

La protección penal del medio ambiente

Virginia Sansone
Fernando I. Fiszler

I. Introducción

El medio ambiente puede ser vulnerado mediante distintas formas y diferentes modos que tiendan a contaminarlo, afectarlo, transformarlo, ya sea alterando su temperatura o luminosidad y convertirlo en peligroso para el desarrollo de la vida humana, animal y vegetal.

Generalmente no encontraremos que quien utilice procedimientos con este fin persiga la finalidad última de dañarlo, por el contrario es posible la búsqueda de un beneficio económico, o de mayores facilidades para el desarrollo industrial.¹

La decisión adoptada en el año 1994 de incluir una cláusula constitucional de protección del medio ambiente que, la que nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de ser consecuentes con la misma, adaptando nuestra legislación y analizando la urgencia de reconocerle una tutela penal específica.

Con anterioridad a la mencionada reforma sólo encontramos dos normas que analizan la cuestión desde la óptica del Derecho Penal. Se trata de la Ley 22.421², también llamada Ley de Conservación de la Fauna³, y Ley 24.051⁴, también llamada Ley de Residuos Peligrosos⁵ -y su decreto reglamentario 831/93⁶-.

* Los autores del presente trabajo son, funcionarios del Ministerio Público de la Defensa y Ministerio Público Fiscal de la República Argentina –respectivamente-, e integrantes de la Carrera Docente de la Universidad de Buenos Aires, en el área de Derecho Penal y Procesal Penal.

¹ Esta preocupación ha dado lugar a diversas iniciativas, plasmadas a partir de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano –celebrada en Estocolmo, Suecia, el 16 de junio de 1972-, llamada también “Conferencia del hombre y la biosfera”, la creación en el año 1983 de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente Humano –que diera lugar al informe “One common future” (Un futuro en común) de 1987, la cumbre de Río de Janeiro, Brasil, en 1992 e importantes documentos de destacadas personalidades políticas.

² Artículo 24: *“Será reprimido con prisión de un mes a un año y con inhabilitación especial de hasta tres años, el que cazare animales de la fauna silvestre en campo ajeno sin la autorización establecida en el artículo 16, inciso a)”*

Artículo 25: *“Será reprimido con prisión de dos meses a dos años y con inhabilitación especial de hasta a cinco años el que cazare animales de fauna silvestre, cuya captura o comercialización estén prohibidas o vedadas por la autoridad jurisdiccional de aplicación. La pena será de cuatro meses a tres años de prisión con inhabilitación especial de hasta diez años cuando el hecho se cometiere de modo organizado con el concurso de tres o más personas o con armas, artes o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación.”*

Artículo 26: *“Será reprimido con prisión de dos meses a dos años e con inhabilitación especial de hasta cinco años el que cazare animales de la fauna silvestre utilizando armas, arte o medios prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación.”*

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 de depredación.”*

³ Publicada en el Boletín Oficial el 12 de marzo de 1981.

⁴ Artículo 55: *“Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligros 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 a veinticinco años de reclusión o prisión.”

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 y ordenanzas, se impondrá prisión de un mes a dos años.*

Las restantes conductas que pudieran afectar al medio ambiente, pero que no están vinculados con los residuos peligrosos⁷ ni con la fauna silvestre⁷, solo podían ser analizadas a la luz de tipos penales que protegen otros bienes jurídicos; situación que aún no ha cambiado.

Para evitar violaciones al principio de legalidad, debe probarse vulneraciones a bienes jurídicos tales como: la propiedad⁸; la seguridad pública⁹, la salud pública¹⁰, la vida de las personas y su integridad física; e incluso en algunos casos en que no se cumplieron los requisitos objetivos de estos tipos penales, se ha llegado a juzgar por la presunta comisión de delitos contra la fe pública –por la falsificación de documentación- y contra la administración pública –por la recepción y entrega de dádivas-.

La inexistencia de una legislación penal específicamente protectora del medio ambiente, no sólo ocasiona la impunidad en la mayoría de los casos de contaminación, destrucción, alteración y cualquier otra forma de afectación, sino también, la privación de una legitimación activa a muchos particulares.

Como un modo de superar la discusión semántica sobre los conceptos de “derecho subjetivo”, “interés legítimo”, “interés difuso” e “interés simple”¹¹, desde la reforma constitucional del año 1994, en la República Argentina, existe una amplia legitimación activa para concurrir ante los órganos

Si resultare enfermedad o muerte de alguna persona, la pena será de seis meses a tres años.”

Artículo 57: “Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiese 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 pudieren existir”.

⁵ Publicada en el Boletín Oficial el 17 de enero de 1992.

⁶ “Las actividades de generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición de residuos peligrosos quedan sujetos a las disposiciones de la ley 24.051 ... cuando se trate de residuos que, ubicados en territorio de una provincia deban ser transportados fuera de ella, ya sea por vía terrestre, por un curso de agua interprovincial, por vías navegables nacionales o por cualquier otro medio, aún accidental como podría ser la acción del viento u otro fenómeno de la naturaleza.”

⁷ Artículo 2 de la ley : 24.051: “Será considerado peligroso, a los efectos de esta ley, todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Las disposiciones se aplican también aquellos residuos peligrosos que pudieren constituirse en insumos para otros procesos industriales. Quedan excluidos los residuos domiciliarios, los radiactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques”

⁷ Artículo 3 de la Ley 22.421: “A los fines de esta ley se entiende por fauna silvestre:

1 Los animales que viven libres e independientes del hombre, en ambientes naturales o artificiales.

2 Los bravíos o salvajes que viven bajo control del hombre, en cautividad o semi cautividad.

3 Los originalmente domésticos que por cualquier circunstancia vuelvan a la vida salvaje convirtiéndose en cimarrones.

Quedan excluidos del régimen de la presente ley los animales comprendidos en las leyes sobre pesca. La autoridad jurisdiccional de aplicación acordará con la Secretaría de Estado de Intereses Marítimos la división correspondiente en casos dudosos.”

⁸ El artículo 184 del Código Penal argentino agrava el tipo básico de daños, cuando se emplearen “sustancias venenosas o corrosivas” (inciso 3), fuere cometido en “despoblado y en banda” (inciso 4) fuere ejecutado en “... caminos, paseos u otros bienes de uso público ...” (inciso 5)

⁹ En el artículo 186 del Código Penal argentino se tipifican distintas conductas causadoras de incendios, explosiones o inundaciones, con diferentes escalas punitivas, entre las que encontramos: aquellas que hubieran causado peligro común para los bienes (inciso 1), incendio o destrucción de cereales de parva, gavilla o bolsas, de bosques, viñas, olivares, cañaverales, algodonales, yerbatales o cualquier otra plantación de árboles o arbustos en explotación, de ganado en los campos, de la leña o carbón de leña, apilados o amontonados en los campos de su explotación y destinados al comercio, de alfalfares o cualquier otro cultivo de forrajes (inciso 2),

¹⁰ En el artículo 200 del Código Penal argentino se tipifica la conducta de quien “... envenenare o adulterare, 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 ...”

¹¹ Sobre este tema podemos destacar el análisis de García Pulles, Fernando Raúl, *Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente*, Revista La Ley, nro. 33, Año LIX del 15/2/1995, Buenos Aires.

jurisdiccionales alegando cualquier tipo de afectación a la protección del medio ambiente¹². Entonces parece paradójico que se reconozca, con raigambre constitucional, una legitimación activa para accionar en amparo por actos u omisiones de autoridades públicas o de particulares por afectaciones a derechos que tutelan el medio ambiente, pero para esgrimir la protección penal debe demostrarse una afectación a bienes jurídicos distintos -la propiedad; la seguridad pública, la salud pública, la vida, su integridad física-.

II. El medio ambiente en la Constitución Argentina

En los últimos años, el derecho al medio ambiente, ha sido reconocido en el más alto nivel jurídico, pues, prácticamente, todas las constituciones redactadas o revisadas a fines del siglo XX, lo incluyen¹³.

La Convención Constituyente argentina de 1994, no podía ser ajena a esta corriente de incluir al medio ambiente, dedicándole el artículo 41, que prescribe lo siguiente:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

*Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos.”*¹⁴

Se advierte que el precepto constitucional no contiene una definición de medio ambiente, aunque sí algunos datos que puedan develar qué es lo que se entiende por tal.

El primer párrafo establece el derecho de todos los habitantes a gozar del mismo, el deber de preservarlo y la obligación de recomponer cualquier daño causado¹⁵; configurándolo como un bien no de titularidad individual sino perteneciente a todas las personas, sólo susceptible de un disfrute colectivo -concorre la doble vertiente de un derecho personal de cada individuo, pero, al mismo tiempo, de toda la colectividad-.

¹² El artículo 43 de la Constitución Nacional –conforme la actual redacción- introduce con rango constitucional la acción de amparo: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridad pública o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley ... Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización ...”*

¹³ Aguiar de Luque, L. y Blanco Canales, R., *Constitución Española. 1978-1988*, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pag. 177, sostiene: *“... y no sólo países de un entorno jurídico más o menos cercano a nosotros, como pueden ser Grecia (artículo 24), Italia (artículo 9.2), Holanda (artículo 21) o Suiza (artículo 24 bis y 26), sino, incluso, países del Este, tales como Bulgaria (artículo 30), Polonia (artículo 71), Cuba (artículo 27), Corea (artículo 33) o la antigua U.R.S.S. (artículo 12), han constitucionalizado un sistema de protección ambiental ...”*

¹⁴ Las Jornadas argentinas de Derecho y Administración ambientales, convocadas por la Asociación para la Protección del Medio Ambiente, realizadas en Buenos Aires en abril de 1974, y la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y desarrollo, de 1992, constituyen los antecedentes de este precepto constitucional.

¹⁵ La intención del constituyente al establecer la obligación de recomponer, implica que si alguien provoca un daño al ambiente, debe solucionarlo; en cualquier caso, el verdadero problema se planteará cuando no sea posible cumplir con tal obligación, porque el daño causado es irreversible. Sobre este tema consultar Castelli, Luis, *La Obligación de recomponer el daño ambiental en la Constitución Nacional*, Revista La Ley, nro. 68, Año LIX del 5/4/95, Buenos Aires.

El segundo párrafo, al delimitar el ámbito de protección que debe ser provisto por las autoridades, no deja lugar a dudas acerca del objeto de “este derecho”, a saber: los recursos naturales¹⁶, el patrimonio natural y cultural y la diversidad biológica.

El tercer párrafo trata el tema de la jurisdicción entre la Nación y las Provincias en materia ambiental, que soluciona la antigua discusión de la competencia. Hasta la reforma constitucional de 1994, la Nación había legislado para la Capital Federal y Territorios nacionales; las Provincias dictaban sus propias normas de protección o adherían a las federales. La legislación federal era aplicada por las autoridades federales y la provincial por las locales; actualmente la aplicación de todas las normas ambientales es de competencia provincial, salvo aquellos casos que, por excepción, habilitan la competencia federal –en razón del lugar o de las personas-¹⁷.

Este principio de división de competencias, entre Nación y Provincias, tiene como antecedentes lo dispuesto en los artículos 148.1.9 y 149.1.23¹⁸ de la Constitución Española. En ese ordenamiento corresponden, al Estado español la competencia exclusiva sobre la “legislación básica sobre protección de medio ambiente” y a las Comunidades Autónomas “la gestión en materia de protección de medio ambiente”, y las facultades para “establecer normas adicionales de protección.

En el cuarto párrafo encontramos el único mandato constitucional sobre política medioambiental, que establece la prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y radioactivos. Aunque la norma no lo diga expresamente, no se trata sólo de una prohibición de ingresar, sino que está privando a las autoridades de la potestad de autorizarlos. El constituyente ha querido con esto que, más allá de cualquier política que se pueda adoptar y de las mutaciones que la misma pueda sufrir, en la Argentina nunca se asienten “cementeros nucleares”.

La prohibición o autorización de cualquier actividad que pueda afectar al medio ambiente -como pueden ser la tala de árboles, el desvío de cauces de ríos, etc.-, dependerán de la política que adopte el gobierno en turno; pero la prohibición del ingreso al territorio nacional de residuos, actual o potencialmente peligrosos y radioactivos –y por ende la prohibición de su habilitación- ha adquirido rango supra-legal y no podrá ser regulada por el legislador ordinario.

A diferencia de lo que ocurre en otras constituciones¹⁹ la nuestra no indica cuál es la rama del derecho que deberá ocuparse del tema medioambiental –ni delimita, ni excluye a ninguna-. Entendemos que tal omisión obedece a una intención del constituyente de dejar librado al criterio del legislador el analizar la evolución histórica, merituando las conveniencias de recurrir a uno u otro sistema para prevención, cuidado y re-establecimiento de los recursos.

III. La protección penal de medio ambiente

Una vez analizada la forma en que el ordenamiento constitucional argentino ha incorporado al derecho medioambiental, corresponde determinar si el mismo debe quedar circunscripto al Derecho Administrativo, o merece una protección penal específica.

¹⁶ Conforme sostiene Mates Rodríguez-Arias, Antonio, *Los Delitos Relativos a la Protección del Medio Ambiente*, Editorial Colex, Madrid, 1998, pag. 23, los recursos naturales se identifican con el suelo, el aire, el agua, la fauna y la flora.

¹⁷ Ver el desarrollo que realiza sobre el particular Natale, Alberto A., en el punto III.- Competencia federal y competencia provincial, del artículo titulado *Protección del medio ambiente en la reforma constitucional*, Revista La Ley, nro. 245, año LVIII, 22/12/94, Buenos Aires,

¹⁸ Artículo 148: 1ª : “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias”; 9ª “la gestión en materia de protección del medio ambiente”.

Artículo 149. 1: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias”; 23ª : “Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamiento forestales y vías pecuarias”

¹⁹ Verbigracia, la Constitución Española establece en su artículo 41: “... 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas ...”

Salvo alguna puntual excepción, la tutela penal del medio ambiente se ha confundido con la protección de la vida y de otros bienes del hombre, desconociéndolo como un bien jurídico específico que debe identificarse con esos valores tradicionales.

La consideración del medio ambiente como bien jurídico autónomo y específico, no impide reconocer su estrecha relación con otros tradicionales; a través de su tutela se ofrece protección a otros intereses, y en última instancia, al propio hombre.

Pero queda pendiente la pregunta de ¿Por qué recurrir al Derecho Penal para protegerlo?

A primera vista puede resultar paradójico formular esta pregunta en un momento en que la tendencia doctrinal es la de liberalización y descriminalización, sustentada en el principio de intervención mínima, según el cual el Derecho Penal es de *“ultima ratio”*; sólo se debe acudir cuando sea absolutamente necesario, por ser la pena la respuesta más fuerte con que cuenta el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en materia de protección del medio ambiente, la tendencia es justamente la opuesta, avanzándose en una dirección criminalizadora²⁰. De nada servirá el Derecho Penal si, previamente, no existe una programación por parte de la Administración Pública, de todas las actividades que puedan suponer un peligro para el medio ambiente.

El Derecho Administrativo, como instrumento protector del medio ambiente, conserva su autonomía respecto del Derecho Penal, y viceversa; si bien con la particularidad del intercambio normativo, que se produce entre ambos órdenes. En la medida en que no exista prevención, se hace imposible la represión e, incluso esta resultaría sería ineficaz sino se integra con la prevención²¹.

No desconocemos que para la labor de prevención y protección debe dotarse al Derecho Administrativo de facultades sancionadoras, y que por ende coexistirían dos órdenes, uno administrativo-sancionador y otro puramente penal; por lo que se hace necesario abordar el problema de la doble sanción ante los mismos hechos y su relación con el principio *ne bis in idem*.

La infracción administrativa, implica la superación de unos límites cuantitativos, específicamente impuestos por la norma. El ilícito penal exige un plus, consistente en la idoneidad de la lesión del objeto del delito; dicha lesión al bien jurídicamente protegido, significa una incidencia de la conducta en los recursos naturales, de forma tal que, con ello, se pueda ver perjudicado el medio ambiente.²²

Lo cierto es que la norma penal deberá reprimir aquellas conductas que alteren el buen funcionamiento de la labor administrativa medioambiental –de protección y prevención-, luego se producirá una consunción entre los ilícitos penales y administrativos de tal forma que si los hechos que den lugar a la incoación de un expediente administrativo hubieran sido considerados por la jurisdicción penal constitutivos de delito, la Administración habrá de abstenerse de iniciar o continuar el expediente sancionador²³, pero además tampoco podrá imponer ninguna sanción disciplinaria duplicando la pena judicialmente señalada²⁴.

²⁰ Esta tendencia no sólo es sostenida por gran parte de la doctrina, sino que también el Consejo de Europa, en Resolución (77) 28, de 27 de septiembre de 1977, “sobre la contribución del derecho penal a la protección del medio ambiente” recomendaba el recurso al Derecho penal; más recientemente, se ha pronunciado en el mismo sentido la Resolución nro. 1, relativa “a la protección del medio ambiente por el Derecho penal”, adoptada por la XVII Conferencia de Ministros Europeos de Justicia celebrada en Estambul del 4 al 8 de junio de 1990.

²¹ Martínez Martín, D. J., *Las funciones de las Administraciones Públicas en el medio ambiente: intento de sistematización*, publicado en Documentación Administrativa nro. 190, 1981, Madrid, sostiene: “... en materia de medio ambiente es impensable la existencia de normas represivas sin la previa o coetánea promulgación de otras estrictamente preventivas, que, en primer término, fijen los márgenes de lo lícito y lo ilícito, para que puedan las represivas describir las infracción y, en segundo lugar, marquen los controles y medios positivos y previos para una conservación y restauración del medio ambiente, cuya conculcación dé contenido cierto a los injustos amenazados con una sanción. Y viceversa, tales normas preventivas alcanzarán su perfección cuando su obligatoriedad esté garantizada y motivada por la amenaza de las correspondientes sanciones ...”.

²² Corcoy Bidasolo, M. y Gallego Soler, J. I. *Infracción Administrativa, Infracción Penal en el ámbito del Delito Medio ambiental: ne bis in idem, material y procesal (Comentario a la STC 177/1999)*, Actualidad Penal, nro. 8, semana del 21 al 27 de febrero de 2000.

²³ Conforme sostiene De Vega Ruiz, J. A. *Delito contra Medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio, patrimonio histórico, flora y fauna, en el Código Penal de 1995*, Edit. Colex, Madrid, 1996, pag. 154, esto será así, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento,

²⁴ Conforme Quintana López, T. *El principio “non bis in idem” y la responsabilidad administrativa de los funcionarios*, Revista Española de Derecho Administrativo nro. 52, 1986. En contra Fernández Canales, C.,

IV. Hacia una nueva legislación penal argentina

Establecidos los motivos por los cuales consideramos que la Constitución Nacional argentina ordena la protección del medio ambiente, y que el Derecho Penal no puede quedar excluido de tal mandato, desarrollaremos los criterios fundamentales que deben tomarse en cuenta para una nueva legislación

Bien jurídico penal

Para que un bien jurídico sea considerado un bien jurídico penal, es preciso que tenga “suficiente importancia social” y “necesidad de protección para el Derecho Penal”²⁵. El reconocimiento constitucional del medio ambiente como derecho que requiere protección, es un criterio relevante para decidir si estamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclama protección penal, pero junto a este fundamento es preciso destacar la exigencia del elemento de lesividad para que un hecho adquiera relevancia penal. Es decir la relevancia penal de un hecho requiere en cada caso concreto un determinado grado de afectación de un bien.

Es posible considerar el medio ambiente como un bien jurídico penal específico que no se identifica con valores tales como la vida y otros bienes del hombre. Existe un interés superior de abstracción y generalidad, formado a partir de la conjunción de esos bienes jurídicos tradicionales²⁶.

Del artículo 41 de la Constitución Nacional²⁷ surgen cuatro notas características del bien jurídico medio ambiente: utilización racional de todos los recursos naturales, protección y mejora de la calidad de vida, defensa y restauración del medio ambiente y promoción de la solidaridad colectiva en la materia.

La fuerte dependencia del Derecho Penal con respecto al administrativo en esta materia, que se traduce en la utilización de la técnica de la ley penal en blanco²⁸ a la hora de tipificar el delito ecológico, ha llevado a que se considere a delitos de peligro respecto del bien ambiental, como si fueran delitos de efectiva lesión del interés institucional a configurar de una determinada manera el mismo medio ambiente.

El bien jurídico a proteger es el medio ambiente, que indefectiblemente debe ser identificado con el *equilibrio de los sistemas naturales*²⁹, basado en la idea de *equilibrio ecológico*³⁰.

Potestad sancionadora de la Administración Pública y principio “non bis in idem” (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de España –Sala 3ª, Sección 7ª - de 7 de julio de 1992), publicado en La Ley 1996/3, Madrid, pág. 479, quien, aunque admite que “... atentar contra la organización administrativa sean un *prius* imprescindible para obrar criminalmente, la norma penal no consume todo el desvalor de la conducta, sino que el mayor rigor de la sanción disciplinaria traduce un interés de la Administración en ella que va más allá del considerado por el legislador penal ...”. Incluso, un poco más adelante llega a afirmar que la sanción administrativa de separación del servicio “... sólo teóricamente supondría una doble incidencia en la esfera funcional del sancionado, puesto que la suspensión (temporal) queda automáticamente absorbida por la separación del servicio (definitiva) ...”.

²⁵ Corcoy Bidasolo, M. y Gallego Soler, J. I. *Infracción Administrativa, Infracción Penal en el ámbito del Delito Medio ambiental: ne bis in idem, material y procesal* (Comentario a la STC 177/1999), op. cit.

²⁶ Rodríguez Ramos, Luis, *Delitos contra el medio ambiente, Comentarios a la legislación Penal*, Tomo V, Vol. 2º, dirigidos por Manuel Cobo del Rosa, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pag. 830.

²⁷ Oportunamente transcripto.

²⁸ Silva Sánchez, J. M. *¿Competencia “indirecta” de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal?*, La Ley, 1993, pag. 967, sostiene: “Las leyes “penales en blanco” pueden constituir la vía a través de la cual disposiciones del ámbito territorial autonómico contribuyan, siquiera sea limitadamente, a la determinación del ámbito de lo punible (...) se entiende por leyes penales en blanco aquellas que “fijan la sanción pero no el delito cuya determinación se deja en todo o en parte a otra ley, a un reglamento o a una orden de autoridad; de modo que el contenido puede sufrir modificaciones con las de estas fuentes manteniéndose el código intacto.”

²⁹ El artículo 325 del Código Penal español, con buen tino utiliza esa expresión, estableciendo: “Será castigado...el que contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente...que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”

³⁰ Expresión utilizada por el artículo 339 del Código Penal español (“Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.”)

Sujeto pasivo

Desde el momento en que el bien jurídico en cuestión no pertenece exclusivamente a una persona determinada, es la colectividad la que se ve perjudicada por su degradación -el sujeto pasivo en este delito tiene una especial configuración-.

Corresponderá a la regulación procesal enmarcar los casos de legitimación activa para actuar en un proceso penal; la que, en principio no debería ser tan amplia como la que establece el artículo 43 de la Constitución Nacional³¹ para accionar en amparo contra actos u omisiones administrativas. El rol del Defensor del Pueblo y de las asociaciones que propendan a esos fines -registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización- será fundamental.

Sujeto activo

Como regla general debemos sostener que cualquier ser humano puede llevar a cabo una conducta típicamente relevante; más allá de que se deberán incluir delitos comunes, especiales propios y especiales impropios³².

El problema lo encontraremos al analizar los casos concretos con que nos enfrentamos; la mayor cantidad de conductas atentatorias contra el medio ambiente, o al menos las más gravosas, se realizan a través del velo de "industrias" o "personas jurídicas"; las que no podrán ser inculpidas merced a la vigencia del principio *societas delinquere non potest*.³³

El primer acercamiento a la solución lo encontramos en el artículo 57 Ley de Residuo Peligrosos (Ley 24.051)³⁴, que hace extensiva la punición a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la persona jurídica formalmente responsable; y debe ser aplicada a todos los casos de afectación del medio ambiente. A este principio debe agregarse la imposición de medidas accesorias desprovistas de carácter represivo, pero con la suficiente fuerza como para enfrentar el peligro que entraña la comisión de estos delitos tras la fachada ofrecida por la "industria" o "persona jurídica"³⁵.

³¹ Artículo 43 de la Constitución Nacional –conforme la actual redacción-: “*Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo (...)*”

³² Según Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Edit. Reppertor S.L, Barcelona 1998, pag. 206, son delitos especiales propios los que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no pueden ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta; los delitos especiales impropios guardan, en cambio, correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción; y son delitos comunes todos los ejecuten la acción típica y no encuadren en las otras dos categorías (no requieren condiciones especiales de autoría).

³³ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, op. cit, pag. 172, explica que: “... los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas, que impiden que el castigo recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica (como sucedería inevitablemente si se impusiese una pena a la misma) y obliga a que únicamente respondan de los hechos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado ...”

³⁴ oportunamente transcripto.

³⁵ El Código Penal español, dentro de las disposiciones generales, contempla bajo el artículo 31, lo siguiente:

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

y bajo el artículo 129:

“1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) B) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) C) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

Técnica de la ley penal en blanco

La necesidad de adaptar el Derecho Penal del medio ambiente a los diversos cambios sociales y científicos, lleva a que, para la determinación de las conductas objeto de prohibición, deba acudir, en muchos casos, al Derecho Administrativo.

No desconocemos que la ley penal en blanco utilizada como técnica legislativa ha sido objeto de continuas controversias, habiéndose cuestionado incluso su constitucionalidad³⁶; pero entendemos que la remisión normativa será respetuosa de la reserva de ley en materia penal siempre que se realice dentro ciertos límites, más o menos concretos.

En tal sentido compartimos la doctrina general del Tribunal Constitucional español que sostiene que es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.³⁷

Naturaleza jurídica y medios de protección

La mayoría de las disposiciones penales que protegen el medio ambiente, en el derecho comparado, suelen configurarse como delitos de peligro, y sólo algunos tipos requieren una lesión efectiva. Probablemente esto se deba a que el bien jurídico protegido "medio ambiente", es poco tangible y los efectos nocivos muchas veces son perceptibles años después de concretada la conducta³⁸.

Es posible sostener que la nueva legislación Argentina deberá incluir tanto delitos de peligro, abstracto y concreto, como delitos de lesión³⁹.

-
- d) D) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquello en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviera carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
 - e) E) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.
 - f) 2. La clausura temporal prevista en el sub-apartado a) y la suspensión señalada en el sub-apartado c) del apartado anterior, podrá ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.
 - g) 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma."

³⁶ Silva Sánchez, J. M. *¿Competencia "indirecta" de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Penal?*, op. cit., pag. 967, destaca que las leyes penales en blanco son una figura discutida, por su presunta infracción al principio de reserva de ley, del mandato de determinación y en aquellas que contienen remisiones dinámicas, la posibilidad de vulnerar tres principios fundamentales del Estado de Derecho, a saber, el principio de división de poderes, el principio democrático y el principio federal.

³⁷ TC SS 127/1990, 118/1992, 111/1993, 62/1994, 24/1996, entre otras.

³⁸ Domínguez, J.A., Hernández García, J. y otros en *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva*, Edit. Bosch, Barcelona, 1999, pag. 180, sostienen, al comentar la situación en España: "Sin embargo, es más fácil que los Juzgados investiguen y, en su caso, condene los resultados de lesión que los de peligro, apreciándose con ello una incorrecta comprensión del tipo de delito de peligro, empleándose inútiles esfuerzos en analizar pormenorizadamente la relación de causalidad existente entre un vertido y la muerte de especies piscícolas, por ejemplo, cuando es suficiente acreditar pericialmente que los vertidos ocasionan un peligro grave para las condiciones de la vida animal, con independencia de que haya tenido lugar un daño en ésta ..."

³⁹ Conforme sostuvo la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (Sala I, causa nro. 30.412 "BONDAR, M. JORGE" Rta. 19/3/99) los delitos tipificados en la ley de residuos peligrosos, integran la categoría de delitos de peligro abstracto, "bastando para su consumación el acto de arrojar residuos de tal naturaleza, sin necesidad de acreditar puntualmente el efectivo poder contaminante que posea cada uno de ellos y que se requiera al menos posibilidad de envenenar, adular o contaminar de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general" y por su parte, el Tribunal Supremo de España (STS 538/1992 del 11/3/92) el delito de peligro se consuma por la

Entre los medios comisivos, deben contemplarse la provocación –directa o indirectamente- de emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos.

Deberá otorgarse tutela penal a especies o subespecies de la flora amenazadas –concepto que debe ser definido por la autoridad administrativa-; los medios comisivos para vulnerarla serían: alteración o destrucción grave del hábitat, tráfico ilegal de especies, conductas directamente destructivas consistentes en cortar, talar, quemar, arrancar o recolectar y cualquier otra que ponga en peligro concreto la subsistencia de una de estas especies o subespecies.

Con relación a la energía nuclear y radiaciones debe analizarse la cuestión desde una doble perspectiva: por un lado, la modalidad de la conducta realizada, es decir, según se refiera a la producción de energía nuclear o a la de radiaciones ionizantes, puesto que los riesgos creados por una y otra modalidad pueden ser bien distintos. Por otro lado, en atención al bien jurídico protegido, distinguiendo entre conductas atentatorias contra el medio ambiente y conductas cuyos principales efectos serían propiamente catastróficos o similares a los estragos.

Entre los medios comisivos, deben contemplarse el liberar energía nuclear o elementos radiactivos, perturbar el funcionamiento de una instalación, la tenencia y/o transporte de los mismos sin la debida autorización, así como también su tráfico sin autorización.

No podemos dejar pasar por alto el plus de reprochabilidad en los siguientes casos: cuando exista grave perjuicio para la salud de las personas; cuando se actúe al margen o contra las potestades administrativas (vgr. funcionamiento clandestino de la industria o actividad) ; cuando se actúe desconociendo los actos de las autoridades administrativas medioambientales (vgr. desobediencia de órdenes expresas de corregir o suspender las actividades); cuando se falseen u oculten aspectos fundamentales a la autoridad administrativa; cuando se compruebe que existe un deterioro irreversible.

Esto indefectiblemente debe motivar la inclusión de tipos agravados.

creación mediante la realización de alguna de las situaciones previstas en el tipo contenido en el precepto y si el peligro o el posible perjuicio se efectúan, estaremos ante delitos de lesión.