías subjetivas del derecho penal clásico y marcando la aparición de bienes jurídicos protegidos de rango constitucional.

Si el objeto de la norma antes referida es el de preservar un ambiente sano y equilibrado resulta coherente que la norma establezca el deber de recomponer la situación alterada, mediante la obligación del responsable de la alteración de restablecer el estado anterior y si la conducta fuera desarrollada con dolo y culpa se imponga dicha recomposición con carácter de sanción.

El problema que se presenta en la consideración de esta norma es que a pesar de su trascendencia, la misma ha sido considerada erróneamente solo como norma programática a pesar de tener eficacia jurídica absoluta, y con ello se ha requerido como imprescindible la aparición de la legislación complementaria correspondiente, lo que implica además que hasta la aparición de la misma según este criterio podrían solo alegarse intereses legítimos<sup>7</sup>

## **b) El Derecho Penal Ambiental.**

Según la idea en desarrollo y en su condición de intérprete del interés colectivo y del bien común así como del contenido de estos, el Estado

---

<sup>6</sup> Badeni Gregorio, "Nuevos derechos y Garantías Constitucionales", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, agosto de 1995, pag.93 y sig.

<sup>7</sup> Domper Ferrando Javier, El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas, citando a Martín Mateo, Cívitas, Madrid, 1992, vol.I, p.105/106.

legisla sobre su contenido y determina el grado de severidad con que desea protegerlo y considerando la importancia del fenómeno ecológico y ambiental es indiscutible que el derecho penal tiene un rol importante que cumplir y debe modificar para ello sus formulación tradicional.

Esta disciplina se encuentra regida como componente del derecho penal entre otros principios por el de intervención mínima, en virtud del cual las normas penales deben limitarse a proteger los intereses colectivos o individuales, cuando ello es imprescindible para la vida en comunidad; por lo que el remedio penal debe ser utilizado por el Estado cuando han fracasado todos los elementos previos de que dispone, lo que en principio contraviene el criterio de anticipación del daño al implicar que el mismo ya se ha producido por defecto o ineptitud de las otras disciplinas.

La expansión antes referida a nuevos ámbitos de la actividad social modifica las categorías subjetivas del derecho penal clásico, produciéndose la incorporación de los delitos de peligro en la sociedad pos industrial del riesgo y diferenciándose del primero que limita como derecho mínimo, la protección de bienes jurídicos a los concentrados en una relación individualizada entre el autor y la víctima<sup>8</sup>.

Los riesgos sociales en el nuevo derecho penal ambiental, registran un giro en la dogmática penal tradicional para advertir que el peligro técnico cuando pone en riesgo el valor máximo de la existencia humana, debe ser tipificado instrumentalmente como conducta punible y así aparecen nuevas formas de punición a las conductas de riesgo o amenaza social lo que caracteriza el denominado expansionismo penal con la tipificación del delito ecológico, los delitos relati-

---

<sup>8</sup> Ferrajoli Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal", Trotta, 2000, 4° Edición, pag.373-384 y 464-479

vos a los recursos naturales, el medio ambiente, la ordenación territorial y el patrimonio histórico<sup>9</sup>.

En otro orden se ha puesto en duda la capacidad del derecho penal al resultar insuficiente para captar las nuevas fuentes de peligro, lo que ha llevado así a la conclusión que tal responsabilidad debería ser desempeñada por el derecho administrativo al resultar según esta posición un área del derecho mas apta para tal cometido, debiendo por ello el derecho penal depender de aquel, conclusión que parece muy discutible a simple vista a poco de advertirse que la protección del medio ambiente resulta un mandato constitucional expreso a partir de la reforma y se ha transformado en uno de los principales objetivos de política criminal en la actualidad, lo que por lo menos genera bastante polémica.

Entiendo que si se concibe a la anticipación y la prevención como herramientas fundamentales del sistema, debería aceptarse que al estar el derecho penal íntimamente ligado a la moralidad pública, la reprobación y el castigo público, tiene esta disciplina por lo menos un relativo valor simbólico para la gente, lo que hace que la tipificación de un acto como delito puede influir de manera importante sobre la actividad de las personas, actuando en el campo de la prevención por la disuasión, reprimiendo la ilicitud de ciertas conductas y reconociendo la condición de valor social fundamental que tiene el medio ambiente, todo lo que opera en el campo de las herramientas referidas al servir de útil apoyo a las sanciones administrativas y civiles.

Cabe afirmar en consecuencia que si se sostuviera que el derecho penal no tiene idoneidad para resolver el problema ambiental por si mismo, debe aceptarse que esta disciplina junto al derecho administrativo y acompañada por un buen nivel de culturización como factor de prevención, puede asegurar el éxito en la materia al otorgar como

---

<sup>9</sup> Sessano Goenaga Camilo, "La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico", Vicente Gimenez Teresa (ed), Trotta 2002, Madrid, cap.7, pag.217-254

herramienta complementaria la represión de las conductas transgresoras.

### c) El bien jurídico protegido.

A tal fin el bien jurídico tutelado será el medio ambiente, concepto que por su amplitud dificulta la elaboración de un tipo penal genérico, al tratarse de un bien jurídico colectivo integrado por el suelo, el aire, el agua, la fauna y la flora que juntos contribuyen a formar el ecosistema vinculado a las necesidades existenciales de los sujetos, tales como la vida, la seguridad, la salud y la recreación y por ello esencialmente se desprende de esta idea que también recibe la protección o tutela la vida humana.

Esta definición origina discusiones doctrinales interminables a raíz de que constituye el punto de partida de la formación de un tipo penal por su función de garantía la existencia de un bien jurídico colectivo y cuyos titulares son indeterminados, concepto que además actúa en el ámbito de una permanente legitimación del mismo, puesto que "...cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria si no se hace desde el bien jurídico..."<sup>10</sup>.

Así existen posiciones disímiles en cuanto a esta definición, ya que para algunos el medio ambiente como bien jurídico protegido representa una categoría autónoma al incorporar al hombre como un elemento más en el concepto y para otros el bien jurídico protegido debe siempre partir del hombre que lo habita y se relaciona con el lo que se ha dado en llamar concepción antropocéntrica.

Tal como se puede inferir de la idea de bien jurídico antes expuesta, las nociones más elementales de nuestro derecho penal confluyen en

---

<sup>10</sup> Bustos Ramirez J. "Los bienes jurídicos colectivos", Estudios de Derecho Penal, en homenaje al Prof.L. Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n° 11, 1986, pag.150.

esta segunda posición aunque esta concepción no es pacífica en el derecho comparado actual, ya que países como España, Austria o Japón adhieren a la primera.

### **c) El delito ambiental y la prescripción.**

La acción penal se extingue por efecto de la prescripción, lo que implica la imposibilidad de ejercer la acción como consecuencia del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho punible<sup>11</sup>, institución que en general se fundamenta con el argumento de que el transcurso del tiempo hace innecesaria la pena tanto desde el punto de vista de la prevención general como de la especial.

En materia ambiental los ilícitos tienen en general el carácter de continuados al estar asociados a la idea de proceso y si bien se rigen en lo sustancial por las previsiones contenidas en el artículo 67 del Código Penal, al tener dicho carácter el plazo de prescripción no comienza a correr hasta que la actividad ilícita no deja de ejecutarse, idea que debe agregarse a aquella que sostiene que el derecho de los hombres a gozar de un ambiente sano y exigir respeto para su vida y su salud es esencialmente inextinguible.

### **d) La responsabilidad de las personas jurídicas.-**

El derecho penal vigente tiene como premisa el principio de la culpabilidad por el hecho propio lo que implica que a diferencia de otras ramas del derecho, en el derecho penal la culpabilidad es personal y surge de la violación por los hechos propios del mandato que entraña toda norma penal, lo que implica que una persona jurídica no puede

---

<sup>11</sup> Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Editorial Astrea Buenos Aires 1988, pag.449,; Nuñez Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, pag.155

ser responsabilizada penalmente conforme a la legislación vigente, sino que solo pueden asumir esta responsabilidad sus empleados y/o funcionarios.

El derecho penal ambiental no es ajeno a estos principios sino que por el contrario los recoge expresamente en tanto el artículo 57 de la ley 24.051 establece que por la producción de los delitos descritos en los artículos precedentes por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubieren intervenido en el hecho punible, remitiendo así a las nociones generales de participación criminal establecidas por los artículos 45 a 49 del Código Penal.

Conforme los mismos podría ocurrir que sus miembros actuaran sin relación funcional con la persona jurídica a los fines delictuales, lo que ocurre cuando los "...miembros de alguno de los órganos componentes de una persona jurídica, por ella, para o en función de ella y con la autoridad suficiente como para generarle consecuencias en una situación determinada, cometan un ilícito de cualquier especie...", caso en el cual al igual que en aquellos en que los ilícitos fueran cometidos por los responsables de una persona jurídica, valiéndose de ella, pero en beneficio propio "...podría operar la norma del art.54, parte 2. De este modo se correría el velo societario, responsabilizando en forma directa a los socios o controlantes autores de las infracciones, quienes, según el texto de la misma norma citada, responden en forma ilimitada y solidaria por los perjuicios causados, lo cual se extiende coherentemente a la responsabilidad penal...", lo que representa una forma de responsabilidad social que se aparta de los principios generales<sup>12</sup>

Cabe agregar a estos casos aquellos resueltos como de autoría mediata que se presentan cuando el autor de un ilícito utiliza a otro a

---

<sup>12</sup> Libster Mauricio H, "Delitos ecológicos", Editorial Desalma, Buenos Aires, mayo de 2000, pag.209

quien determina a tal fin para su comisión, reservándose así el dominio del hecho y aquellos resueltos como de instigación que exigen que el autor mediato este en condiciones de actuar como autor; conceptos que funcionan en contados casos en las personas jurídicas por la inexistencia de situaciones funcionales que lo permitan.

Para finalizar resta considerar los casos de omisión de cumplimiento del deber de vigilancia, fundado en el artículo 59 de la ley de sociedades comerciales, que impone a los administradores y representantes de una sociedad la obligación de actuar "con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios" y los responsabiliza por su acción u omisión incluyendo a la culpa in vigilando como una variante de los delitos de omisión propia y aquellos en que la responsabilidad emerge de la omisión de evitar el resultado disvalioso, culpabilizando al omitente como si lo hubiera causado que fueran definidos como de omisión impropia.

#### **e) El estado actual de la materia en la legislación positiva penal.**

Las normas penales existentes en el derecho vigente a pesar de ser varias son insuficientes, ya que no partieron de una noción de ambiente que seguramente no existía a la fecha de su sanción en el sentido moderno y menos aún de una cultura ecologista por lo que no existen leyes especiales o un título específico en el Código de fondo que proteja el bien jurídico medio ambiente, sino que las normas punitivas que castigan conductas que atentan de alguna manera contra dicho bien no son exclusivas ya que se encuentran también referidas a otros bienes, por lo que la protección es solo indirecta además de encontrarse dispersa por distintos textos legales<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Donna Edgardo Alberto, "Delito y Medio Ambiente", Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 1999, pag.321 y sig.

Así el Código Penal recoge en su libro segundo, título VII, un grupo de normas que se agrupan bajo el título Delitos contra la Seguridad Pública lo que desde ya señala cual es el bien jurídico protegido y como difiere de aquel antes definido para el derecho penal ambiental y dentro de este en el capítulo IV, Delitos contra la Salud Pública, siguiendo idéntico razonamiento al anteriormente esbozado; a los que debe agregarse en la legislación complementaria, las leyes 20.466 de fiscalización de fertilizantes, la 20.481 relativa al régimen para evitar la contaminación de aguas en ríos y puertos por causa de hidrocarburos, la 21.418 de residuos plaguicidas, la 22.421 de protección y conservación de la fauna silvestre con un contenido ecológico que contiene normas penales que tipifican delitos (capítulo VIII) e infracciones (capítulo IX), la 24.051 de residuos peligrosos, que en sus artículos 55 a 58 establece una serie de tipos penales bastante interesantes, la 25.612 de gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios y la 25.675 de política ambiental nacional.

En todos los casos se parte de la idea de peligro común proveniente de un hecho, lo que significa que una lesión a un derecho individual no permite justificar la existencia de un delito contra la seguridad según esta normativa. El peligro podrá ser concreto cuando el mismo emerja de observaciones aportadas por la experiencia del observador, constituyéndose aquellas así en un elemento del tipo objetivo cuya comprobación debe ser fehacientemente acreditada a los efectos de la afirmación del injusto o abstracto cuando el peligro no forma parte del tipo legal ni tampoco debe ser verificado como en el caso anterior, ya que la sola descripción de la conducta prohibida conlleva en si misma una carga disvaliosa.

Se ha sostenido que "...No es posible, pues buscar la diferencia entre peligro abstracto y peligro concreto en el mayor o menor grado de peligrosidad para el bien jurídico (pues no la habría), en el momento de actuar el autor, sino simplemente en la técnica legislativa elegida,

con la importante consecuencia de los diferentes criterios para la comprobación por parte del Juez. Así si la técnica elegida es la del peligro concreto, el juez tendrá que acudir a las "reglas comunes de experiencia para valorar si ha concurrido la relevante probabilidad del daño"; por el contrario con la técnica del peligro abstracto, es la ley, a través de una descripción directa y taxativa, la que "tipifica las formas de comportamiento o los eventos que son normalmente peligrosos"..."<sup>14</sup>, pensamiento que comulga con aquellos que sostienen que los delitos ambientales deben ser considerados como formas de peligro abstracto para evitar la compleja verificación del peligro concreto en la tipicidad.

Puede afirmarse en consonancia con ello que la actividad legislativa en la materia es insuficiente y escasa, ya que salvo las normas citadas y otras de orden administrativo; no existe mayor regulación y resulta clara la necesidad en nuestro código de fondo de un título especial que regule el delito ecológico o una ley especial al estilo de otras similares en el derecho comparado<sup>15</sup>, tal como lo preveía el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo Nacional al Parlamento en 1991 que sin suprimir las normas antes señaladas incorporaba bajo el título "delitos contra el medio ambiente" un capítulo V, del título VII, del libro II.

No es discutible en el derecho comparado actual la normativa que crea tipos penales que contemplan acciones lesivas del medio ambiente ya que la mayoría de los países han adecuado su legislación penal de modo de contemplar estos delitos e incluso han avanzado penalizando acciones delictivas contra la ordenación del territorio o el paisaje; lo que si se discute como residuo de la primera cuestión es la forma de tal regulación, pareciendo como mas razonable la adopción de un modelo de tipo penal genérico aún con las críticas provenientes

---

<sup>14</sup> Rodríguez Arias, Antonio Mateos, Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente, Madrid, Colex, 1992, pag.95.

<sup>15</sup> Donna Edgardo Alberto, "Delito y Medio Ambiente", Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 1999, pag.321 y sig

del derecho constitucional, ya que tal modelo es mas acorde con la velocidad de los cambios del mundo moderno que aquel que propugna una regulación específica y mas puntual.

**f) El derecho procesal penal.-**

Resulta complementario al derecho penal el derecho procesal que estudia el conjunto de reglas de procedimiento conforme a las cuales un caso concreto debe ser investigado, discutido y resuelto por el primero<sup>16</sup>, con lo que se advierte que el derecho procesal penal es un instrumento del derecho penal de fondo ya que este prepara y organiza el escenario que aquel precisa para ser efectivo.

Sin embargo esta conjunción no se advierte con tanta claridad en los hechos, lo que resultaría a mi entender violatorio del pacto de San José de Costa Rica, incorporado como derecho interno primero por la ley 24.390 y finalmente por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, ya que de dicha normativa emerge la obligación del Estado de garantizar a todos sus nacionales un proceso similar en igualdad de condiciones.

Según lo estipula el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, el gobierno federal es depositario por delegación de las provincias de la facultad de dictar la legislación de fondo, mientras que estas conservan la de sancionar los códigos de procedimiento que quedan así en el ámbito del derecho local, lo que origina la existencia de soluciones distintas frente a idénticos problemas y dificulta la realización de los procesos en materia ambiental por las características que tienen los delitos en este medio.

Ello es así en tanto la realidad demuestra que la legislación procesal vigente ha permitido la convivencia de sistemas de diferente natura-

---

<sup>16</sup> Righi Esteban y Fernandez Alberto, "Derecho Penal", Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1996, pag.78 y sig.

leza, lo que dificulta el juzgamiento de delitos cuyos efectos se extienden a distintas jurisdicciones, provocando que la investigación de hechos que por su naturaleza no resultan aislados, transcurra por caminos diferentes dificultando enormemente la obtención de resultados efectivos.

#### **g) La relación con el derecho administrativo.-**

Tal como se adelantara el papel del derecho penal respecto del derecho administrativo en la materia que nos ocupa, fue subsidiario hasta hace poco tiempo, resultando que es a partir de la reforma constitucional de Alemania de 1980 y su posterior efecto en distintos países como España, Venezuela y México, que comienza el reconocimiento de los bienes jurídicos colectivos con carácter de autónomo, lo que constituye una línea rectora en el derecho actual y se materializa en Europa a través de un justo reconocimiento jurisprudencial en los organismos jurisdiccionales de los tribunales comunitarios.

Esta dependencia con el derecho administrativo se fundaba en la unidad del ordenamiento jurídico posición expuesta por ejemplo en la teoría de la tipicidad conglobante, que a juicio de Zaffaroni<sup>17</sup>, deben ser entendidas como casos de atipicidad. Así se sostenía que debía considerarse en conjunto el ordenamiento jurídico, para determinar cuando una acción legalmente típica, es también penalmente típica por suponer desobediencia a la orden legislativa.

Conforme a este razonamiento se debían respetar las autorizaciones administrativas aunque fueran antijurídicas por ser contaminantes evitándose así la contradicción valorativa como la que resultaría de un permiso y una prohibición simultánea para determinada conducta, lo que levaba indefectiblemente a la afirmación plena del rol subsidia-

---

<sup>17</sup> Zaffaroni Eugenio, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Editorial Astrea, Buenos Aires 1999, T.III, pag.219 y sig.

rio y secundario del derecho penal, su desnaturalización e ineficiencia.

A ello debe agregarse que existe un evidente problema de determinación en abstracto para el derecho penal que necesariamente debe ser completado por el derecho administrativo, lo que marca la necesidad de utilización de ambas disciplinas en forma complementaria incluso con respecto a la prevención general, ya que dicha función puede ser cubierta por el derecho administrativo con el procedimiento contravencional.

#### **h) La jurisprudencia.-**

El análisis de la jurisprudencia mas reciente en la materia parece indicar la existencia de una importante actividad jurisdiccional en aquellas zonas en las que el aparato industrial se encuentra mas desarrollado, lo que refleja una mayor toma de conciencia en estas áreas al ser las consecuencias de dicho funcionamiento descontrolado mayores en cuanto a los efectos contaminantes que sufren las zonas aledañas a los asentamientos industriales.

Los casos en observación en general se refieren a la aplicación de los artículos 200 y siguientes del Código Penal y 55 y siguientes de la ley 24.051 y tienen que ver sobre la aplicación de la legislación penal sobre la base de una interpretación ambientalista actualizada.

En el primer grupo se encuentra el fallo dictado por la Cámara Federal en lo Criminal de San Martín en la causa 3198 "Constantini Rodolfo y otros s/averiguación contaminación Río Reconquista", originada por la investigación abierta a raíz de que varias empresas ubicadas a la vera del curso de agua, vertían efluentes presuntamente contaminantes y por ello se las acusó de infringir el art.202 del Código Penal afirmándose que "...arrojar sustancias aptas para propagar una enfermedad contagiosa y peligrosa para la salud no puede ser permitido

–causal de justificación- ni dispensado –causal de inculpabilidad- por una disposición jurídica de rango inferior a una ley...”, dado que “...la comisión de delitos no se adecuaría a la pauta hermenéutica conforme a la cual uno de los índices mas seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema del que forma parte es la consideración de sus consecuencias...”.

En idéntico sentido se resolvió la causa 3269 “Av.Contaminación Metalúrgica Tigre-Rosenfeld, F.; De Angelis, J.s/ley 24.051, Reg.nº 2966 (Int.) de la Sec.Penal Nro.1, Sala I, rta.el 24/2/93<sup>18</sup>.

Afirmé en el punto anterior que una interpretación del ordenamiento jurídico como un conjunto nos lleva a descartar la existencia de permisos otorgados por el derecho administrativo cuando la actividad a la que ellos se refieren puede constituir un delito.

La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Provincia de Buenos Aires, ha resuelto sobre el tema de la contaminación del río Reconquista que “...El arrojar sustancias aptas para propagar una enfermedad contagiosa y peligrosa para la salud no puede ser permitido –causal de justificación- ni dispensado –causal de inculpabilidad- por una disposición jurídica de rango inferior a una ley. Aún cuando en el plexo de normas administrativas se contemple la posibilidad del vertido de tales desechos, con un régimen de sanciones propios de su naturaleza, ello no implica una autorización o disculpa para quien por dicha vía cometa un delito previsto en la ley penal...”, agregando sobre la prueba que “...la no intervención de las partes en la extracción de muestras y peritajes de aparente irreproducible realización no viola el derecho de defensa en juicio...” (La Ley, 1993-E, 338 –DJ, 1993-1-195)<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> [www.csjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B351&td=1&qn=1](http://www.csjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B351&td=1&qn=1), datos recuperados 8/10/04

<sup>19</sup> [www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf](http://www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf), datos recuperados 8/10/04

Respecto de la competencia resalto la especial situación de los delitos contemplados en la ley 24.051, cuyo artículo 58 establece la competencia de la justicia federal para conocer de las acciones penales que derivan de la aplicación de la misma, a pesar de la remisión que efectúa en su artículo 56 en cuanto a la aplicación de las penas al artículo 200 del Código Penal.

Pareciera surgir del artículo 41 de la Constitución Nacional una clara disposición a favor de la competencia local, en donde además se verifica de mejor manera el principio de inmediatez, en tanto dicha norma dispone en su tercer párrafo que corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias las necesarias para complementarlas sin que las primeras alteren las jurisdicciones locales.

Queda claro a mi entender que la competencia federal es justificada en esta materia únicamente por la envergadura del problema que afecta a los intereses de la Nación y la misma configura un caso de excepción a las reglas generales que emergen del texto constitucional conforme lo expuesto en el párrafo anterior.

La jurisprudencia ha admitido la competencia federal en la materia al afirmarse que "...resulta competente la justicia federal para entender en una causa instruida por infracción a la normativa que regula el tratamiento de los residuos peligrosos, toda vez que la ley 25.612 no modificó el régimen penal establecido en la ley 24.051 cuyo artículo 58 establece la competencia federal..." (Adla, LXII-D, 3965; LII-A, 52. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, 2003/02/27, S., R. s/inc. de competencia en: Centro Integral Médico Urquiza, La Ley, 2003/11/28, 7)<sup>20</sup>.

Se ha sostenido en este trabajo que los delitos ecológicos pueden considerarse como delitos de peligro al no requerirse para su configuración típica una efectiva lesión al bien jurídico protegido sino sola-

---

<sup>20</sup> [www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf](http://www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf), datos recuperados 8/10/04

mente su puesta en peligro y dentro de esta categoría que el sistema preferible es la inclusión de estos delitos entre los de peligro abstracto para evitar las complicadas comparaciones con cada descripción de peligro concreto a los que la tesis contraria obligaría al legislador.

Este parece ser el modelo seguido por la ley 24.051 al utilizar en su artículo 55 como variable de valoración la frase “modo peligroso” dejando su configuración concreta sujeta a la estimación jurisdiccional y la consecuente jurisprudencia así lo ha reconocido al afirmar “...Para que se configure el delito penado en el art.55 de la ley 24.051 (Adla, LII-A, 92) no se requiera la efectiva lesión del bien jurídico tutelado sino la generación de un peligro común, pues la norma requiere que la acción de contaminar –en el caso, por ácido sulfhídrico debido a un venteo directo de gases agrios sin combustionar- lo sea de un modo peligroso para la salud...” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro.2 de Mendoza, 1999/09/30, Ayala Norma y otros, JA, 2001-I-347).<sup>21</sup>

Con respecto a la responsabilidad de los representantes y/o dependientes de las personas jurídicas, la misma se ha descrito como de carácter personal, pudiendo asumirse la misma a título de autoría o de participación criminal según sea el grado de dominio del hecho que tenga el autor y la vinculación que tenga el mismo con la persona jurídica.

La jurisprudencia ha resuelto en el caso de autoría que “...Encuadra en la figura del art.55 de la ley 24.051 (Adla, LII-A,92) la conducta del ingeniero jefe de área de una empresa petrolera que autorizó el venteo directo a la atmósfera de gases contaminantes sin combustionar y por un motivo bastardo –en el caso, ácido sulfhídrico venteado para mejorar la condición estética de la llama emitida por una chimenea-, a sabiendas de que la sustancia era altamente peligrosa y con-

---

<sup>21</sup> [www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf](http://www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf), datos recuperados 8/10/04.

taminante..." (Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro.2 de Mendoza, 30/9/1999, Ayala Norma y otros, JA, 2001-I-347)<sup>22</sup>.

Con respecto a la vinculación del autor con los ilícitos ambientales, ellos se pueden cometer en forma dolosa o culposa y en el primero de los casos el dolo requerido es el general, y en consecuencia se requiere al igual que en toda figura dolosa el conocimiento respecto de las consecuencias de una conducta a los fines de concretar el tipo objetivo y la intención de ejecutarla para cerrar el tipo subjetivo y en su forma culposa se requiere la comprobación de imprudencia o negligencia, caracterizada la primera como un hacer en exceso y la segunda como un hacer en defecto por parte del agente.

Con respecto a la primera posibilidad fue resuelto que "...En lo que se refiere al aspecto subjetivo de la "acción de contaminar", la figura del art.55 de la ley 24.051 (Adla, LII-A, 52) solo requiere el conocimiento y la intención de hacerlo y ello, en principio, aparece configurado por la conducta de los procesados, respecto de quienes por el nivel jerárquico y técnico de los cargos que ocupaban, cabe presumir que sabían que el venteo directo de gases agrios sin quemar implicaba contaminar el ambiente y, no obstante, igualmente lo dispusieron. Ello independientemente de que las consecuencias concretas efectivamente producidas hayan superado quizás los niveles ordinariamente previstos..." (Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, sala B, 1996/06/28, Fiscal s/Av. Inf. Ley 24.051, La Ley, 1998-C, 926 40.374-S)<sup>23</sup>, definiendo además este fallo el caso ya mencionado de responsabilidad por participación. Con respecto a la variante culposa "...Los extremos del delito culposo del art.203 en relación a la conducta del art.201 son una imprudencia, negligencia o inobservancia de reglamentos y deberes y un daño a la salud, o la muerte que deriva de esas circunstancias, es decir, la plena comprobación de un

---

<sup>22</sup> [www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf](http://www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf), datos recuperados 8/10/04.

<sup>23</sup> [www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf](http://www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf), datos recuperados 8/10/04

nexo causal de ambos elementos extrínsecos e intrínsecos; en otras palabras, lo que requiere la figura es que el agente tuvo conciencia de la causa, sin requerirse la del efecto...(CC Cap.- s.5, 15/6/73, Rodríguez, LL.153-220; JA (sc) 20-447)<sup>24</sup>.

Con respecto a los casos mencionados como de comisión por incumplimiento del deber de vigilancia o de omisión propia, la jurisprudencia ha resuelto "...Cabe a los directivos de las personas jurídicas y empresas el deber de controlar las cosas peligrosas y, en caso de delegación, un deber de cuidado en la elección de su personal según su capacidad y un deber de supervisión general..." y "...Solo a condición de que el titular o directivo de una empresa tome los recaudos de seguridad necesarios para evitar riesgos respecto de los bienes o personas, es que la sociedad autoriza el establecimiento y la operación de instalaciones altamente complicadas y riesgosas...(Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, 1992/08/26, Contaminación Río Reconquista, La Ley, 1993-E, 338 – DJ, 1993-1-195) <sup>25</sup>, lo que parece marcar un claro reconocimiento en este sentido a esta forma de responsabilidad.

Finalmente en cuanto a la materia objeto de la protección que compone el bien jurídico protegido y su amplitud, se ha resuelto "...el derecho al ambiente halla ingreso en el ordenamiento jurídico como un derecho de la personalidad, atento inclusive a que como otros de ellos entre los que hay indiscutidos (como la integridad física y la salud), se sustentan en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psicofísico del hombre..." (SCBA, mayo 19-998, Almada Hugo N c/Copetro S.A.), afirmándose además en el fallo de mención sobre la titularidad compartida del mismo y su incidencia sobre el reconocimiento de bienes jurídicos individuales del derecho penal tradicional, que "...la titularidad personal de un derecho o de un

---

<sup>24</sup> Rubianes Carlos, "Código Penal, su interpretación jurisprudencial, tomo V, Editorial Desalma, febrero de 1981, pag.428.

<sup>25</sup> [www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf](http://www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf), datos recuperados 8/10/04

interés legítimo no desaparece cuando el derecho o el interés son compartidos con y por otros, o con y por todos los demás que se hallan en igual situación..."<sup>26</sup>, lo que parece marcar un camino interesante hacia el futuro en la materia que debe recorrerse y completarse con las medidas legislativas adecuadas aún escasas y la correlativa evolución jurisdiccional en la elaboración.

#### **i) El derecho comparado.-**

De una recorrida a los regímenes penales vigentes se puede apreciar casi siempre una dependencia del derecho penal hacia el derecho administrativo, tal como surge del muestreo que seguidamente se realiza, así como la existencia de normas penales insertas en los códigos cuya redacción dista de aproximarse a una idea moderna de la ecología y el ambientalismo.

El Código Penal de Colombia consta de dos libros, "Parte General" y "Parte Especial: De los delitos en particular". En el libro segundo, contempla, entre otras cuestiones, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, la seguridad pública, la salud pública, estableciendo el art.247 que sin perjuicio de las sanciones administrativas, se penalizará al que contamine en forma ilícita el ambiente.

En Venezuela rige la ley penal del ambiente, sancionada en 1992 que en su artículo 1 tipifica como delitos aquellos hechos que violen las disposiciones relativas a la conservación, defensa y mejoramiento del medio ambiente y en su artículo 2 establece la aplicación extraterritorial de la ley cuando el hecho punible se cometiera en el extranjero pero su responsable hubiera lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido por la ley, extendiendo en su artículo 6 la responsabilidad penal a las personas jurídicas por los hechos descritos en el

---

<sup>26</sup> "Manuales de Jurisprudencia, Principios, Derechos y Garantías", Editorial La Ley, 2002, pag.682

artículo 2, con sanciones que van desde la suspensión de la actividad contaminante hasta el cese de la misma y la multa correspondiente además de otras tales como la publicación de la sentencia a expensas del condenado en un órgano de prensa de circulación nacional, la obligación de destruir las sustancias y/o elementos fabricados que puedan poner en peligro el ambiente o la salud de las personas, la suspensión del permiso que se le hubiese otorgado y la prohibición de contratar con la administración pública<sup>27</sup>.

Con la puesta en vigencia de la Ley del Medio Ambiente (Ley 1333 del 27 de abril de 1992) se estableció en Bolivia un nuevo marco jurídico para la preservación y conservación del medio ambiente y de los recursos naturales, además de constituirse la base sustantiva de un nuevo derecho que empieza a gestarse como conjunto de normas sistematizadas que deben regir la problemática ambiental<sup>28</sup>. Trata los delitos ambientales en los artículos 103 a 115.

México desde una perspectiva federalista muy significativa regula en la materia otorgando a las comunidades la posibilidad de sancionar legislación de fondo estadual y tiene una legislación complementaria de alcance nacional con normas represivas penales, además de las correspondientes a la administración, lo que revela una marcada preocupación por el tema, siendo la mas moderna y abarcativa la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección del Medio Ambiente, que recoge los criterios mas modernos y abandona la posición antropocéntrica para colocar al medio ambiente como un bien jurídico autónomo. El capítulo VI titulado "Delitos de orden federal", regula distintos delitos ecológicos y sus sanciones.

El derecho europeo en cambio demuestra ser de lo más avanzado en la materia y con la mayor riqueza en la existencia de normas protectoras del medio ambiente cualquiera sea la posición que se adopte.

---

<sup>27</sup> [www.todoelderecho.com](http://www.todoelderecho.com), datos recuperados 11/10/2004

<sup>28</sup> [www.farn.org.ar](http://www.farn.org.ar), datos recuperados 11/10/2004

Tal como ya se refiriera el análisis comenzará con el Código Penal vigente desde 1980 en Alemania, el cual en un capítulo específico llamado delitos contra el ambiente se refiere a casi todas las posibilidades de la protección ambiental, la cual es sin dudas una de las mejores en el derecho comparado.

En España se incluyó en el actual Código Penal una figura genérica contemplada en su artículo 325 que dice: 1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior. 2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años.

Esta redacción estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el 1 de octubre de 2004 y se establece la siguiente: Será castigado con las pe-

nas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

Con esta disposición se enfrentó un aumento en las infracciones ambientales con bastante buen resultado y al mismo debe adicionarse en el análisis el artículo 326 que dice "Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes: a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el anterior. c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma. d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración. e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones"<sup>29</sup>.

El 4 de noviembre de 1998 el Consejo de Europa sancionó la Convención de Protección del Ambiente por medio de la ley penal que consta

---

<sup>29</sup> [www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm](http://www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm) datos recuperados el 11/10/2004

de un preámbulo y veintiún artículos que contemplan medidas en materia de delitos dolosos, culposos y administrativos, regulaciones sobre jurisdicción, sanciones y la restauración del daño, así como también sobre la responsabilidad penal de las corporaciones. Este documento se encuentra ratificado por Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Suecia, Grecia, Islandia, Rumania, Luxemburgo, Austria y Bélgica.

### III) Conclusiones.-

Debería comprenderse que la protección penal ambiental implica una nueva visión adoptada como consecuencia de las innovaciones que confluyen y definen a su objeto y a los sujetos que lo aplican y que el derecho penal en cuanto instrumento protector del ambiente debe ser auxiliado por normas administrativas en la protección de un bien jurídico novedoso, ya por si solo carece de aptitud para ser un arma eficaz frente a las conductas de efectos negativos para el entorno general.

La aceptación del principio de intervención mínima por parte del derecho penal parecería indicar que esta disciplina no es la más eficaz para la protección del medio ambiente en forma exclusiva, ya que en principio el derecho administrativo aparece como el área del derecho mas propicia marginando al derecho penal a un papel subsidiario.

Ello ocurre además porque el derecho penal es la parte del derecho que cuenta con menos respuestas para hacer frente al problema y su aplicación resultaría relativa para la prevención y la anticipación, dado que es presupuesto de su aplicación la comisión del ilícito y con ello la perpetración del daño, el que la mayoría de las veces es irreversible.

Asimismo el bien jurídico protegido resultaría de tal amplitud que trasciende el esquema de bienes jurídicos individuales del derecho

penal, que no puede ser aplicado a los delitos ambientales puesto que los tornaría directamente inaplicables en los hechos y con ello perdería toda eficacia con las graves consecuencias que ello conlleva, lo que tal vez impondría un abandono futuro de la posición antropocéntrica actual para acercarnos a legislaciones más evolucionadas en la materia.

Sin embargo debería fortalecerse la misión del derecho penal con el objeto de acrecentar su eficacia en una lucha en la que no abundan los instrumentos aptos y en este sentido una vez definidos concretamente los conceptos básicos, la razón impone la creación de los instrumentos legales idóneos para evitar procesos largos y controvertidos con un final incierto, cuyo único efecto trascendente termina siendo un descreimiento creciente en el sistema y una consecuente indefensión de graves consecuencias.

#### **IV.- Bibliografía**

Badeni Gregorio, "Nuevos derechos y Garantías Constitucionales", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, agosto de 1995.-

Bustos Ramirez J. "Los bienes jurídicos colectivos", Estudios de Derecho Penal, en homenaje al Prof.L. Jiménez de Asúa, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, n°11, 1986.-

Domper Ferrando Javier, El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas, citando a Martín Mateo, Civitas, Madrid, 1992, vol.I.-

Donna Edgardo Alberto, "Delito y Medio Ambiente", Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 1999.-

Ferrajoli Luigi, "Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal", Trotta, 2000, 4° Edición.-

Gherzi Carlos Alberto, Lovece Graciela y Weingarten Celia, "Daños al Ecosistema y al Medio Ambiente", Editorial Astrea, Buenos Aires, agosto de 2004.-

Libster Mauricio H, "Delitos ecológicos", Editorial Desalma, Buenos Aires, mayo de 2000.-

Manuales de Jurisprudencia, Principios, Derechos y Garantías, Editorial La Ley, 2002.-

Nuñez Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Tomo II Editorial Astrea, Buenos Aires 1988.-

Righi Esteban y Fernandez Alberto, "Derecho Penal", Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1996.-

Rodríguez Arias, Antonio Mateos, Derecho Penal y Protección del Medio Ambiente, Madrid, Colex, 1992.-

Rubianes Carlos, "Código Penal, su interpretación jurisprudencial, tomo V, Editorial Desalma, febrero de 1981.-

Sessano Goenaga Camilo, "La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico", Vicente Gimenez Teresa (ed), Trotta 2002, Madrid,-

Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Editorial Astrea Buenos Aires 1988.-

Valls Mario F., "Primeras reflexiones sobre las cláusulas ambientales y la Constitución", El Derecho, 24 de agosto de 1994.-

Zaffaroni Eugenio, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Editorial Astrea, Buenos Aires 1999.-

[www.csjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B351&td=1&qn=](http://www.csjn.gov.ar/documentos/jurisp/verdoc.jsp?db=B351&td=1&qn=1)

[1](#)

[www.farn.org.ar](http://www.farn.org.ar)

[www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf](http://www.palermo.edu.ar/biblioteca/revista2.pdf)

[www.todoelderecho.com](http://www.todoelderecho.com)