

---

# Tutela penal del ambiente

myf

90



myf

91

## Fernando M. **Gentile Bersano**

*Juez de Cámara en lo Penal de Santa Fe, doctorado en derecho, especialista en derecho penal y en la enseñanza de la educación superior, docente de grado (UCSE), posgrado (UCSE y UCSF) y doctorado (UCSF).*

## Introducción

La postura que pregona la necesidad de intervención del Derecho penal en el ámbito ambiental se encuentra plenamente justificada siendo ampliamente mayoritaria en la doctrina tanto nacional como comparada<sup>1</sup>.

En este sentido, en virtud de la entidad de los valores ambientales y la desaprensión humana hacia los mismos los ordenamientos constitucionales de Brasil, Ecuador, Paraguay y España incluyeron expresos mandatos de punibilidad.

Por su parte, numerosos países legislaron delitos relativos al ambiente<sup>2</sup> por ej.: España y Alemania (ordenamientos de los cuales provienen la mayor parte de nuestros aportes doctrinarios) y en nuestro continente: EE.UU., Canadá, México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Puerto Rico, Panamá, Venezuela, Ecuador Colombia, Perú, Brasil, Paraguay, Chile y Uruguay.

## **Crítica a la opción de tutelar penalmente el ambiente**

La opción de proteger penalmente el ambiente no está exenta de críticas. Una de las más importantes radica en la escasa eficacia revelada al repasar la cantidad de procesos penales que culminaron en condena<sup>3</sup>.

En mi opinión, las dificultades en la operatividad de los sistemas de protección penal del ambiente obedecen, en gran medida, a un defectuoso proceso de elaboración<sup>4</sup>.

Esta situación deriva de la enorme complejidad presentada por la materia a legislar. El desafío radica en elaborar un verdadero sistema integrado por normas que funcionen armónica y eficazmente, y para ello se requiere que cada precepto sea correcto desde el punto de vista técnico. Para lograr dicho objetivo deben ser ponderados diversos aspectos de política criminal, técnica legislativa y dogmática penal.

Cabe destacar que similares dificultades técnicas se presentan en el ámbito del derecho penal internacional para tipificar el delito de ecocidio. En efecto, el Primer Informe del Pa-

nel de Expertos independientes sobre la definición de ecocidio convocado por la Fundación Stop Ecocidio revela la necesidad de dirimir: el concepto de ambiente (algunos expertos consideraron necesario abandonar una concepción antropocéntrica), la posible autonomía del delito (claramente resuelta de modo positivo por el panel), la posibilidad de sancionar a las empresas (no alcanzadas por el derecho penal internacional del Estatuto de Roma) y el elemento subjetivo de la figura (al que caracterizaron como problemático inclinándose por una figura intencional)<sup>5</sup>.

Analicemos algunos de los tópicos que deben ser afrontados por el legislador nacional.

## **Aspectos de técnica legislativa**

La legislación ambiental argentina revela defectos de técnica legislativa. Uno de ellos se vincula con la recopilación de la información.

En este aspecto, resulta imperativo

analizar la regulación provincial en materia penal ambiental ya que existen sistemas, como el de la provincia de Santa Fe, que se encuentran funcionando. El estudio de las causas judiciales tramitadas permite determinar las ventajas y desventajas de haber escogido determinada opción técnica<sup>6</sup>.

Sin embargo, no se advierte que los proyectos de reforma del Código Penal hayan realizado dicha labor, lo que genera el riesgo de reiterar soluciones que han sido insatisfactorias.

### Aspectos de política criminal

El sistema penal nacional no contiene normas penales que tutelén de modo directo e integral el ambiente. En efecto, algunas disposiciones penales del ordenamiento nacional protegen parcialmente el ambiente salvaguardando algunos de los elementos que lo integran v.gr.: leyes n° 14.346, 24.421, 25.743 y 26.331.

En tanto que, otros preceptos lo tutelán de modo indirecto v.gr.: ley n°

24.051 y las disposiciones del Código Penal -ej. art. 200 y ss.-, que salvaguardan la salud pública.

Estas normas constituyen un plexo desarticulado integrado por disposiciones que obedecen a diferentes visiones no conformando un verdadero sistema de protección. Destaco que algunas de estas normas fueron elaboradas con antelación a la última reforma constitucional motivo por el cual no tuvieron en cuenta los estándares delineados por la cláusula constitucional -y tampoco la ley general del ambiente-. En definitiva, la realidad social y ambiental en la que deben operar estas normas sufrieron profundas mutaciones desencadenando la ineficacia de las mismas.

El legislador nacional es consciente de esta situación y por ello, con la intención de adecuar la normativa a las directrices constitucionales sancionó la ley n° 25.612. Sin embargo, el Poder Ejecutivo Nacional observe el régimen penal contenido en la misma. Motivo por el cual las disposiciones

penales de la ley derogada conservan vigencia. De éste modo se conformó una ley de corte ambiental cuyo régimen penal tutela la salud pública. Configurando un sistema con porciones de leyes que responden a concepciones y finalidades disímiles y opuestas.

Este breve paneo revela que la política criminal ambiental de nuestro país resulta deficitaria.

### Pautas dogmáticas

#### El bien jurídico

La primera decisión técnico-penal que debe adoptarse en el proceso de creación de un sistema de tutela penal ambiental consiste en precisar el bien jurídico.

Para cumplir dicho objetivo, partiendo de las bases constitucionales deben delinearse los contornos del bien al que se brindará protección. A efectos de ajustarse a las directrices constitucionales el ambiente de-

be ser tutelado penalmente en un antropocentrismo moderado, teniendo en cuenta las necesidades del hombre sin descuidar el ambiente en sí mismo y ser comprensivo del entorno natural y cultural.

Si bien la legislación nacional carece de disposiciones que tutelén de modo directo e integral el ambiente, algunas legislaciones provinciales lo protegen penalmente otorgando diferentes matices al bien jurídico<sup>7</sup>.

### **La ecología como bien tutelado**

Algunos cuerpos normativos provinciales epigrafían el sector en el que emplazan las ilicitudes ambientales “contra la ecología”.

La ecología no posee aptitud para erigirse en bien jurídico, pues la misma es una ciencia no resultando factible dispensar protección penal a un saber científico<sup>8</sup>.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la concepción constitucional de

ambiente es amplia no resulta posible restringir la salvaguarda penal al entorno natural. Por esta razón, la ecología no posee aptitud para ser el bien tutelado debido a que dicho saber tiene por objeto de estudio una parte del ambiente.

A pesar de lo antedicho, la propuesta de reforma del Código de Faltas de la provincia de Santa Fe del 2007 proponía reemplazar el epígrafe “contra el equilibrio ecológico” por “contra la ecología”<sup>9</sup>.

### **El equilibrio ecológico o estabilidad de los ecosistemas**

Especial consideración merece la posibilidad de instaurar como bien el equilibrio ecológico o la estabilidad de los ecosistemas.

La legislación contravencional de Salta protege el ecosistema en el Título IX. En tanto que la pcia. de San Juan en el título XI regula “contravenciones contra el uso indebido del agua potable, flora, fauna, arbola-

do público y equilibrio ecológico”, en tanto que la legislación santafesina denomina el capítulo II del título VIII del Código de Convivencia “contra el equilibrio ecológico” sancionando en el art. 137 los “atentados contra los ecosistemas” relativos a la generación de peligro concreto para el equilibrio ecológico.

El proyecto de reforma del Código Penal del año 2006 se inclinaba por la consagración de éste bien jurídico lo cual fue ponderado de manera negativa por los proyectos de las comisiones presididas por Zaffaroni y Borinsky argumentando la generación de impunidad<sup>10</sup>.

La apreciación contenida en los últimos proyectos de reforma es correcta. La exigencia típica en orden a un resultado -sea este de lesión o peligro- que recaiga sobre la estabilidad de un ecosistema o el equilibrio ecológico genera la necesidad de realizar complejas pruebas para acreditar el recaudo del tipo objetivo. Un tipo que requiera la afección de un ecosistema demandará la necesidad

de determinar cuál es el ecosistema afectado y, una vez individualizado el mismo, caracterizarlo (por ej.: cuáles son sus componentes, conocer la cantidad de especímenes, la influencia o rol que el mismo desempeña en el ecosistema, etc.), lo cual demuestra las dificultades probatorias que deberán ser sorteadas. Así por ej. en caso de mortandad de especímenes de fauna demandará análisis de orden cuantitativo y cualitativo para determinar la incidencia del hecho en el equilibrio del ecosistema.

La legislación santafesina tipifica el “atentado contra los ecosistemas” que requiere la generación de peligro concreto para el equilibrio ecológico (art. 137). Los estudios que realice permiten demostrar que ninguna de las sentencias que han sido objeto de mi investigación fundamentan este extremo realizando una invocación abstracta de los extremos que integran el tipo objetivo.

Los procesos judiciales analizados revelan que los funcionarios a cargo de las investigaciones son plena-

mente conscientes de las dificultades probatorias que genera dicha norma. Esta situación se infiere de las atribuciones delictivas ya que en ningún caso han imputado dicha figura de modo exclusivo haciéndolo en forma conjunta con otros ilícitos ambientales o de otra índole como el desarrollo de una actividad sin contar con la pertinente habilitación.

El cincuenta por ciento de los casos en que dicha contravención fue imputada culminaron en absoluciones en orden al tipo analizado. En tanto que el veinte por ciento de las resoluciones condenatorias fueron anuladas o revocadas, algunas de ellas, precisamente, por ausencia de actividad probatoria destinada a acreditar la afección del ecosistema. Es decir que, solo el treinta por ciento de las condenas por esta ilicitud adquirieron firmeza.

A pesar de la firmeza de algunos precedentes el análisis de los procesos demuestra que en ninguno de ellos se explica cuál es el ecosistema menoscabado ni de qué modo fue afectado el equilibrio ecológico del mismo<sup>11</sup>.

Asimismo, se revela que en una sola de las resoluciones que adquirieron firmeza se desplegó actividad tendiente a acreditar la lesión del ecosistema. Sin embargo, en éste caso, se ensaya una explicación abstracta determinando el rol de la especie afectada en un ecosistema sin referencia alguna al caso concreto.

En definitiva, esta breve reseña permite corroborar la idea de que la estabilidad del ecosistema o el equilibrio ecológico no son los bienes jurídicos que deben ser tutelados penalmente. Cabe aclarar que refiero a la idoneidad para constituirse en bien jurídico principal, protegido por la figura básica, lo que no significa que no puedan crearse preceptos que tengan en cuenta dicho menoscabo para tipificar figuras agravadas tal como lo hace el “proyecto Borinsky”.

### **El medio ambiente como bien jurídico**

Es frecuente que las legislaciones utilicen la expresión medio ambiente co-

mo epígrafe de las normas que protegen el ambiente.

El empleo de dicha expresión es incorrecto desde el punto de vista terminológico por resultar tautológica<sup>12</sup>, a pesar de lo cual, su utilización se ha generalizado y aceptado. Sin embargo, la cuestión analizada no constituye un purismo lingüístico revistiendo importancia técnica. En efecto, dicha expresión no es congruente con el sentido asignado constitucionalmente al vocablo ambiente. El término “medio” puede interpretarse como “mitad”, por lo que el empleo de este vocablo puede generar problemas en orden al alcance asignado al interés<sup>13</sup>. Por lo que, teniendo en cuenta que existen concepciones que no concuerdan con la visión amplia acogida por la Constitución, lo correcto es emplear el vocablo ambiente<sup>14</sup> y, si se desea realizar una referencia a alguna de las partes que lo integran, puede aditarse los términos, natural, cultural, social, humano, etc..

La imprecisión lingüística se refleja

en la normativa. Efectivamente, algunos ordenamientos locales protegen el entorno natural en un sector normativo reservando otro título diferente para el entorno cultural.

Es el caso de las provincias de Corrientes (la expresión “medio ambiente” preside el capítulo octavo del título II destinando el título III a la tutela del patrimonio cultural); Córdoba (que sanciona acciones “contra la fauna” y “obras de arte y patrimonio histórico” en diferentes títulos) y San Juan (el título XI protege la fauna y las bellezas naturales en tanto que en otro título sanciona los actos de crueldad y maltrato animal).

Similar observación puede formularse al ordenamiento de la pcia. de Mendoza que sanciona en el título VI de su Código de Faltas las contravenciones “contra el medio ambiente y la salud de los animales”. Además, algunos ordenamientos provinciales diferencian la protección de la fauna doméstica y silvestre- la cual, además, reviste autonomía en relación al ambiente<sup>15</sup>.

De modo que, en estos casos, la utilización del término “medio ambiente” se ajusta al contenido del sector del Digesto ya que el mismo protege parcialmente el ambiente.

La identificación del ambiente con el entorno natural diferenciándolo del cultural, no se ajusta a la concepción constitucional. Situación que constituye una elocuente muestra de las consecuencias generadas por no reparar en la cuestión terminológica.

Por otra parte, el emplazamiento de las normas constituye una importante pauta interpretativa. Considero que las normas penales ambientales deben plasmarse en el texto del Código, en un lugar apropiado a la entidad del bien tutelado, deben ser agrupadas en un único sector del cuerpo normativo (preferentemente en un título) y luego, de ser necesario, subdividir dicha sección (en capítulos) asignando a la misma la tutela de cada elemento del mismo sin perder de vista la entidad jurídica que los aglutina.

Esta cuestión es importante ya que la cláusula constitucional plasma una concepción ambiental conglobante, motivo por el cual disociar los intereses ambientales ubicando a los mismos en diversos sectores del cuerpo normativo implica no tener en cuenta que, conforme la concepción constitucional, los diferentes sectores de protección estructurados atentan contra un mismo bien jurídico.

En conclusión, el bien jurídico tutelado debe ser el ambiente pudiendo estructurarse diferentes capítulos destinados a salvaguardar diferentes aspectos del mismo como el patrimonio natural y cultural, con sus respectivas subdivisiones.

### **Modalidad de ofensa del bien jurídico**

Otro de los tópicos que necesariamente debe afrontarse es la elección de la modalidad de detrimento del bien jurídico<sup>16</sup>.

Se sostiene la inconveniencia de es-

tructurarlo un sistema de protección penal basado en delitos de resultado<sup>17</sup>.

Un sistema de protección estructurado sobre la base de esta modalidad típica presenta inconvenientes: se intervendría cuando el ambiente fue afectado en su materialidad. En segundo lugar, la exigencia de un resultado obliga a sortear los inconvenientes para la acreditación de la incidencia de la conducta del agente.

En éste sentido, debe ponderarse que los resultados ambientales suelen desencadenarse como consecuencia causal de acciones y efectos acumulados y concurrentes generando la necesidad de producir pruebas científicas destinadas a determinar los efectos de dichas combinaciones. Tampoco debe soslayarse que los efectos nocivos pueden transgredir las fronteras políticas de los diferentes estamentos generando dificultades de orden procesal.

Por estas, entre otras, razones la doctrina especializada considera inconveniente utilizar esta modalidad típica.

### **Delito ambiental como delito de peligro**

La doctrina concluye que los delitos ambientales deben estructurarse como tipos de peligro<sup>18</sup>. La discusión se plantea en torno a si debe recurrirse a la modalidad de peligro concreto o abstracto.

Estas modalidades técnicas se diferencian de los delitos de lesión ya que no demandan la generación de un menoscabo material del bien jurídico. El delito de peligro concreto demanda que el bien haya sido expuesto a una situación riesgosa. De modo que en el proceso judicial debe acreditarse dicha puesta en peligro. Por esta razón, los delitos de peligro concreto presentan similitudes con los de lesión. Siendo el riesgo un estadio previo a la lesión el procedimiento de acreditación de ambos es similar. Consecuentemente, puede afirmarse que los delitos de peligro concreto son de resultado, si bien el efecto nocivo reviste una intensidad menor que en los delitos de lesión<sup>19</sup>.

Por su parte, los ilícitos de peligro abstracto son aquellos en los cuales la conducta se tipifica por considerarse peligrosa sin que sea necesario que la misma haya generado un riesgo en el caso concreto. En éste caso, el riesgo no integra el tipo objetivo y consecuentemente, la acreditación de la tipicidad de la conducta no requerirá la prueba de la puesta en peligro efectivo del bien jurídico ya que el riesgo se presume.

Como se advertirá esta modalidad técnica allana la labor procesal. Sin embargo, los delitos de peligro abstracto así entendidos generan serios problemas dogmáticos.

En efecto, podrían afectar la legalidad sustancial en caso de que la determinación del precepto no sea correctamente integrada, podrían alterar la función de última ratio del derecho penal al limitarse el injusto penal a resguardar el cumplimiento de la normativa extrapenal. Asimismo, podrían resquebrajar la unidad del ordenamiento en caso de generar confusión entre los injustos administrativos y penal<sup>20</sup>.

Ocurre que en materia ambiental la intervención del sistema penal resulta accesoria por lo que la conducta lesiva del ambiente suele estar prevista por la normativa extrapenal a la que suelen remitir los ilícitos ambientales.

Por esta razón, el crear un tipo de peligro abstracto que sancione la realización de una conducta que se presume peligrosa para el bien jurídico puede generar confusión entre el injusto penal y administrativo.

### **El delito ambiental como un tipo de idoneidad**

La dicotomía planteada en términos de peligro comprobable versus peligro presunto, nos enfrenta a un complejo problema técnico. En caso de exigir la acreditación del riesgo se crea un tipo penal de difícil comprobación en el proceso. En tanto que si se recurre a los delitos de peligro abstracto el injusto se transformaría en una mera desobediencia normativa<sup>21</sup> sancionando conductas en razón del riesgo hipotético que no necesariamente es real.

Tradicionalmente, el concepto de peligro se contrapone al de lesión, el peligro aparece como un estadio previo a la lesión. Una profundización del estudio de esta problemática condujo a concluir que el concepto de peligro debe obtenerse en contraposición al de peligrosidad.

El peligro es un estado que surge de las circunstancias en las que se encuentra un determinado bien. De modo que el peligro se demuestra constatando que el bien jurídico ingresó a dicho estado. En tanto que la peligrosidad es una cualidad de la acción en virtud de la cual la misma produce la posibilidad de lesión del bien jurídico.

De este modo se concluye que existen delitos de idoneidad, aptitud o peligro hipotético en los que se tipifica una acción con potencialidad creadora de riesgo. Estas ilicitudes tipifican conductas que normal o habitualmente poseen idoneidad para desencadenar un riesgo para el interés salvaguardado; es decir, debido a que, analizada desde el punto de vista ex ante, la conducta es consi-

derada peligrosa. Sin embargo, en el caso concreto puede no haber sido generadora de riesgo y entonces la conducta no será típica<sup>22</sup>.

Esta distinción permite dotar de contenido a la antijuridicidad penal en razón de que el tipo contiene un plus punitivo fundado en la gravedad de la conducta permitiendo diferenciarlo del injusto administrativo. Ésta circunstancia permite eludir las objeciones formuladas a los delitos de peligro abstracto tradicionalmente acuñados.

Los delitos de idoneidad presentan evidentes ventajas en relación a los de peligro concreto en lo que respecta a la prueba del peligro. También tienen ventajas en relación a los de peligro abstracto pues posibilitan distinguir el injusto penal del administrativo. En efecto, en caso de que el delito de peligro abstracto sancione una conducta que implique una desobediencia a la norma administrativa puede generarse inconvenientes generando un sistema de vinculación en el cual el derecho penal se encuentre absoluta-

mente subordinado al sistema extrapenal. Además, los delitos de peligro hipotético permiten evitar sancionar conductas que normalmente resultan idóneas para afectar el interés protegido pero que en el caso concreto fueron inocuas.

Indudablemente, el ambiente debe ser salvaguardado mediante la creación de delitos de peligro y de entre las formas de peligro los delitos de aptitud resultan los más adecuados.

Al respecto se explica: "...en el caso de contaminación acústica, la calificación del artículo 325 como delito de peligro concreto nos obligaría a probar que la emisión de ruidos por encima de lo permitido por la normativa administrativa ha estado a punto realmente de lesionar la salud de alguna persona...con las dificultades de prueba que conlleva... nótese que si alguna o varias persona se han encontrado sometidas a los ruidos- pero por ejemplo, por su constitución física, por su capacidad de abstracción de los ruidos o por su fortaleza psíquica, no se ha

estado a punto de causarles una lesión...entonces deberíamos concluir en la inexistencia de peligro concreto"<sup>23</sup>. Si se trata de un delito de peligro hipotético resulta suficiente demostrar que el nivel de decibeles emitidos resulta apto para poner en peligro la salud de cualquier persona colocada en el lugar de la víctima.

Por los motivos expuestos concluyo que la tutela del ambiente debe prestarse especial atención a la categoría de peligro abstracto-concreto o de idoneidad, la cual no conculca garantía alguna toda vez que en el proceso podrá demostrarse la inidoneidad de la conducta típicamente peligrosa para afectar el bien jurídico protegido en el caso concreto.

### **Los proyectos de reforma del Código penal**

Los proyectos de reforma del Código Penal del 2004, 2012 y 2017 estructuran el sistema de tutela ambiental a partir de figuras de lesión y peligro concreto reservando para la faz admi-

nistrativa las de peligro abstracto por entender que son meras infracciones de deberes.

Cabe destacar que la “comisión Borinsky” evidencia que tuvieron en cuenta la existencia de delitos de peligro hipotético pero luego, sin dar razones, estructuraron delitos de peligro concreto y lesión, es decir ilícitos de resultado.

Esta decisión técnica tiene la ventaja de permitir diferenciar claramente los injustos administrativo y penal ambiental. En efecto, como consecuencia de exigir un plus fundado en la gravedad de la afección materializada en un resultado, es de esperar que, en caso de que el injusto administrativo haya sido correctamente estructurado, no se presenten problemas para diferenciar las ilicitudes y, por ende, las garantías y principios antes referenciados no se verían afectados.

Sin embargo, esta decisión técnica implica desoír la opinión de la doctrina mayoritaria fundada en la nece-

sidad de articular la intervención del sistema penal con el administrativo.

Además, se omitió compulsar las soluciones adoptadas en el derecho comparado por ej. en España el tipo básico del delito ecológico contenido en el art. 325 del Código Penal adoptó una estructura de delito de idoneidad.

Considero que el delito básico no debe ser de resultado, reservando dicha estructura para las figuras calificadas.

Evidentemente el recurrir a delitos de resultado facilita la labor legislativa pues se eluden las vinculaciones con el derecho administrativo, tarea que como se comprenderá resulta sumamente compleja pues requiere la armonización de los múltiples ordenamientos derivados de la organización federal de nuestro país.

Sin embargo, no debemos engañarnos, de este modo simplemente se difiere el abordaje del problema. En efecto, el legislador provincial de-

berá tipificar penalmente conductas lesivas del ambiente sin embargo, ya no podrá recurrir al resultado como criterio diferenciador entre las ilicitudes de los diferentes sectores normativos por haber sido empleado por la normativa nacional. Esta situación colocará al legislador local en la necesidad de vincular las ilicitudes penales y extrapenales.

En definitiva, estructurando el sistema de protección mediante delitos de resultado simplemente se transfiere el problema al ámbito local.

Como explicara, el artículo 137 de la legislación contravencional de la provincia de Santa Fe sanciona a quien atentare contra un ecosistema generando peligro concreto para el equilibrio ecológico. En el presente reseñé los resultados obtenidos en los procesos judiciales los cuales obedecen no sólo al haber escogido como bien tutelado el equilibrio ecológico sino porque, además, se estructuro el tipo como un injusto de peligro concreto, agravando la ya inata complejidad probatoria.

### Relación entre el injusto administrativo y penal

Otro de los problemas técnicos que debe afrontarse al diseñar un ilícito penal ambiental obedece a que, numerosos aspectos del ámbito ecológico se encuentran regulados por el Derecho administrativo.

La preexistencia de la regulación extrapenal coloca al legislador penal frente a uno de los problemas centrales y más arduos en lo que respecta a la técnica legislativa en materia penal ambiental.

Las opciones con las que cuenta son: a) articular ambos sectores lo cual puede lograr: 1) creando un derecho penal absolutamente dependiente del extrapenal o 2) estructurar un sistema penal relativamente vinculado con el derecho administrativo; b) por otra parte, se puede desvincular los sectores<sup>24</sup>.

Los tres últimos proyectos de reforma de la ley sustancial se estructuran sobre un modelo de derecho pe-

nal independiente o desvinculado del administrativo. Esto se debe a que diseñan la protección sobre la base de delitos de peligro concreto y de lesión. Este modelo tiene como ventaja que permite eludir los problemas técnicos destinados a vincular estos diferentes sectores del ordenamiento. Sin embargo, la dificultad técnica se traslada al ámbito provincial y genera el riesgo de establecer un derecho penal simbólico.

La vinculación con la normativa extrapenal resulta ineludible ya que la misma contiene minuciosas regulaciones referidas a las sustancias contaminantes y los baremos permitidos. Por otra parte, la autoridad administrativa suele otorgar autorizaciones para realizar actos desaprensivos contra el ambiente de modo controlado (tal es el caso de la causa “canal norte” de la ciudad de Rafaela) por lo que carece de sentido elaborar una norma penal en base a criterios puramente dogmáticos. Esta última apreciación denota que la norma penal no puede ser ideada en base a criterios puramente penales debiendo trabajarse en con-

junto con especialista en derecho ambiental y administrativo. Este es uno de los mayores desafíos para la dogmática penal tradicionalmente acostumbrada a construir su conocimiento de modo autónomo.

### Personas responsables

Otro de los temas neurálgicos es el modelo de responsabilidad en orden a la autoría y participación.

En este aspecto puede optarse por un sistema dual consagrando la responsabilidad de los entes corporativos o restringir la imputación a personas físicas. Además, ambos modelos pueden ser combinados con la actuación en lugar de otro, lo que demanda como presupuesto establecer tipos especiales como en el caso de la ley 24.051. Esta última opción facilita la imputación de personas individuales que realicen actos en interés o beneficio de la empresa o empresario independientemente de la vinculación existente entre los distintos sujetos.

### Palabras finales

Legislar en materia penal ambiental representa un enorme desafío en el cual deben ser evaluados numerosos aspectos de técnica legislativa, política criminal y dogmáticos.

Las particularidades del bien jurídico, las dificultades para acreditar la relación causal, la existencia de principios plasmados en la normativa extrapenal que el legislador penal no puede desconocer, la necesidad de vincular los tipos delictuales con los preceptos de otros sectores del ordenamiento jurídico, el rol auxiliar desempeñado por el derecho penal y la consecuente primacía del derecho administrativo, la complementariedad de la legislación nacional con la provincial son sólo algunos rasgos que contribuyen a la complejidad de la tarea legislativa.

Es por ello que la creación de la normativa penal ambiental no puede ser abordada con el cometido de cumplir con un mandato meramente formal de punibilidad, ya sea que se lo infiera implícitamente del texto

constitucional o de otra circunstancia como la importancia de los valores ambientales.

Evidentemente, si analizamos el tema desde una visión sesgada de la dogmática penal la labor legislativa se simplifica al crear un sistema penal absolutamente autónomo, eludiendo abordar algunos de los complejos problemas técnicos. El tipificar un injusto penal de magnitud permitirá diseñar figuras sin relación con la normativa extrapenal simplificando el proceso legislativo. Sin embargo, el ímpetu por eludir la complejidad seguramente, generará la desvinculación de dichas normas con el sistema ambiental engendrando un derecho penal simbólico debido a la escasa posibilidad de éxito del mismo en la lucha contra la delincuencia ambiental.

Además, dicha desarticulación nos colocará en una situación muy delicada, pues seguramente, generará problemas de inseguridad jurídica, dificultades interpretativas, dudas acerca de la validez normativa, originando un sistema que no protege adecuada-

mente el ambiente y puede afectar las actividades productivas.

El desafío radica en elaborar un sistema que funcione armónicamente, con eficacia, y ello requiere que sea correcto desde el punto de vista técnico. Resulta vital comprender que el aspecto técnico excede la dogmática penal resultando imprescindible articular la protección penal con el sistema de tutela ambiental para lo cual cada norma proyectada debe ser sometida a un profundo test de operatividad dentro del sistema ambiental.

Como se advertirá, se trata de dos modos muy disímiles de encarar la tarea en orden al esfuerzo que demanda.

Lo expuesto revela que la elaboración de un sistema penal de protección ambiental es, sin dudas, la más compleja que ha enfrentado el derecho penal pero el abordar los aspectos conflictivos de modo adecuado determinará que la normativa resultante posea mayor calidad técnica incrementando las posibilidades de otorgar real y efectiva protección al ambiente. ■

## CITAS

<sup>1</sup> En este sentido: DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO, *Aspectos problemáticos en los delitos contra el medio ambiente*, en. Problemas derivados de la delincuencia medioambiental, Estudios de Derecho Judicial, n°52, Madrid, Centro de documentación judicial del Consejo Gral. del Poder Judicial, 2004, 135; BARREIRO, JORGE, El bien jurídicamente protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995, en: Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, Granada, Comares, 2005, 47; LIBSTER, MAURICIO, *Delitos Ecológicos*, Bs. As., Depalma, 2000, 176; MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho Penal y Protección del medio ambiente*, Madrid, Colex, 1992, 79; SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, 214.; URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, Madrid, La Ley, 2001, 49.

<sup>2</sup> En el ámbito de la Comunidad Económica Europea fueron establecidas normas mínimas comunes para tipificar el delito ambiental mediante la Directiva 2008/99/CE,

existiendo una propuesta de la Comisión para intensificar la vía penal de protección del ambiente (directiva del 15/12/2021).

<sup>3</sup> En este sentido, la Comisión del Parlamento Europeo evaluando la Directiva 2008/99 concluyó: “...la Directiva no fue muy efectiva en la práctica.... el número de casos de delincuencia medioambiental investigados y condenados con éxito se había mantenido muy bajo. Además, los niveles de las sanciones impuestas eran demasiado bajos para resultar disuasorios y la cooperación transfronteriza no se llevaba a cabo de manera sistemática”. En igual sentido: MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Tratado de Derecho Ambiental, volumen I*, Trivium, Madrid, 1991, 232 y BARREIRO, 19.

<sup>4</sup> GENTILE BERSANO, FERNANDO, *Tutela penal ambiental. Lineamientos dogmáticos y técnicos legislativos aplicados al régimen contravencional santafesino*, Rosario, Separatis, 2013.

<sup>5</sup> Dicho informe propuso crear dicha ilicitud a la que caracteriza del siguiente modo: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ecocidio cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existen grandes probabilidades de que cau-

se daños graves que sean extensos o duraderos al medio ambiente”.

<sup>6</sup> La legislación santafesina resulta paradigmática por ser la primera en establecer un tipo penal ambiental y por abordar tres temas neurálgicos para la protección penal del ambiente: las relaciones entre los injustos administrativo y penal, la responsabilidad de los administradores y representante de entidades empresariales (a la que actualmente se agregó la responsabilidad penal de las personas jurídicas) y la imposición de medidas ambientales de índole cautelar en sede penal.

<sup>7</sup> Desde la óptica penal el ambiente ha sido conceptualizado como: “el ámbito dentro del cual existen y se interrelacionan el hombre, sus creaciones culturales y la naturaleza”, LIBSTER, 195 y “...el medio ambiente no sólo ni identificable la vida humana, la salud pública o individual, la cultura, la riqueza nacional, etc., bienes todos aquellos tradicionales y ya protegidos por el Derecho en general y por el penal de modo específico; el medio ambiente como bien o valor jurídico es precisamente un interés de superior nivel de abstracción y generalidad, formado a partir de

la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales antes descriptos, fundando precisamente la entidad del nuevo bien en la interrelación existente entre ellos, entidad que tiene, por tanto, un carácter de síntesis o sincretismo de dichos bienes, pudiendo formularse gráficamente como un poliedro”, RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Delitos contra el medio ambiente, en Comentarios a la legislación penal, Cobo del Rosal (dir.), Tomo V, vol. 2º*, Madrid, Edersa, 1985, 829/830.

<sup>8</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, JÁMES, *Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales, Medio ambiente & derecho*, Revista electrónica de Derecho ambiental, [www.cica.es/aliens/gimadus](http://www.cica.es/aliens/gimadus), n°11,13.

<sup>9</sup> En el derecho comparado Perú sanciona en su Código Penal los delitos “contra la ecología”.

<sup>10</sup> “A diferencia del proyecto de 2006 y de otros modelos de la legislación comparada, no exige la alteración del equilibrio ambiental o de la integridad ecológica de sistemas naturales, expresiones limitativas del tipo que han ocasionado problemas interpretativos con espacios de grave impunidad”, Anteproyecto “Comisión Zaffaroni” 245.

<sup>11</sup> Quizás el escaso importe de la sanción pecuniaria y la posibilidad de cumplir el arresto domiciliario los fines de semana explique la razón por la cual los imputados, a veces jerárquicos de una entidad, prefieren afrontar la sanción penal sin recurrir a la condena.

<sup>12</sup> BESALÚ PARKINSON, AURORA, *Responsabilidad por daño ambiental*, Bs. As., Hammurabi, 2005, 36/37; VALLS, MARIO F., *Derecho Ambiental*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, 1; MARTÍN MATEO, 81.

<sup>13</sup> La legislación contravencional de Chaco utiliza de modo indistinto los términos ambiente y medio ambiente, por ej. en el art. 99 al referirse a los monumentos naturales señala: “los removiese o los sacare de su medio ambiente natural”, en tanto que en el art. 100 al referirse a los espacios verdes establece el deber de “resarcir al ambiente”.

<sup>14</sup> CANOSA USERA, RAÚL, *Constitución y Medio Ambiente*, Madrid, Dykinson S.L, 2000, 63 y Brañes Ballesteros, Raúl, *Manual de Derecho ambiental mexicano*, México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental - Fondo de Cultura Económica, 1994, 18.

<sup>15</sup> La tutela de la fauna es un tema que reviste matices especiales y una complejidad que demanda un profundo análisis técnico. Mediante el cual se dirima el status jurídico de los animales (Recordemos el precedente “Orangutana Sandra” de la Sala II de la Cám. Nac. de Casación Penal) y si la protección asignada mediante los tipos tanto nacionales como provinciales contra actos de crueldad y maltrato resultan adecuados. Además, debe precisarse el bien jurídico tutelado, aún en el caso de que se optase por mantener la protección mediante los tipos de maltrato y crueldad, que claramente no puede ser el sentimiento de piedad tal como se sostuvo tradicionalmente. Además, se advierte falta de coordinación entre las normas nacionales y provinciales en lo relativo a la crueldad y el maltrato animal, aspecto que debería ser revisado corrigiendo las superposiciones existentes e incluso el avance invasor del derecho administrativo local. En el caso de las personas no humanas se considera que los bienes jurídicos serían la preservación de la existencia y la conservación de la especie cfr.: ZAFFARONI, EUGENIO; ALAGIA ALEJANDRO; SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002, 493.

<sup>16</sup> En este aspecto deben ser sopesadas la importancia y características de los valores protegidos, la naturaleza supraindividual de los mismos y la asunción por parte del Estado de funciones de carácter solidario propias de sus nuevos roles. Además, debe valorarse que los efectos lesivos ambientales pueden perdurar afectando incluso a generaciones futuras pudiendo desencadenar graves e impredecibles consecuencias.

<sup>17</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, 94.

<sup>18</sup> CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los "delitos de peligro"*, Revista de Derecho penal, T I, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 91; HIRSCH, Hans, *Sistemática y límites de los delitos de peligro*, Revista de Derecho penal, TII, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, 22 y ss.; CEREZO MIR, JOSÉ, *Los delitos de peligro abstracto*, Revista de Derecho penal, T. II, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2002, 720 y ss.; GOERNER, GUSTAVO, *Los delitos de peligro abstracto y las garantías constitucionales*, Revista de Derecho Penal, TII, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2003, 559/586; LÓPEZ, HERNÁN, *Delito Ambiental, en Reparación ambiental*. Serie servicios públicos n° 4, Bs. As., Ciudad Argentina, 2002, 50 y ss.;

MARCÓ DEL PONT, LUIS, *El rol del Derecho penal en la protección del medio ambiente*, en: El Derecho penal hoy, Bs. As., del Puerto S.R.L., 1995, 57; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, 104.

<sup>19</sup> CEREZO MIR, 720.

<sup>20</sup> DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal Parte General, TIII*, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, 503.

<sup>21</sup> MUÑOZ LORENTE, JOSÉ, *Algunas consideraciones sobre el concepto de peligro, clandestinidad y peligro continuado en los delitos contra el medio ambiente*, Revista de Derecho Penal, TI, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 344.

<sup>22</sup> HIRCH, 69 y ss.; CEREZO MIR, 720; ROXIN, TI, 407 y ss.; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, 96 y ss.; DONNA, TIII, 438; MUÑOZ LORENTE, 344; DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Tipificación del riesgo y delitos de resultado*, Revista de Derecho penal, TI, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 142 y ss.; GÓMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN, *El delito ecológico*, en: *Manuales de Derecho Ambiental*, Madrid, Ex Libris, 2006, 55, 81; MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El delito ecológico: configuración típica, estructuras y modelos de tipificación*, en

*Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento español*, citado, 117; SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, *Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto*, Revista de Derecho Penal, TI, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 119/124 y FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Seguridad colectiva y peligro abstracto*, Revista de Derecho Penal, TI, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, 147 y ss..

<sup>23</sup> MUÑOZ LORENTE, 348.

<sup>24</sup> DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparadas en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, Cedecs, 1996, 36 y ss.; PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *El derecho fundamental a no padecer el bis in ídem y las sanciones en protección del medio ambiente*, en Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, citado, 74 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Problemas generados por la dualidad sancionadora administrativa y penal en el ámbito de la protección del medio ambiente*, en Problemas derivados de la delincuencia medioambiental, citado, 48 y ss.