

La problemática del Derecho Penal Ambiental

Por

Elisabeth I. Berra* y Jimena Nahir Rodríguez**

Sumario: 1. Introducción. 2. Normas de Derecho Penal Ambiental. Delitos de peligro 3. El ambiente como bien jurídico penalmente protegido. 4. Reflexiones finales.

1. Introducción

En los últimos años ha aumentado notablemente el deterioro sufrido por el medio ambiente a causa de las distintas actividades humanas, incompatibles con el equilibrio de la naturaleza. Actualmente, gran parte de la comunidad es consciente de la importancia de prevenir la consumación de los daños ambientales, pues se tiene en cuenta que los mismos se caracterizan por ser irreparables, de fácil expansión hacia distintos recursos naturales; así como de notable afectación a la salud, la economía –en cuanto ataca los recursos utilizados para la producción lugareña– y el entorno visual de una población –paisaje–.

Se considera que el Derecho Penal, en virtud de sus graves sanciones, puede ser una herramienta eficaz para evitar que las actividades humanas se desarrollen en forma irresponsable deteriorando el ambiente. Lo que se pretende es que el carácter persuasivo de esta rama del Derecho lleve a los individuos a tomar los cuidados necesarios a fin de evitar el deterioro ambiental.

* Abogada. Profesora Adjunta Regular de “Derecho Constitucional Político” en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCES. Profesora de “Bases Constitucionales de Derecho Privado” en la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de “Derecho Constitucional Profundizado” en la Facultad de Derecho de la UBA. Miembro Asociada de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Ha sido asesora de la Comisión de Asuntos Constitucionales en el Honorable Senado de la Nación.

** Abogada. Maestría en Derecho con orientación en Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo. Ha participado de numerosos seminarios y congresos de su especialidad. Ha sido asesora de la Agencia de Protección Ambiental de la Ciudad de Buenos Aires.

Se consideran delitos ecológicos aquellas acciones cometidas sin justificación social, realizadas con incuria o interés lucrativo, que modifican el sistema ecológico en forma grave o irreversible. Por lo general, a través de este tipo de delitos, se sanciona el peligro como consecuencia directa de la lógica preventiva que rige en materia ambiental.

Para ello existen distintas variantes, tales como la incorporación de los denominados "delitos ecológicos o contra el medio ambiente"¹, o bien la creación de leyes especiales que contemplen las particularidades de estos últimos.

Es del caso mencionar que los delitos ecológicos son conceptualizados como aquellas acciones cometidas sin justificación social, realizadas con incuria o interés lucrativo, que modifican el sistema ecológico en forma grave o irreversible. Por lo general, a través de este tipo de delitos, se sanciona el peligro como consecuencia directa de la lógica preventiva que rige en materia ambiental.

Con posterioridad a la constitucionalización del ambiente, han existido varias iniciativas legislativas con el objeto de modificar el Código Penal adicionando esta tipología de delitos en un capítulo separado denominado "Delitos contra el Medio Ambiente" en el mencionado cuerpo normativo. Sin embargo, ninguno de los proyectos llegó a convertirse en una ley formal.

Ello obedece básicamente a que la tipificación de delitos ambientales, que *prima facie* parece ser una solución sencilla al conflicto del daño ambiental, es sumamente compleja. Esta dificultad responde, por un lado, a la propia naturaleza amplia e imprecisa del bien jurídico protegido: ambiente y, por el otro, a las garantías constitucionales y a la última ratio del Derecho Penal.

En el presente trabajo nos proponemos analizar las dificultades que trae aparejada la aplicación tradicional del Derecho Penal en materia ambiental.

2. Normativa del Derecho Penal Ambiental. Delitos de peligro

La legislación penal orientada a la protección del ambiente no está unificada en un solo cuerpo normativo, muy por el contrario se ubica en distintas normas, concretamente, las disposiciones pertinentes del Código Penal, las Leyes de Residuos Peligrosos² y de Fauna³.

En primer lugar, el ordenamiento Penal en el artículo 186, inciso 2°, apartado b)⁴ sanciona las conductas que ocasionen incendios o estragos en bosques.

¹ Se consideran delitos ecológicos aquellas acciones cometidas sin justificación social, realizadas con incuria o interés lucrativo, que modifican el sistema ecológico en forma grave o irreversible. Por lo general, a través de este tipo de delitos, se sanciona el peligro como consecuencia directa de la lógica preventiva que rige en materia ambiental.

² Ley n° 24.051, publicada en el Boletín Oficial del 17/01/1992.

³ Ley n° 22.421, publicada en el Boletín Oficial del 12/03/1981.

⁴ Código Penal, artículo 186. "El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: (...) 2° Con reclusión o prisión de tres a diez años el que causare incendio o destrucción por cualquier///"

Asimismo, dedica un capítulo completo a los delitos contra la salud pública; en efecto, en los artículos 200⁵, 202⁶ y 203⁷ tipifica los actos de envenenamiento o adulteración de agua potable, sustancias alimenticias o, medicinales.

En segundo, la Ley de Protección y Conservación de la Fauna Silvestre en el Capítulo VIII abarca diferentes tipos de delitos y sus respectivas penas. Básicamente se contemplan las siguientes acciones: caza furtiva⁸, depredación de la fauna silvestre⁹, uso de armas prohibidas¹⁰ y, el comercio, transporte, acopio e industrialización de los productos provenientes de las mencionadas actividades¹¹.

Tercero, en la Ley de Residuos Peligrosos también pueden observarse cláusulas referidas a la responsabilidad penal aplicable a la generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos, ya sea que se

///otro medio: b) De bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales, yerbatales o cualquiera otra plantación de árboles o arbustos en explotación, ya sea con sus frutos en pie o cosechados (...)"

⁵ Código Penal, artículo 200. "Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas".

⁶ Código Penal, artículo 202. "Si como consecuencia del envenenamiento, adulteración o falsificación de aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, resultare la muerte de alguna persona, la pena será de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones gravísimas, la pena será de TRES (3) a QUINCE (15) años de reclusión o prisión; si resultaren lesiones graves, la pena será de TRES (3) a DIEZ (10) años de reclusión o prisión".

⁷ Código Penal, artículo 203. "Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores fuere cometido por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los deberes a su cargo, se impondrá multa de PESOS CINCO MIL (\$5.000) a PESOS CIENTO MIL (\$100.000); si tuviere como resultado enfermedad o muerte se aplicará prisión de SEIS (6) meses a CINCO (5) años".

⁸ Ley n° 22.421, artículo 24. "Será reprimido con prisión de un (1) mes a un (1) año y con inhabilitación especial de hasta tres (3) años, el que cazare animales de la fauna silvestre en campo ajeno sin la autorización establecida en el art. 16, inc. a)".

⁹ Ley n° 22.421, artículo 25. "Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y con inhabilitación especial de hasta cinco (5) años, el que cazare animales de la fauna silvestre cuya captura o comercialización estén prohibidas o vedadas por la autoridad jurisdiccional de aplicación. La pena será de cuatro (4) meses a tres (3) años de prisión con inhabilitación especial de hasta diez (10) años cuando el hecho se cometiere de modo organizado o con el concurso de tres (3) o más personas o con armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación".

¹⁰ Ley n° 22.421, artículo 26. "Será reprimido con prisión de dos (2) meses a dos (2) años y con inhabilitación especial de hasta cinco (5) años el que cazare animales de la fauna silvestre utilizando armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación".

¹¹ Ley n° 22.421, artículo 27. "Las penas previstas en los artículos anteriores se aplicarán también al que a sabiendas transportare, almacenare, comprare, vendiere, industrializare o de cualquier modo pusiere en el comercio piezas, productos o subproductos provenientes de la caza furtiva o de la depredación".

encuentren ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional, en el territorio de una provincia –siempre que estuvieran destinados al transporte fuera del mismo– o, cuando fueran susceptibles afectar a personas o al ambiente más allá de la frontera del Estado local en que se generaron.

En el Capítulo IX la normativa prevé sanciones para quien mediante el uso de estos residuos *“envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general (...)”*¹². Se trata claramente, de un tipo penal doloso, lo que se ve reforzado por la fórmula de redacción empleada en el artículo 56¹³.

Efectivamente, en dicha norma contempla la figura culposa para los casos en que la conducta típica se cometiere por *“imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas (...)”*.

A mayor abundamiento, esta misma categorización del tipo penal fue ratificada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán¹⁴, al entender que *“Desde el punto de vista del tipo subjetivo, se trata de una omisión en el control de una fuente de peligro, que produjo el resultado de la contaminación del ambiente, con lo que (...), se representó el peligro de la contaminación pero no quiso el resultado, con lo que incurrió en una conducta negligente en la que quiso la conducta descuidada pero no el hecho resultante. Por ello, (...) se encuadra en el supuesto típico del art. 56 de la Ley n° 24.051, por haber contaminado el ambiente en general de modo peligroso para la salud, por negligencia (...)”*.

Además, la Ley de Residuos Peligrosos establece la extensión de la pena a los directivos de una persona jurídica cuando los delitos fueran cometidos por decisión de esta última¹⁵.

¹² Ley n° 24.051, artículo 55. *“Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión”*.

¹³ Ley n° 24.051, artículo 56. *“Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un (1) mes a dos (2) años. Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis (6) meses a tres (3) años”*.

¹⁴ TOCF de la Provincia de Tucumán, *“Municipalidad de Concepción”* (2007).

¹⁵ Ley n° 24.051, artículo 57. *“Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido 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 hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir”*.

Finalmente, no pueden soslayarse las disposiciones pertinentes contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación. Este ordenamiento dispone que los delitos susceptibles de menoscabar el medio ambiente son de acción pública, lo que lleva implícito la posibilidad de todo individuo de efectuar la denuncia correspondiente, sin que sea exigible ningún tipo de capacidad especial¹⁶. Asimismo, recae sobre los funcionarios públicos la obligación de denunciar esta tipología de acciones, ya que de lo contrario incurrir en delito de omisión¹⁷.

La situación descripta en modo alguno implica que el denunciante se vuelva automáticamente parte en el proceso penal, toda vez que la capacidad para denunciar no es asimilable a la que se requiere para ser querellante y parte en el pleito. Para alcanzar este carácter, se torna necesario acreditar un derecho particular vulnerado¹⁸.

Identificada la normativa penal vigente, entendemos trascendental detenernos en la especial tipología de delitos que introduce la Ley de Residuos Peligrosos, a fin de realizar algunas consideraciones específicas sobre los mismos.

Los dos tipos penales que contempla –doloso o culposo– son delitos de peligro. Ello por cuanto, se parte de la existencia de un peligro grave que excede la mera inobservancia de la norma administrativa que establece regulaciones en materia de sanidad, incriminándose conductas relacionadas con residuos que tengan aptitud verdaderamente contaminante¹⁹.

¹⁶ Código Procesal Penal de la Nación, artículo 174. *“Toda persona que se considere lesionada por un delito cuya represión sea perseguible de oficio o que, sin pretender ser lesionada, tenga noticias de él, podrá denunciarlo al juez, al agente fiscal o a la policía. Cuando la acción penal depende de instancia privada, solo podrá denunciar quien tenga derecho a instar, conforme a lo dispuesto a este respecto por el Código Penal. Con las formalidades previstas en el capítulo IV, del título IV, del libro primero, podrá pedirse ser tenido por parte querellante”.*

¹⁷ Código Penal, artículo 277. *“1. Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado: a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta. b) Ocultare, alterar o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o participe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer. c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito. d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole. e) Asegurare o ayudare al autor o participe a asegurar el producto o provecho del delito (...)”.*

¹⁸ Código Procesal Penal de la Nación, artículo 82. *“Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan. Cuando se trate de un incapaz, actuará por él su representante legal. Cuando se trate de un delito cuyo resultado sea la muerte del ofendido, podrán ejercer este derecho el cónyuge supérstite, sus padres, sus hijos o su último representante legal. Si el querellante particular se constituyera a la vez en actor civil, podrá así hacerlo en un solo acto, observando los requisitos para ambos institutos”.*

¹⁹ Catalano, Mariana. Cuando las deficiencias estructurales no justifican la inacción. LLNOA 2008, p. 547.

Sin perjuicio de ello, no cualquier peligro justifica la sanción penal dispuesta por la legislación. Muy por el contrario, será necesario que se trate de un peligro grave, y de tal magnitud que razonablemente justifique la adecuación al tipo penal. Por consiguiente, no basta con el simple incumplimiento de los parámetros fijados por vía reglamentaria, ya que en esta hipótesis existe un régimen sancionatorio administrativo propio. La acción de contaminar debe ser peligrosa para la salud, lo que se traduce en la generación de una amenaza para el bien jurídico tutelado sin que se requiera acreditar una efectiva lesión. No es el daño, sino la posibilidad que el perjuicio se produzca lo que configura el delito. La salud es utilizada como un indicador de la degradación ambiental; de ahí la relación existente entre el derecho al medio ambiente y el derecho a la salud²⁰.

En tal sentido, la Cámara de Apelaciones Federal en la sentencia *"Estrella Pampeana"*²¹ puso de manifiesto que, *"Por el término contaminar se entiende el acto de introducir por un medio determinado cualquier elemento o factor que altere negativamente las propiedades básicas del mismo, superando provisoria o definitivamente, parcial o totalmente, la capacidad defensiva y regenerativa del sistema para digerir o reciclar elementos extraños, por no estar neutralizados por mecanismos compensatorios naturales o artificiales"*.

Indiscutiblemente, el mencionado delito, debe ser grave para que actúe el Derecho Penal; lo que está en debate es, si estamos frente a delitos de peligro concreto o de peligro abstracto. Los primeros, requieren que la conducta típica genere una verdadera situación de riesgo para el bien jurídico que pretende tutelar. Esta postura fue robustecida por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán en el fallo *"Municipalidad de Concepción"*²², donde se exigió para considerar configurado el tipo penal en análisis una alta probabilidad de contaminación, no siendo suficiente –según este criterio– la amenaza mediata de concretarse el daño.

Los segundo –delitos de peligro en abstracto– puede ser definidos como aquellos en los que se reprime una determinada acción por la peligrosidad que la misma representa, independientemente de la efectiva puesta en riesgo.

Ahora bien, aunque que existe consenso mayoritario en entender que estos delitos son de peligro en abstracto, es preciso destacar que esto en modo alguno implica prescindir de la constatación de la peligrosidad real de la conducta en

²⁰ Cafferatta, Néstor A. Jurisprudencia penal ambiental. LL, DJ 2002–3, p. 917.

²¹ CFA de La Plata, Sala III, "Buque Tanque Estrella Pampeana, Bandera Liberiana y otro s/colisión y derrame de hidrocarburo", 2002.

²² Ob. cit.

el caso concreto. De ahí la importancia de demostrar la idoneidad de la acción para lesionar el bien jurídico tutelado²³.

En esta tesis se enrolo la Cámara Federal en el decisorio "*Aisemberg*"²⁴, al requerir que se compruebe la aptitud del poder contaminante en el caso concreto para generar un peligro para el medio ambiente.

La diferencia sustancial consiste en que los delitos de peligro concreto evidencian un riesgo incriminable, cuando utilizando un criterio de causalidad se estima que puede ponerse en peligro el bien jurídico involucrado. En cambio, cuando el peligro es abstracto, se tipifica en base a un juicio probabilístico sobre determinadas acciones que son consideradas riesgosas²⁵.

Sin perjuicio de lo mencionado, lo cierto es que en miras de permitir el desarrollo económico social necesario para toda comunidad moderna, se utiliza la figura del "riesgo permitido" que funciona como un límite a la protección del ambiente excluyendo de la tipicidad acciones que podrían, en principio, encuadrar dentro del tipo penal descripto²⁶.

Justamente, el hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas productivas en las sociedades modernas conlleva la liberación de riesgos y potenciales autoamenazas en una medida desconocida hasta el momento. La sociedad del riesgo enfrenta, en consecuencia, un dilema de suma relevancia; traducido en la búsqueda de alternativas para evitar, minimizar o canalizar riesgos o peligros producidos sistemáticamente en el proceso de modernización y limitarlos de modo tal, que no obstaculicen el desarrollo de dicho procedimiento ni sobrepasen los límites de lo tolerable²⁷. En este contexto cobra vital importancia el concepto de "riesgo permitido", es decir aquellos que son tolerados por las mejoras sociales que traen aparejadas las actividades riesgosas.

Ahora bien, cualquier técnica legislativa que se adopte, supone ventajas y desventajas. Efectivamente, si se utiliza el tipo de delito de peligro concreto nos encontramos con la necesidad de constatar las relaciones de causalidad

²³ Freeland, Alejandro. Sobre "lo peligroso" en la Ley de Residuos Peligrosos. DJ 2004-1, p. 836.

²⁴ CCyCF, Sala II, "*Aisemberg, Daniel*", 2002.

²⁵ Adler, Daniel E. y Viñas, Esteban Ignacio. Algo más sobre la validez constitucional de los delitos de peligro abstracto. LL DJ 1990-2, p. 321.

²⁶ Silva Sánchez, Jesús María (1997). Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 3, 4/5, 134. Buenos Aires: Ad Hoc.

²⁷ Beck, Ulrich (2007). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (pp. 25-26). Buenos Aires: Paidós.

y de imputación objetiva en sentido estricto, entre la conducta y el resultado fáctico²⁸.

La relación de causalidad, como presupuesto de la responsabilidad es la vinculación que media entre la conducta típica y el perjuicio, que conecta a la primera en su carácter de causa con el segundo como efecto de la acción imputable al sujeto. Uno de los principales problemas en materia de responsabilidad por daño ambiental, reside en la dificultad para acreditar el nexo de causalidad. Ello por cuanto, el daño al medio ambiente puede resultar de varias causas concurrentes, simultáneas o sucesivas, teniendo difícilmente una única fuente²⁹.

Mientras que la teoría de imputación objetiva, como marco de análisis del elemento típico "causalidad" parte de dos conceptos: la elevación del riesgo y la manifestación de ese riesgo en el resultado típico³⁰.

Por su parte, los delitos de peligro abstracto, si bien se proponen como una alternativa superadora de estos obstáculos, lo cierto es que involucran otra serie de inconvenientes. En primer término, se encuentra fuertemente cuestionada la constitucionalidad de esta tipificación porque pone en jaque sendas garantías constitucionales del Derecho Penal. Además, de dificultar la delimitación entre lo que está penalmente prohibido y lo permitido. A lo que puede sumársele, el hecho de no lograr eliminar la acreditación de la presencia de la conducta y su relación con el peligro.

Justamente, se ha puesto de relieve la necesidad de precisar el concepto de los delitos de peligro en abstracto en función del poder punitivo del Estado para regular las conductas de los individuos³¹.

En los delitos de peligro concreto no se advierte una descripción minuciosa de los elementos del tipo, que incluya el término peligro, dejando al juez la facultad determinar la real existencia del riesgo en un juicio realizado "ex post". A diferencia de éstos, en los delitos de peligro abstracto la probabilidad remota del daño obliga al legislador a conformar un tipo más cerrado, con mayor cantidad de elementos descriptivos. Se reduce así el margen de interpretación

²⁸ Silva Sánchez (1999). Delitos contra el medio ambiente (p. 23). Valencia: Tirant Lo Blanch,

²⁹ Puede ampliarse de Besalú Parkinson, Aurora V.S. (2005). *Responsabilidad por daño ambiental* (pp. 225-227). Buenos Aires: Hammurabi.

³⁰ Véase de Onetto, María Valeria. Delitos contra el medio ambiente. El problema de la causalidad en los delitos ambientales y su influencia en la Política Criminal y Protección penal del medio ambiente versus in dubio pro reo? *Nueva Doctrina Penal 2003/B* (p. 665). Buenos Aires: Del Puerto.

³¹ Caballero, José Severo. Los delitos de peligro abstracto. LL, DJ 1990-2, p. 321.

de las situaciones de riesgos, ya que al estar el peligro distante del daño se le otorgan facultades a los magistrados para completar el tipo penal, no obstante se tornan cuestionables por el alto grado de discrecionalidad que implican³².

Como puede observarse, esta tipología podría resultar lesiva del principio de "*nullum crimen sine lege*" consagrado a nivel constitucional. Cuando la limitación proviene del Derecho Penal, es necesario cumplir estrictamente los recaudos característicos de la tipificación penal para satisfacer el estándar de legalidad. De ahí que en la elaboración de los tipos penales deben usarse términos precisos y unívocos, de manera tal que las conductas punibles queden claramente delimitadas. En contrario, la ambigüedad en la formulación de éstos coadyuva a la arbitrariedad, e implica una violación al estándar de legalidad³³.

A pesar de ello, esta situación puede ser enmendada tomando en consideración que la causalidad es un problema que se presenta en la formación del convencimiento del juez. Por ello, se torna de suma relevancia el deber de explicar racionalmente el fundamento utilizado en la sentencia, identificando los elementos que fueron valorados y que permiten afirmar la existencia de la causalidad para evitar pronunciamientos contradictorios. La fundamentación de los hechos del decisorio debe constituir un proceso intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir y revisar críticamente los pasos individuales dados por el magistrado en el momento de valorar la prueba³⁴.

En segundo lugar, tal como se advertía es falso que en esta tipología pueda prescindirse por completo de las relaciones de imputación. Ello toda vez, que se somete la tipicidad a la constatación de dos elementos de índole normativo –la utilización de residuos peligrosos– y valorativo –la entidad lesiva de la conducta para infringir el bien jurídico objeto de tutela–. Esto pone de manifiesto, que la conducta tipificada no es considerada automáticamente peligrosa para la salud o el ambiente en todos los casos, sino que debe apreciarse en el supuesto concreto³⁵.

Sin perjuicio de lo expuesto, vale recordar que el Derecho Penal es la última ratio, lo que justifica su intervención únicamente en aquellos casos en los que

³² Adler, Daniel E. y Viñas, Esteban Ignacio. Algo más sobre la validez constitucional de los delitos de peligro abstracto, ob. cit., pp. 5–6.

³³ Corte IDH, "*Kimel vs. Argentina*", (2008), Serie C, n° 177.

³⁴ Sarabayrouse, Eugenio C. La prueba de la relación de causalidad en el espejo de la responsabilidad penal por el producto. Versión resumida y modificada de los temas tratados en la tesis doctoral "*Responsabilidad por el producto en el Derecho Penal Argentino*", defendida el 5/6/2006 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y que ha sido publicada en Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, capítulo 3, pp. 249–473.

³⁵ Freeland, Alejandro. Sobre "lo peligroso" en la Ley de Residuos Peligrosos, ob. cit., pp. 6–7.

se menoscaba un bien jurídico fundamental. La utilización de la vía penal debe ser mínima y necesaria, con el objeto de proteger intereses jurídicos de suma relevancia frente a acciones que importen una grave lesión sobre éstos; en cuyo caso, la conducta penal será claramente tipificada y proporcional con el daño inferido.

En este orden de ideas, resulta trascendental poder identificar con claridad cuál es el bien jurídico que se pretende tutelar, tema que será desarrollado en el apartado siguiente.

3. El ambiente como bien jurídico penalmente protegido

La categorización de un determinado bien jurídico como protegido por el sistema normativo, no responde exclusivamente a la voluntad de los legisladores. Por el contrario, son construidos en función de los intereses sociales que representan presupuestos indispensables para la vida en común³⁶. Desde una perspectiva general puede afirmarse que, *“los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”*³⁷.

Teniendo en cuenta la normativa penal analizada en el punto anterior, se advierte la dificultad de afirmar que el bien jurídicamente tutelado sea el ambiente en forma directa. Ello por cuanto el Código Penal no contiene una figura especial referida al daño ecológico como tipo delictivo, sancionando solo los supuestos de envenenamiento de aguas o sustancias alimenticias o medicinales, sin contemplar los casos de menoscabos a la atmósfera o a los suelos, excepto que los mismos pudieran incluirse en algún otro tipo penal³⁸. Por consiguiente, se está en grado de aseverar que a través de la tipificación de estas conductas lo que se está intentado proteger es la salud.

Distinto es el caso de la Ley de Fauna que resguarda, por un lado, la propiedad privada y, por el otro, a los animales como parte integrante del ambiente.

³⁶ Peña Cabrera, Raúl (1994). *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de Parte General*. Lima, p. 64. Citado por Reátegui Sánchez, James. Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales. Disponible en: <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/11/consideraciones.htm>.

³⁷ Roxin, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª ed. alemana y notas de Luzón-Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remasal, Madrid, p. 56. Citado por Reátegui Sánchez, James, *ibidem* p. 2.

³⁸ Malm Green, Guillermo. La regulación del medio ambiente (Panorama actual). LL 1993-C, p. 1025.

De estas observaciones, no queda exenta la Ley de Residuos Peligrosos, cuyo bien jurídicamente tutelado es la salud, aunque de manera indirecta también resguarda el medio ambiente.

Como puede observarse no existe aún en nuestra legislación nacional una protección autónoma del ambiente, independientemente que a partir del año 1994 se le otorga al derecho a un medio ambiente sano la máxima jerarquía normativa a través de su incorporación al texto de la Constitución Nacional en el artículo 41.

Sin duda, la constitucionalización del ambiente se produce por el reconocimiento de este derecho como un derecho humano fundamental. En consecuencia, no existe argumento válido para desconocer que se trata de un bien jurídico de suma relevancia y que como tal es merecedor de tutela jurídica.

Ahora bien, el conflicto surge ante la compleja tarea de definir el concepto de "medio ambiente". Se trata de un término de difícil conceptualización lo que se convierte en un verdadero obstáculo para la elaboración de un tipo penal general que lo proteja. Efectivamente, se torna sumamente dificultoso delimitar el bien jurídico protegido, esto es los valores esenciales de una sociedad que son merecedores de la tutela penal.

La opinión doctrinaria al respecto no es unánime sino que se advierten posturas diametralmente opuestas, las que pueden ser sintetizadas de la siguiente manera; para una tesis antropocéntrica, el ambiente no puede ser resguardado por sí mismo sino en función de los intereses o necesidad del ser humano. Se ubica al hombre como objeto de protección indirecto del daño ambiental, tomando en consideración la relación inescindible que existe entre el equilibrio del ecosistema y la salud pública³⁹.

En sentido contrario, una visión ecologista pretende alcanzar una protección directa de los bienes ambientales. Esta línea de pensamiento fue plasmada en forma reciente en la Constitución de Ecuador⁴⁰, que reconoció a la naturaleza como sujeto de derecho.

³⁹ Ghersi, Carlos A. y Weingarten, Celia (2000). *Daños. Medio ambiente. Salud. Familia. Derechos Humanos* (p. 220). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

⁴⁰ Constitución de Ecuador, artículo 71. *"La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema"*.

A los mencionados inconvenientes para determinar con claridad lo que se protege cuando hablamos de medio ambiente, debe adicionarse la circunstancia que este último puede ser incluido dentro de los llamados bienes jurídicos colectivos. Esto es, *"aquellos que están referidos a una generalidad o colectivo de personas y no por tanto a una persona en particular (...) que por otra parte tienen un costo social inmenso aún cuando las afecciones que provoquen en el colectivo sean de mínima cuantía (...) Y, por último, que afectan constantemente a las personas, pues están presente en su vida cotidiana"*⁴¹.

En síntesis, lamentablemente la técnica legal vigente sigue el modelo tradicional; es decir tipifica una conducta y le impone una sanción. Sin embargo, este enfoque es a todas luces insuficiente porque los principios de la responsabilidad penal actualmente no están diseñados para la tutela de bienes colectivos y deben ser, necesariamente, complementados. En la temática ambiental, es imperiosa la necesidad de desarrollar una política legislativa específica que articule el cumplimiento voluntario, el forzado y la disuasión⁴². Pero no deben perderse de vista los obstáculos propios que muestra el Derecho Penal para proteger el ambiente, ya que de ser fácilmente sorteados se vulneran garantías constitucionalmente.

4. Reflexiones finales

Sin duda, la tutela penal en materia ambiental pone de manifiesto la trascendencia del bien jurídico protegido, permitiendo inferir la importancia que los ordenamientos jurídicos le otorgan a la conservación del medio ambiente⁴³.

Ahora bien atendiendo a la naturaleza propia del Derecho Penal, en tanto se encuentra regido por los principios restrictivos de mínima intervención y última ratio, por los que la sanción penal así como los actos a tipificar deben estar sopesados con el bien jurídico que se pretende proteger.

A su vez, teniendo en cuenta las dificultades descriptas para precisar conceptualmente el medio ambiente y las que se presentan al intentar probar la relación de causalidad, adherimos a la doctrina⁴⁴ que respalda la accesoria del Derecho Penal al Derecho Administrativo en materia de protección

⁴¹ Bustos Ramírez, Juan (1986). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (p. 6). Barcelona.

⁴² Lorenzetti, Ricardo L. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental* (p. 111). Buenos Aires: La Ley.

⁴³ Arce Aggeo, Miguel A., Responsabilidad penal por el producto nocivo para el ambiente. LL 2009-B, p. 1027.

⁴⁴ Onetto, María Valeria. Delitos contra el medio ambiente. El problema de la causalidad en los delitos ambientales y su influencia en la política criminal. ¿Protección penal del medio ambiente versus *in dubio pro reo?*, ob. cit., p. 676.

del medio ambiente. De este modo, solo podrá ponerse en funcionamiento el poder punitivo del Estado cuando la jurisdicción administrativa fracase, o bien la afectación al bien jurídico protegido sea de tal magnitud que amerite la implementación de sanciones penales. Pues, está fuera de discusión teórica y legislativa, que *“la intervención penal en materia ambiental se halla estrechamente relacionada con el ordenamiento administrativo, que de modo necesario le debe anteceder”*⁴⁵.

En suma, entendemos que en lo que al Derecho Ambiental respecta existe una clara primacía del Derecho Administrativo. Este último será el encargado de regular las actividades que sean susceptibles de menoscabar el ambiente, fijando los límites permitidos para el desarrollo de las mismas –riesgo permitido–. Entonces, recién cuando las medidas preventivas y de programación diseñadas resulten insuficientes para conservar el ambiente, se tornará aplicable el Derecho Penal Ambiental.

En otro orden de ideas, no puede soslayarse que en la práctica el Derecho Penal Ambiental ha resultado ineficiente ya que por cuestiones de prueba las sentencias absolutorias son las que predominan; perdiendo –de esta manera– el efecto intimidatorio que se pretende lograr con las sanciones penales, como también desdibujándose la finalidad de prevenir estos deterioros al ecosistema en tanto esta rama del derecho siempre actúa a *posteriori*.

En este mismo sentido Rusconi⁴⁶ señala; *“(…) se torna verdaderamente necesario recordar que, sobre todo aquí, el Derecho Penal se encuentra condicionado por el principio político criminal de mínima intervención o subsidiariedad (...) El rol protagónico, entonces, le cabe a ese conjunto de normas administrativas (...) si el Derecho Penal, en caso de protección del medio ambiente estuviera legitimado a intervenir ante conductas solo presumidas iuris et de iure como fuentes de riesgo por el legislador, se desdibujaría sensiblemente la idea de Derecho Penal como ultima ratio (...)”*.

Por todo lo expuesto, consideramos que para prevenir la consumación de delitos ambientales, se debe robustecer la normativa administrativa y fortalecer los sistemas de control en miras a lograr evitar el daño; ya en esta temática los principios preventivo y precautorio juegan un papel de destacada importancia. Cuando el perjuicio ya se ha ocasionado, entonces si corresponderá recurrir al Derecho Administrativo y, solo excepcionalmente al Derecho Penal Ambiental.

⁴⁵ Costa, Mario Gustavo (2004). La acción penal ambiental. En María Eugenia, Di Paola. *Simposio de Jueces y Fiscales de América latina: Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental* (1º ed.). FARN,

⁴⁶ Rusconi, Maximiliano (1994). Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico. AAVV Maier, julio, *Delitos no convencionales*. Buenos Aires: Del Puerto p. 171.