

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 7

DOCTRINA ESTUDIOS NOTAS Y COMENTARIOS

INFORME SOBRE EL DERECHO PENAL AMBIENTAL EN EL DERECHO COMPARADO DE TRADICIÓN CONTINENTAL

JEAN PIERRE MATUS A. *

M^a CECILIA RAMÍREZ G. **

MARCELO CASTILLO ***

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se expondrá el estado actual de la regulación del derecho penal ambiental en el sistema jurídico de tradición continental, tomando como punto de referencia para el derecho europeo las regulaciones española y alemana, y para el americano, la argentina y la brasileña. En ambos grupos encontramos tres modelos diferentes de tratamiento del llamado delito ambiental: el de regulación general (España, Alemania), el de regulación especial (Brasil), y el de prescindencia (Argentina).

En los modelos de regulación -sin perjuicio de las diferencias naturales existentes entre los países cuya legislación se analiza-, se han establecido nuevas figuras penales que castigan de manera más o menos independiente hechos de contaminación ambiental o de peligro de contaminación; en el de prescindencia, en cambio, como lo demuestra la situación en Argentina, la regulación penal de hechos que podrían considerarse como de contaminación ambiental, ha de buscarse en disposiciones del Código Penal y de leyes especiales, que no han sido establecidas directa e independientemente con ese propósito. La diferencia entre el modelo de regulación general y el de regulación especial radica, básicamente, en la técnica legal empleada: en el primero los delitos de contaminación aparecen en el Código Penal; mientras que en el modelo de regulación especial, el legislador ha optado por incorporar tales delitos en una ley especial relativa al medio ambiente, que regula la protección del medio ambiente como objeto especial, tanto en los aspectos penal, procesal y administrativo.

En la exposición de los temas se profundizará, además, en algunas importantes cuestiones dogmáticas, a saber, la técnica legislativa empleada, la naturaleza de los delitos medioambientales, los problemas de la comisión por omisión y de la causalidad en estos delitos, los relativos a la autoría y la participación en las grandes empresas, así como los de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en estas materias, entre otros.

2. EL MODELO DE REGULACIÓN GENERAL: LOS CASOS ESPAÑOL Y ALEMÁN

2.1. Breve panorama de las disposiciones penales relativas al medio ambiente en el derecho español y alemán

El Código Penal español de 1995 establece en el Capítulo III del Título XVI de su

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 8

Libro segundo, arts. 325 a 331, los llamados "delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente". En ese título, denominado genéricamente "delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente" se contemplan también

los "delitos contra la ordenación del territorio" (Cap. I), los que recaen "sobre el patrimonio histórico" (Cap. II), y los "relativos a la protección de la flora y fauna".

De entre el variado catálogo de figuras penales que se contemplan en las disposiciones aludidas, parece haber acuerdo en la doctrina que el delito referido a la afectación propia del medio ambiente como tal, sería el contemplado en el art. 325, conocido como "delito ecológico" o "de contaminación", que recoge con algunas alteraciones el antiguo art. 347 bis del Código Penal de 1944 (introducido por la Ley Orgánica N° 8/1983 de 25 de junio) y castiga con penas privativas de libertad, multa e inhabilitación, al que "contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales" (1). En el mismo artículo 325 se contempla una primera agravación, consistente en provocar un "riesgo de grave perjuicio... para la salud de las personas". El mismo efecto agravante se establece en el art. 326 cuando en la comisión del delito concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- "a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones;
- b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior;
- c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma;
- d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración;
- e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico; y
- f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones".

En figuras aparte, el art. 328 castiga con la pena de multa y arresto de fin de semana a quienes establecieran depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las persona; y el art. 330 impone la pena de prisión de hasta cuatro años y multa a "quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo".

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 9

Por su parte, la legislación alemana reunió (18ª Ley de Reforma del Derecho Penal de 1980 y Segunda Ley para el Combate de la Criminalidad Ambiental de 1994 -31ª Ley de Reforma del Derecho Penal-) en el actual Capítulo 29 de su Código Penal, §§324ss, bajo el epígrafe "Delitos contra el ambiente", la mayor parte de los hechos de contaminación punibles que recaen sobre los medios del ambiente, estableciendo tipos penales diferentes para cada uno de ellos (agua, aire, suelo), junto con previsiones específicas para la protección de la flora y fauna, figuras penales antes dispersas en leyes especiales, siguiendo -al decir de Tiedemann- "la nueva política criminal alemana de ubicar todos los delitos importantes en el Código Penal común", pues "son los delitos incluidos en el Código Penal los que interesan no sólo (y en cuanto tales) al público sino especialmente a los juristas, comenzando por los estudiantes y terminando por los jueces y por la doctrina penal", como una forma de hacer patente "la idea de que estamos ante una verdadera delincuencia [que] merece ser tomada seriamente en cuenta" (2). Sin embargo, a pesar de estos cambios realizados a partir de la década de 1980, con la intención de mejorar la perseguibilidad penal de los delitos contra el ambiente, según alguna

autorizada doctrina, ello no ha significado una "reforma esencial" al Derecho penal ambiental (3).

Actualmente, el derecho penal ambiental alemán contempla las siguientes figuras penales: contaminación o alteración no autorizada del agua o de sus propiedades físicas (§324); aterramiento o depósito de materiales en el suelo, en importantes cantidades o poniendo en peligro serio la salud de las personas o la vida animal, vegetal y la pureza de las aguas, en contravención al ordenamiento administrativo (§324a); emisión e inmisión en el aire de sustancias no autorizadas, que puedan causar serios daños a la salud de las personas, la vida animal o vegetal, o la pureza de las aguas (§325); producción de ruidos que puedan causar daños a la salud de las personas o serios daños a los animales y propiedades ajenas (§325a); verter, tratar, trasladar, o evacuar residuos químicos peligrosos o radiactivos no autorizados o fuera del margen de una autorización (§326); el establecimiento y administración no autorizados de instalaciones de energía nuclear, o de otras empresas productivas o extractivas que deban contar con autorización especial (§327); la realización no autorizada de operaciones o tratamientos con combustibles nucleares (§ 328); la contaminación industrial no autorizada del aire durante períodos de emergencia ambiental (4), la de aguas o fuentes de agua especialmente protegidas, así como la destrucción o alteración de parques naturales y áreas protegidas (§329). Estas figuras pueden agravarse, en un primer orden, cuando la contaminación producida pueda llegar a permanecer "largo tiempo", con ella se ponga en peligro el suministro de agua a la población, se amenace la existencia de una especie animal o vegetal, o se haya producido por puro "afán de lucro"; y en segundo lugar, cuando se haya causado la muerte de una persona o se haya puesto en grave peligro la vida o salud de una persona o se haya puesto en peligro la salud de un número indeterminado de personas (§330). Además, el §330a contempla una figura especial y agravada de peligro concreto para la salud y vida de las personas, consistente en la diseminación o liberación de venenos o sustancias que pueden transformarse en venenos que causen el peligro de muerte o de grave daño a la salud de otro o de daño en la salud de un número indeterminado de personas, que,

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 10

según la doctrina mayoritaria concurre idealmente con el resto de los delitos que protegen el medio ambiente (5).

Finalmente, cabe destacar la insistencia de parte de la doctrina en señalar que al menos el llamado delito ecológico del art. 325 C.P. español, no recoge todas las potenciales conductas de daño o riesgo al bien jurídico medio ambiente, las que en parte se encuentran recogidas en otras disposiciones legales de carácter penal, atribuyéndole un carácter residual (6). Así, sólo por mencionar algunos ejemplos, en el Código Penal de 1995, se señalan como delitos ambientales, diferentes al del art. 325 C.P., todos los contemplados en el Tít. XVI del Libro Segundo, que incluyen infracciones tan diversas como las relativas a la ordenación del territorio (Cap. I) (7) y los delitos contra la flora y fauna (Cap. IV) (8); los delitos de riesgo catastrófico del Cap. I del Título XVII, donde se contemplan los delitos relativos a la energía nuclear y los estragos y riesgos provocados por otros agentes; y también los contenidos en el Cap. II de ese Título XVII, referidos a los delitos de incendio y, particularmente, a los incendios forestales (9). Similar afirmación puede hacerse respecto del derecho alemán, donde incluso subsisten disposiciones penales relativas al medio ambiente en leyes especiales, fuera del Código Penal, tales como el §27 de la Ley sobre productos químicos, el §30 de la Ley federal sobre espacios naturales protegidos y los §17 y §30 de las leyes sobre protección de animales y plantas, respectivamente (10). Sin embargo, la problemática particular de estas figuras especiales no será objeto de este informe.

2.2. El bien jurídico protegido

Buena parte de la doctrina española remite la discusión del bien jurídico protegido en estas figuras, en primer lugar, a la normativa constitucional (art. 45 Constitución de 1978) (11), donde se establece el derecho "a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la

persona, así como el deber de conservarlo", extrayendo de tales disposiciones algunas conclusiones para el análisis de la figura penal. De allí se deduce que el medio ambiente como tal es un bien jurídico autónomo, en el sentido de no depender para su configuración de la conceptualización de otros bienes jurídicos potencialmente relacionados, como sería típicamente la llamada salud pública (12). Por otra

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 11

parte, la cuestión acerca del carácter "antropocéntrico" que parece darle la Constitución española al derecho "al disfrute de un medio ambiente adecuado", salvo una importante pero aislada doctrina (13), se resuelve en general negativamente, destacándose al respecto que dicha referencia es más bien instrumental, no afectando a los efectos que sobre la colectividad toda tiene la mantención o afectación del medio ambiente, a la que también se refiere la propia Constitución española cuando impone el deber estatal de velar "por la utilización racional de todos los recursos naturales" (14).

Más dificultades presenta, al parecer, desentrañar qué ha de entenderse por "medio ambiente en sí", a efectos penales, pues la sola enunciación de dicha expresión -como se estila en parte de la doctrina- (15) parece insuficiente para cumplir con alguna finalidad limitadora, siquiera en orden a la interpretación de los tipos penales en juego (16). Buena parte de la doctrina española parece inclinarse por un concepto de medio ambiente -y de mantenimiento del equilibrio ecológico- introducido allí por Bacigalupo, de carácter físico o natural, en el sentido de entenderlo como una "suma de las bases naturales de la vida humana", pero que no se encuentra precisamente al servicio de esa vida humana, en un sentido puramente instrumental, sino que más bien se refiere "al mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales" (17).

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 12

En Alemania, en cambio, donde como ya vimos la legislación ha separado la protección penal de los distintos medios del ambiente (agua, suelo, aire), e incluso las diferentes formas en que a través de ella se protege la salud y vida humana, animal y vegetal, la doctrina mayoritaria afirma que en los delitos de los §§324ss que existe una pluralidad de bienes jurídicos referidos a los distintos medios del ambiente (agua, suelo y aire) (18) y que éstos tienen al mismo tiempo un carácter ecológico y antropocéntrico, renunciando en general a posturas extremas, tanto puramente ecológicas como puramente antropocéntricas (19). Así, se considera que si bien respecto de la protección del agua, el suelo y el aire, puede afirmarse que tales medios constituyen bienes jurídicos autónomos reconocidos por la ley (§§324, 324a y 325, respectivamente), en el sentido que se protege el mantenimiento de su pureza o propiedades físicas o naturales como tales -al igual que la propiedad o la seguridad del tráfico- (20), no es menos cierto que a esta protección subyace la de su "función como fundamento de la supervivencia de los hombres" (21); y a la inversa, que en tanto corresponde al Derecho penal la represión de los actos dañosos socialmente, la protección del ambiente queda atrás de la de las personas, cuando el daño a éstas parece en primera línea de protección, como en los §325 I, 326 I Nr. 1 y 328 III (22). Además, la doctrina alemana reconoce que en el Capítulo 29 de su Código Penal también existen delitos donde también las funciones de control de la administración aparecen como objeto jurídico de protección penal en primer lugar, sobre todo en las figuras donde la sola conducta no autorizada es punible, como sucede respecto a las instalaciones de energía nuclear (§229) (23).

2.3. Tipicidad

2.3.1. La técnica legal empleada: los delitos ecológicos como delito de resultado, peligro concreto o peligro abstracto

Para analizar la técnica legal empleada en la configuración de los delitos contra el medio ambiente, Byung-Sun Cho (24), propone tres modelos de análisis: El Modelo A, donde se utilizan figuras de peligro abstracto generalmente vinculadas a una infracción administrativa, mediante la técnica de ley penal en blanco, y a través de la cual se pretende eludir los problemas de prueba de la relación causal entre la conducta incriminada y el daño al medio ambiente causado, bastando para acreditar el delito con la constatación de la infracción administrativa y la realización de la conducta descrita en la ley; el Modelo B, de peligro concreto, donde se exigiría una prueba del peligro, vinculada todavía con infracciones administrativas; y el Modelo C, de seria contaminación ambiental, donde se impone la prueba de la vinculación causal entre el serio daño y la conducta contaminadora, que sobrepasa estándares legales y, por tanto, en ningún caso puede

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 13

encontrar justificación en una autorización administrativa. Como señala Cho (25), estos modelos pueden encontrarse presentes simultáneamente en las legislaciones de cada país, aunque parece ser que la tendencia internacional predominante es pasar del Modelo A al C, a pesar de las dificultades probatorias.

En España, la consideración de la figura básica del delito ambiental como delito de peligro abstracto, aunque venía anticipada en la doctrina por Bacigalupo, quien sostenía ya en 1982 que dicha forma de incriminación no sólo era la preferible, sino, además, "prácticamente unánime" en el derecho comparado (26), no es en absoluto pacífica (27). En efecto, aunque un sector importante de la doctrina admite la caracterización del delito del art. 325 del C.P. español como figura de peligro abstracto (28), este parecer no es unánime -pues hay quienes siguen afirmando que se trata propiamente de un delito de peligro concreto (29) o a lo más hipotético (30) (cuya constatación procesal es de todos modos exigible)- (31), ni exento de críticas (32). Incluso De la Mata, quien se muestra conforme con la caracterización de estas figuras como delitos de peligro abstracto, afirma que "no basta con infringir las leyes u otras disposiciones protectoras del ambiente, sino que es necesario además una situación de peligro, comprobada en instancia penal" (33) (el sub-

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 14

rayado es nuestro). Por otra parte, no se debe dejar de señalar que, al menos en cuanto a algunas agravaciones, la legislación española toma en cuenta para tal efecto la producción de un peligro concreto ("que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible", art. 326 e)); lo mismo que la figura de establecimiento de depósitos o vertederos de desechos del art. 328, cuando exige que esos desechos "sean tóxicos o peligrosos"; y que, finalmente, la figura del art. 330 parece responder al modelo de seria contaminación, al castigar a quien, "en un espacio natural protegido", "dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo", sin atención a la existencia o no de autorizaciones de carácter administrativo.

En Alemania, la situación no es diferente. Así, mientras algunas figuras parecen satisfacerse sólo con la modalidad del peligro abstracto (la instalación y operación indebida de establecimientos de energía nuclear o de otra clase que deban contar con autorización oficial, §327; la emisión no autorizada de sustancias al aire, §325 II; el transporte y manipulación no autorizados de material radiactivo, §328, etc.) (34); también se acepta que otras son comunes delitos de lesión (la contaminación y alteración desventajosa de las propiedades del agua, §324; la contaminación del suelo, §324a, las agravaciones que se disponen en el §330, relativas al daño en la salud y vida de los hombres, plantas o animales,

etc.) (35); o de lo que se ha denominado peligro potencial, esto es, tipos penales en que la ley se refiere a sustancias "que tienen la propiedad de" causar un determinado daño en cada uno de los bienes jurídicos protegidos (el aire en el §325 I, la tranquilidad respecto de los ruidos, en el §325ª, etc.) (36), aunque alguna autorizada doctrina no considera esta última forma más que una particular clase de peligro abstracto (37).

2.3.2. El delito ecológico como ley penal en blanco. Su relación con el Derecho Administrativo.

Tanto en España como en Alemania, existe acuerdo en que las figuras medioambientales se construyen con la técnica de la ley penal en blanco, mediante la utilización de remisiones a las Leyes "u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente" (art. 325 C.P. español), o la expresa indicación del actuar "indebido", o "contrario a los deberes impuestos por el derecho administrativo" (§324 y 324 a Código Penal alemán), salvo casos excepciones (como el envenenamiento del aire, agua o suelo, en el §330a del Código Penal alemán) (38). Sin embargo, se debate acerca de la conveniencia de esta remisión y de sus alcances.

En cuanto a su conveniencia, aunque no se discute la constitucionalidad de la técnica de la ley penal en blanco -en cuanto remite a normas generales de rango inferior al de ley la determinación de la conducta punible- (39), y de hecho, así lo han señalado tanto el Tribunal Constitucional alemán (40) como el Tribunal Constitucional español (este último así lo ha hecho precisamente respecto del antiguo art. 347 bis (que incorporó por primera vez este "delito ecológico" a su legislación), con el argumento de que el tipo penal en cuestión hace una remisión expresa a la normativa inferior y contiene el núcleo esencial de la prohibición (STC 127/1990)), se plantean dudas acerca de si realmente la norma penal del art. 325 contiene "el núcleo

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 15

esencial" de lo prohibido, o si éste se desplaza completamente al ordenamiento reglamentario administrativo, como lo plantea Huerta Tocildo, con el argumento de que si las autorizaciones reglamentarias delimitan lo lícito de lo ilícito penalmente, entonces son esas autorizaciones las que establecen el núcleo de la prohibición penal y no las normas contenidas en el Código del ramo (41). Similares críticas se plantean en el derecho alemán, y aun quienes rechazan la posible inconstitucionalidad de estas remisiones, admiten las dificultades que pueden producirse en la integración entre una frondosa normativa administrativa y el derecho penal (42).

Por lo que respecta a los efectos de esta remisión, en España, De la Mata, habla de la creación de una relación de dependencia relativa entre el Derecho penal y el derecho administrativo (43), lo que supondría que no serían merecedoras de sanción penal "las lesiones contra el derecho Administrativo al margen de sus efectos ecológicos, sino las acciones con consecuencias lesivas, al me

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 16

nos potencialmente, para el ambiente", aunque admite que es "necesario para constatar esta lesividad remitirse a la decisión administrativa, que es la que determina los márgenes de actuación individual" (el destacado es nuestro) (44). Sin embargo, al dejarse la decisión acerca de la lesividad de una actuación determinada, a una autoridad administrativa, delegada muy por debajo del ámbito de actuación de la ley, la supuesta relatividad de la accesoriadad propuesta deviene en dependencia absoluta, o en palabras de Huerta Tocildo, "no resulta terminológicamente adecuado hablar de una accesoriadad relativa o limitada allí donde, como es aquí el caso, el ilícito administrativo condiciona por completo la aparición del ilícito penal aun no coincidiendo exactamente con él" (45).

Por otra parte, conforme señala Tiedemann, "los tribunales alemanes han llegado al reconocimiento de una autonomía parcial del Derecho Penal respecto del Derecho Administrativo" (46), admitiendo, por una parte, que las autorizaciones administrativas que evitan el castigo a título de delito ambiental, no alcanzan a la contaminación que afecte la salud o la vida de los demás, la que puede castigarse a título de lesiones o muertes involuntarias (47); y por otra, que la falta de autorización administrativa puede ser suplida por el derecho consuetudinario (48), de una importancia bastante mayor en la tradición germana que en la hispana. Además, se debe tomar en cuenta que un sector importante de la doctrina afirma que por regla general la actuación aun contra o sin autorización administrativa, que es absolutamente inidónea para poner en peligro los bienes jurídicos protegidos penalmente, no puede ser sancionada por esta vía, salvo en los excepcionales casos en que la ley parece excluir esta posibilidad, por el grave riesgo que en sí conlleva la conducta descrita penalmente (49).

Además, en Alemania se suele distinguir tres formas de aparición de accesoriedad del Derecho penal respecto al derecho ambiental administrativo: accesoriedad conceptual, accesoriedad al ordenamiento administrativo y accesoriedad respecto de los actos administrativos (50). Como señala Rengier (51), las primeras dos formas de accesoriedad no son problemáticas: la accesoriedad conceptual consiste en que el Derecho penal toma "prestados" conceptos propios del derecho administrativo, tales como "residuos" o "establecimientos de energía nuclear"; y la accesoriedad al ordenamiento administrativo está determinada por el recurso a las leyes penales en blanco, aspecto ya visto y cuya constitucionalidad no se pone en duda por la doctrina mayoritaria en Alemania. Los problemas se presentan con relación a la accesoriedad respecto a los actos administrativos, esto es, los casos en que el ámbito de aplicación del derecho penal medioambiental depende de decisiones particulares de funcionarios administrativos, las que pueden altar, o ser dadas o negadas contra las

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 17

reglas del ordenamiento administrativo. Al respecto se suele ofrecer la siguiente constelación de casos:

a) Conductas realizadas sin autorización, y sin cumplir con los requisitos para ser autorizados: en estos casos, no se discute en verdad la evidente punibilidad del hecho (52);

b) Conductas realizadas sin autorización, pero que cumplen con los requisitos para ser autorizadas: aquí, tanto si la autorización no se extiende previamente, como si se otorga tardíamente o como si no se cumple con las formalidades (en caso de existir un "consentimiento tácito" o simple tolerancia de la Administración), la doctrina mayoritaria tiende a considerar el hecho punible (53).

c) Conductas realizadas contra un acto administrativo eficaz, aunque contrario a derecho, que imponga una carga, prohibición u obligación: La doctrina mayoritaria estima aquí que, por razones de seguridad jurídica, aunque el acto administrativo sea ilegal pero eficaz en el sentido del derecho administrativo, en tanto esa ilegalidad no se subsane, el particular se encuentra obligado a cumplirlo y si, contraviniéndolo realiza alguna conducta penada por la ley, debe responder criminalmente de ella (54). Sin embargo, esta posición no es pacífica y existe un muy importante sector doctrinal que estima que "la denegación antijurídica de una autorización puede ser cuestión decisiva para la vida de una industria", encontrando por lo mismo "inadecuado castigar al emisor si, a pesar de todo, produce la emisión o explota la instalación sin autorización", cuando esa negativa es antijurídica (anulable) y así se declara posteriormente (55); y

d) Conductas realizadas conforme un acto administrativo eficaz, aunque contrario a derecho, que otorgue una autorización o permiso especial: La doctrina dominante en Alemania distingue aquí si la autorización ha sido concedida por un simple error de la Administración o si lo ha sido mediante engaño o cohecho (abuso del derecho). En el primer caso, se entiende que el autor

se encuentra justificado o que su conducta es atípica sin más, aunque se percate del error de la Administración, mientras no esté jurídicamente obligado a despejar dicho error (56). En el segundo, en cambio, el abuso del derecho naturalmente no puede constituir excusa alguna (57).

En España, la cuestión acerca de las autorizaciones conferidas ilícitamente ha de resolverse, según Suárez González, entendiéndose que "quien ha sido autorizado a desplegar una actividad contaminante parte de la base de que está actuando lícitamente", es decir, no antijurídicamente, por tanto, si la autorización es ilícita, pero el autor lo desconoce, "siempre podrá ampararse en la exis

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 18

tencia de un error de prohibición -vencible o invencible, dependiendo de los casos-" (58). Pero si la autorización ilícita se ha obtenido con engaño, error, coacciones, etc., y el autor conoce su carácter de tal, entonces su mera existencia "no puede convertir en lícito un acto ilícito" (59). En este mismo sentido parece pronunciarse la STS 30.11.1990, donde se declaró que una autorización general o particular que ha sido conferida erróneamente por la Administración es un acto inconstitucional e ilegal, y por tanto, la actuación conforme a ese acto mantiene su carácter de antijurídica (60). En cambio, De la Mata, entiende que el problema habría que referirlo siempre a la tipicidad de la conducta, analizando primero si la actuación lesionó el bien jurídico afectado o no -incluyendo si era apta para ser autorizada conforme a la ley-, y en segundo lugar solamente determinar la vinculación subjetiva del autor con la ilicitud de la autorización, lo que entiende es un problema relativo al dolo y no a la antijuricidad (61).

Finalmente, no debe dejarse de lado el arduo problema que representa en el ordenamiento español la determinación de las normas remitidas (leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del ambiente), destacado particularmente por quienes se han acercado a la materia desde un punto de vista medioambiental general y no propiamente penal (62).

2.3.3. Otros aspectos relevantes de la tipicidad en el delito ecológico

2.3.3.1. La cuestión de la causalidad

La cuestión de la causalidad en los delitos medioambientales se encuentra estrechamente vinculada a su caracterización como delitos de peligro abstracto, concreto o de resultado. Así, entendido como un delito de peligro abstracto, con remisión al ordenamiento administrativo, el delito del art. 325 C.P. español estaría, en principio -tal como se afirma en Alemania respecto del delito del §327 (instalación no autorizada de establecimientos de energía nuclear)- (63)-, liberado de la prueba acerca de la potencialidad del peligro que para el medio ambiente significaría la conducta contaminadora contra

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 19

ria a las normas generales reguladores del medio ambiente (64), o dicho en palabras de Misol, la contravención residiría en la ausencia de solicitar una autorización conforme a esas normas o, habiéndola obtenido, en actuar fuera de sus límites (65). Y a la inversa, contando con dicha autorización o actuando dentro de sus límites, no podría afirmarse la existencia de un delito ecológico por grave, inminente o sustancial que pueda resultar la conducta contaminadora (66). Sin embargo, y como ya adelantásemos, la doctrina española no parece ser pacífica en este aspecto (67), y la escasa jurisprudencia producida, tiende mayoritariamente a acentuar la necesidad de prueba del peligro (68), aunque alguna sentencia reciente parece bastarse sólo

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 19

con la de la contaminación efectuada (como lesión efectiva del bien jurídico) (69).

En Alemania, donde se acepta abiertamente la existencia de delitos medioambientales de lesión y de peligro concreto, Tiedemann ha propuesto para estos últimos, como los del §325a I del Código Penal Alemán (donde se exige que el ruido provocado tenga la propiedad de afectar la salud de otros), reemplazar la causalidad natural por una prueba de causalidad estadística (70). La causalidad estadística también ha sido aceptada por un importante sector de la doctrina española, aunque limitando su campo de acción a los casos en que se pasa de la afección del medio ambiente a la de intereses individuales (71).

Las reglas relativas a la causalidad estadística, que también han sido adoptadas en Japón y Corea, también para delitos de lesión a la salud de las personas provenientes de actos de contaminación, pueden resumirse en los siguientes cuatro puntos, que Byung-Sun Cho recoge de la Jursiprudencia del Tribunal Supremo de Tokio: un factor determinado (vertido o contaminación) es causa respecto a los peligros o daños efectivos causados con carácter "epidemiológico":

1. Si el factor (vertido o contaminación) tiene incidencia en el medio durante un tiempo determinado antes de la aparición de la enfermedad o contaminación constatables;
2. Si el número de enfermos o el efecto de la contaminación crece tanto más cuanto más fuerte es la incidencia del factor;
3. Si la propiedad epidemiológica de la enfermedad o la realidad de su peligro o la extensión de la contaminación se explica sin lugar a dudas a través del hecho de que las personas o medios afectados aparecen sólo en el ámbito de incidencia del vertido o contaminación; y
4. Si las ciencias naturales aportan una explicación sobre el mecanismo biológico o químico o físico desencadenado por los efectos del vertido o contaminación (72).

En cambio, para los delitos de lesión o resultado, como los del §324 (contaminación de las aguas o alteración de sus propiedades), parecen valer en Alemania todavía las reglas generales de la causalidad (73).

2.3.3.2. La comisión por omisión

Los términos empleados por la ley española en el art. 325 del Código Penal al describir la conducta típica como "provocar o

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 21

realizar directa o indirectamente emisiones, vertidos, etc.", parecen admitir la posibilidad de su comisión por omisión, si se dan los supuestos del art. 11 del Código Penal español (74), siempre que se entienda que el riesgo para el equilibrio del medio ambiente es un resultado constatable, lo que se concilia más fácilmente con una concepción de este delito como de peligro concreto (75), que entendiéndolo como de peligro abstracto, donde es la sola realización de la conducta punible lo que se consideraría peligroso, sin esperar ningún resultado constatable en la realidad.

Este mismo raciocinio lleva a la doctrina alemana a afirmar la posibilidad del castigo de la comisión por omisión de los delitos medioambientales, cuya descripción típica suponga la producción de algún resultado o de un peligro concreto -que pueda verse como un resultado-, como sucede clásicamente en el caso de la contaminación de las aguas (§ 324 I) (76), siempre

que se den los presupuestos establecidos en el §13 del Código Penal Alemán, respecto de la punibilidad de la comisión por omisión (la existencia de un deber de evitar el resultado y la equivalencia entre la omisión realizada y conducta típica descrita en la ley) (77).

Debido al desarrollo de la economía moderna, la "posición de garante" exigida para la comisión por omisión, recaerá en quienes controlen las personas jurídicas o empresas cuya actividad contaminadora requiera una específica autorización (78), y esa autorización no se haya obtenido o habiéndola obtenido, se opere fuera de sus límites, a saber sus "administradores de hecho o de derecho", conforme el texto del art. 31 C.P. español (79), o quienes "administran o forman parte del órgano administrador", según el §14.1 del código Alemán (80).

2.4. Antijuricidad

2.4.1. La antijuricidad y las autorizaciones administrativas: ¿es la remisión al ordenamiento administrativo un elemento del tipo o de la antijuricidad?

La circunstancia de que sea la remisión al actuar "indebido", "no autorizado" o "contrario a las disposiciones reglamentarias", lo que en la mayoría de los casos transforma una conducta "neutral" para el derecho en un hecho punible, ha producido una discusión tanto en España como en Alemania acerca de si dichas referencias deben considerarse elementos normativos de los tipos penales medioambientales o referencias directas a la antijuricidad, o dicho en otros términos, el significado para la teoría del dolo y los efectos del error de la utilización en esta materia de la técnica de la ley penal en blanco, esto es, si el error sobre la existencia y alcance de las normas complementarias (in

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 22

cluyendo los actos administrativos particulares de autorización) ha de tratarse como error de tipo, o bajo las más estrictas reglas del error de prohibición (81).

Una primera respuesta a esta pregunta en la doctrina dominante de Alemania, consiste en remitirse a la interpretación de cada tipo penal en particular (82): cuando la remisión se considera parte de la tipicidad, se aplican las reglas del error de tipo, cuando se entienda parte de la antijuricidad, las del error de prohibición. En general, se admite en Alemania que cuando la ley hace específica referencia al actuar contra una reglamentación determinada o sin o contra la respectiva autorización -como sucede en la mayor parte de las figuras medioambientales, i.e, §324a, 325, 325a, etc.-, estaríamos ante un elemento normativo del tipo (83); pero cuando la ley sólo hace referencia a un actuar indebido -como hacen los §§324 y 326-, entonces la remisión sería directa a la antijuricidad, y el error acerca de la existencia y del alcance de las prohibiciones y autorizaciones respectivas debería regularse conforme a las estrictas reglas del error de prohibición (84).

En España, la existencia de una figura básica medioambiental que aglutina las diversas formas de contaminación, no ha facilitado la discusión y la doctrina se encuentra francamente dividida. Así, hay quienes afirman que la actuación bajo autorización es un hecho atípico, como si se dijera que la autorización fuese una especie de elemento normativo del tipo (85), y entonces el error sobre la existencia y el alcance de dicha autorización debiera quedar regulado por los efectos del error de tipo: un error invencible excluye el dolo y la culpa, un error vencible, produce responsabilidad a título culposo (por el art. 331 C.P.), según lo dispuesto en el art. 14 C.P. español. En cambio, esa misma regulación impone sólo una atenuación en caso de considerarse que el error vencible recae "sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal" (86), efecto que habría de atribuirse a la autorización, de estimarse que ella justifica la conducta contaminante (87).

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 23

Una solución completamente diferente, pero minoritaria, es la que en España ofrece Rodríguez Devesa, quien ve en la infracción administrativa una condición objetiva de perseguibilidad, que supone la previa constatación de la infracción por la Administración antes de iniciar un juicio penal, pero que no debe considerarse elemento del tipo ni de la antijuricidad penal (88).

También minoritaria es la vía propuesta en Alemania por Tiedemann, en orden a unificar el tratamiento del error (como error de tipo) en el derecho penal económico, en general, y en el derecho penal ambiental, en particular, tanto si recae sobre un elemento normativo del tipo, como si lo hace respecto a referencias normativas contempladas en leyes penales en blanco (89).

2.4.2. ¿Estado de necesidad en el delito ambiental?

Aunque en España ya en 1982 Rodríguez Ramos pusiera atención al problema de que "no es imaginable una utilización empresarial de los recursos ambientales sin un comportamiento mínimamente dañoso" (90), que parece estar en el fondo de una posible justificación por estado de necesidad de daños ambientales, en el sentido de que si en verdad valoramos el desarrollo económico (y la creación y mantención de puestos de trabajo y actividad empresarial) como un bien, en algunos casos este bien podría llegar a ser más importante que la protección del ambiente -y de hecho, sobre esta base se construye el sistema de autorizaciones para contaminar del derecho ambiental administrativo- (91), salvo en casos aislados y recientes (92), no se ha construido en ese país una doctrina que intente encontrar en esa dicotomía una justificación por estado de necesidad a daños ambientales, aun en casos de falta de autorización, como lo ha planteado en Alemania, para casos excepcionales, Tiedemann (93), a pesar de que la actual redacción del art. 20 N°5 C.P. español, sobre estado de necesidad, no excluye de antemano la afectación de un bien diferente a la propiedad, al igual que el §34 del Código alemán.

Según Tiedemann, "realmente, la justificación sólo se tomará en consideración en casos especiales, y precisamente respecto de perjuicios a corto plazo para el ambiente en razón de circunstancias excepcionales, si para la conservación del puesto de trabajo no resultan inculpablemente disponibles otras posibilidades de evitación de orden jurídico-empresarial o laboral, o ayudas financieras de los poderes públicos, y además hay esperanzas fundadas sobre la conservación duradera del puesto de trabajo al igual que una capacidad material de autorización de la infracción, a enjuiciar desde un perspectiva ex-ante".

2.5. El delito ecológico culposo

La regulación del Código Penal español establece, por regla general, "que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley" (art. 12), por lo que se ha debido establecer una figura específica, la del art. 531 C.P.

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 24

1995, para el castigo a título imprudente de las conductas contaminadoras. Esta norma dispone: "los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave" (94). La doctrina añade que tal imprudencia debe referirse a la probabilidad de causar los también graves daños ambientales a que se refiere la figura del delito ecológico (95), aunque es discutida la posibilidad de configurar como delitos imprudentes algunas de las modalidades agravadas del art. 326 (96). Un sistema similar adopta el Código Alemán, castigando a título de imprudencia, separadamente, la contaminación de las aguas, del suelo, y del aire, etc., aunque sin agregar un calificativo adicional (97).

2.6. Iter criminis

No parece haber discusión acerca de la posibilidad de concebir, al menos teóricamente, la tentativa en esta clase de delitos (98), aunque al tenor de alguna de las pocas sentencias reproducidas, ello no parece muy viable en la práctica, sobre todo cuando se construyen delitos ambientales bajo el modelo de peligro abstracto, y en cierta medida así parece entenderlo el Tribunal Supremo de España quien ha señalado que su "consumación se produce por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones previstas en el tipo penal" (STS 5.10.1993) (99).

En Alemania, en cambio, el legislador, siguiendo lo dispuesto en el §23 de su Código Penal (100), ha previsto expresamente la punibilidad de la tentativa para los delitos ecológicos que pueden verse como delitos de lesión, a saber, la contaminación y alteración desventajosa de las propiedades del agua, §324 III; del suelo, §324a III; y del aire, §325 III, etc. (101).

Además, existe en la legislación alemana una disposición, el § 330b, que en los casos de delitos ambientales de peligro concreto y peligro abstracto, permite al Juez aminorar la pena, abstenerse de aplicarla o excluirla del todo, cuando el autor ha eliminado voluntariamente el peligro causado o ha impedido que se llegue a producir un resultado dañoso para el ambiente, respectivamente (102). Este "desistimiento activo", opera así en paralelo a las reglas del §24 aplicables al desistimiento en la tentativa en los delitos medioambientales de lesión.

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 25

2.7. Participación criminal

2.7.1. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

En cuanto a las reglas de participación criminal, tanto el Código Penal español como el alemán siguen el principio *societas delinquere non potest*, remitiendo la incriminación a quienes actúen por ellas como administradores o miembros del órgano de administración, aunque no concurren en ellos "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[n]" (103).

Sin embargo, el Código Penal español en su art. 327 establece la posibilidad de imponer a las personas jurídicas algunas de las "consecuencias accesorias" (104) que se prevén en el Tit. VI del L. I del Código, art. 129, cuando sus representantes en el sentido del art. 31 han cometido un delito ecológico. Estas consecuencias son: "a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años"; y "e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años". No obstante, salvo el requisito de la comisión de un delito medioambiental y de su orientación a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma, no se explicitan en el art. 129 otras condiciones para hacer efectiva esta forma peculiar de responsabilidad de las personas jurídicas (105).

Por su parte, en Alemania, el §30 de la Ley sobre contravenciones al orden permite al juez imponer (facultativamente) a las personas jurídicas una multa administrativa (*Geldbuße*) en el caso en que sus administradores o miembros de sus órganos de administración sean condenados por la comisión de un delito o de una contravención, estableciendo así una indirecta responsabilidad de las personas jurídicas, que los autores se resisten en considerar tenga carácter criminal (106).

2.7.2. Autoría mediata en el derecho penal ambiental

No contempla la ley española ni la alemana una disposición particular acerca de las reglas para fijar la autoría dentro de una organización empresarial en que los daños producidos al medio ambiente "no suelen responder, por regla general, a comporta

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 26

mientos criminales o errores aislados de una sola persona; más bien son, normalmente, el resultado de la conjunción de numerosas acciones así como de diversos <actores>, entre los que se reparten decisiones arriesgadas, errores y omisiones" (107). Para delimitar la responsabilidad penal en estos casos, resultará forzoso recurrir a las tradicionales categorías de autoría y participación, particularmente de autoría mediata.

Así, en la jurisprudencia española parece predominar la idea de aplicar los criterios tradicionales de dominio del hecho, en el sentido de capacidad decisoria para su realización o continuación, directamente a quienes el art. 31 del Código Penal hace responsables por las personas jurídicas, con independencia de la responsabilidad de los funcionarios subalternos (108). Con el argumento de la teoría dominio del hecho, ésta es también la posición de una parte de la doctrina (109), aunque otra prefiere seguir aplicando los criterios de participación tradicionales (inducción, cooperación) (110).

Por su parte, la doctrina alemana mayoritaria suele reconocer la posibilidad de imputar los actos de los funcionarios menores a los administradores de una empresa (el autor "detrás del escritorio"), mediante la teoría del "dominio del hecho" en "aparatos organizados de poder", y según la cual la responsabilidad en una organización estatal o empresarial recae tanto en quienes aparecen como "ruedecitas intercambiables de la estructura de la empresa", como en el hombre "detrás del escritorio", que sin conocer siquiera a esos autores "fungibles" puede con un llamado telefónico dejar que actúen o impedirselo, a su voluntad (111).

En cuanto a la jurisprudencia alemana, Cho señala que ésta ha pasado por la teoría de el dominio del hecho basado en un aparato organizador de poder, a una perspectiva top-down, que llevan en todos los casos a considerar en "primera línea de responsabilidad" a los gerentes y directivos de la empresa y a los subordinados "sólo en casos excepcionales" (112).

2.7.3. Participación de funcionarios públicos

La ley española ha considerado especialmente la situación de los funcionarios públicos, y evitando discusiones doctrinarias, en orden a si estos funcionarios responderían en comisión por omisión o por las formas tradicionales de participación criminal (113), ha establecido precisamente los casos y forma de hacer valer esa responsabilidad criminal

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 27

en su art. 329, que la doctrina considera una figura específica de prevaricación (114), donde se sanciona penalmente a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen"; y "a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia".

Según Gómez Rivero (115), los principales aspectos de esta regulación son el carácter especial del delito establecido para cubrir lagunas de punibilidad que dejarían las reglas generales de prevaricación funcionaria (o agravar la pena en otros casos), particularmente en

los supuestos de informar favorablemente una autorización, no correspondiendo hacerlo, y de omitir denunciar la infracción a las leyes y disposiciones generales reguladoras del ambiente, lo que no excluye, a su juicio, la investigación acerca de la posibilidad de castigar la conducta funcionaria que no quede comprendida en el art. 329, por las reglas generales de participación criminal, con argumentos similares a los desarrollados por la dogmática alemana (116).

En Alemania, en cambio, no existe regulación expresa acerca de la participación de los funcionarios en la comisión de esta clase de delitos y, es verdaderamente discutida la cuestión acerca de si la redacción de los tipos penales permite o no penalizar la omisión de control o la emisión de autorizaciones equivocadas, salvo en los evidentes casos de colusión (actuar doloso) con el autor de la contaminación, y aun si debiera ello penalizarse especialmente, sin correr el riesgo de "paralizar la Administración" (117).

En todo caso, la doctrina alemana mayoritaria entiende que el funcionario público puede ser responsable por delitos medioambientales en los siguientes casos: a) cuando como tal funcionario es emite de contaminación, sin contar con las debidas autorizaciones (i. e.: la contaminación de aguas por trabajos municipales); b) cuando tratándose de delitos medioambientales comunes (en que no se exige el ser administrador de establecimientos), culposa o dolosamente otorga una autorización indebida -en los casos de delitos especiales, el asunto es verdaderamente discutido, sobre todo porque resulta difícil admitir una autoría mediata-; c) cuando el funcionario está en posición de decidir y omite poner término a una autorización para contaminar dictada erróneamente por él o por otro funcionario, percatándose del error, responde en las mismas condiciones anteriores, por omisión, al considerársele que actúa en posición de garante; y d) cuando el funcionario (obligado por ley) no interviene para poner término a una contaminación punible ejecutada por terceros: aquí también se considera al funcionario en posición de garante (118).

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 28

2.8. Problemas concursales

La regulación del delito ecológico en España parece considerar la afectación de este bien jurídico suficientemente importante, como para no permitir que en los supuestos de realización del delito, éste se encuentre de alguna manera en concurso aparente de leyes con otras figuras penales, estableciéndose en general la posibilidad de recurrir a las reglas concursales comunes (119). Así lo señala expresamente el art. 326, respecto de los supuestos agravados del delito ecológico (120) y se admite, en general, para el caso de que un delito de esta naturaleza conlleve daños a bienes jurídicos individuales (121). Esta es la misma solución que ofrece la doctrina mayoritaria Alemana, admitiendo la aplicación de las reglas del concurso ideal en la mayor parte de los casos de concurrencia de figuras ambientales con lesiones a intereses individuales, y -con algunas excepciones- aun entre puras figuras ambientales, cuando los bienes jurídicos afectados aparecen claramente diferenciados (122).

3. EL DELITO AMBIENTAL EN EL MERCADO COMÚN DEL SUR

El Mercado común del Sur está sujeto a la base jurídica de la ALADI (123), y del Tratado de Montevideo (124), siendo en definitiva su texto de constitución el Tratado de Asunción de 1991. A diferencia de la Unión Europea el MERCOSUR no ha creado un sistema institucional supranacional, ni un orden comunitario. Sólo se podría caracterizar como una unión aduanera y zona de libre comercio aún incompleta. Ninguna de las normas que constituyen el MERCOSUR transfieren atributos de la soberanía de cada Estado en pos de una estructura ubicada por sobre los gobiernos los Estados partes.

Principalmente es un acuerdo de carácter comercial y como tal no deja de lado el tema ambiental por las implicancias recíprocas que tienen. El tratado de Asunción se hace cargo de forma indirecta del tema al señalar que para lograr sus objetivos es necesario aprovechar de

manera eficaz los recursos disponibles "la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía, en base a los principios de igualdad, flexibilidad y equilibrio" (125). La manera de abordar el punto ha sido de forma paralela, en grupos sectoriales de trabajo, subgrupos dentro del grupo de Mercado Común (GMC) (126), hasta la creación de una reunión especializada en medio ambiente (REMA), que

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 29

posteriormente se convertiría en Grupo de Trabajo N° 6 (127). No obstante las directrices que se han formulado es importante destacar que ésta contiene políticas de manejo ambiental y criterios programáticos que requieren de articulación adicional para ser incorporada de manera operativa en los derechos internos de los Estados miembros. Las resoluciones más importantes que ha dictado el GMC en materia ambiental se pueden agrupar en aquellas destinadas a armonizar legislaciones existentes y las que tiene como misión coordinar políticas sectoriales. Entre las primeras podemos citar Res. N° 46/93 aprobando el Reglamento técnico MERCOSUR de aditivos aromatizantes/saborizantes, Res. N° 52/93 aprobando el Programa de MERCOSUR en Calidad y Productividad, Res. 23/94 sobre residuos plaguicidas en determinados productos agrícolas. Como ejemplo de las segundas, Res. N° 53/90 sobre la adopción del Código de conducta regional para la introducción y liberación del medio ambiente de agentes de control biológico, Res 10/94 adoptando directrices Básicas en materia de Política ambiental a propuesta de recomendación N° 1/94 de la REMA (128).

Las regulaciones señaladas constituyen un mecanismo más adoptado por los países miembros para efectuar el proyecto de integración en condiciones de equilibrio entre los estados, evitando situaciones de competencia desleal que se pudieran generar a raíz de las políticas internas de manejo ambiental. Es uno de los objetivos centrales al incluir de manera indirecta el problema del medio ambiente. Además, existe la finalidad de armonizar las restricciones no arancelarias - de acuerdo a la propuesta Argentina- tomando como base el Tratado de Montevideo de 1980 el que establece que "ninguna disposición será interpretada como impedimento para la adopción de medidas destinadas a la protección de la vida y salud de las personas, los animales y los vegetales" (129).

No existen tipos penales creados para abordar esta materia ni sanciones de esta naturaleza a nivel macro-estatal que vincule a los países signatarios (130). Esto se explica en parte porque el texto del Tratado enfatiza aspectos comerciales y porque como mencionamos con anterioridad no hay un traspaso de soberanía desde los países miembros a un ente supranacional. Por lo tanto, para examinar la situación de la protección penal del medio ambiente es necesario analizar cada uno de los países miembros del MERCOSUR. En este trabajo nos abocaremos a la tutela dispensada por Brasil y Argentina en este aspecto.

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 30

4. EL CASO BRASILEÑO: EL MODELO DE REGULACIÓN ESPECIAL

4.1. Normativa aplicable

En Brasil, la mayoría de los delitos contra el medio ambiente están insertos en leyes especiales. Ello tiene una larga tradición legislativa. Así, por ejemplo, M. Libster (131) señala que el Código de Minas, de 1940, contenía una norma que prohibía la extracción minera por medios predatorios de la naturaleza. En materia de contaminación de agua, el presidente Getulio Vargas dictó el decreto N° 23.773, de 1934, que regulaba el lanzamiento a los ríos de los residuos de fábricas azucareras, obligando a que fuese hecho lejos de las orillas, en lugares hondos y torrentosos, y exigiendo la instalación de tanques de depuración. Por último,

se puede citar el decreto N° 50.877, de 29 de junio de 1961, sobre lanzamiento de residuos tóxicos u oleosos en las aguas interiores o litorales.

A partir de la década de los sesenta, esta legislación especial comienza a ser más orgánica, en el sentido que regula algunos componentes del medio ambiente, especialmente, flora, fauna y bosques, no a través de normas aisladas, sino mediante leyes especiales, que establecen los lineamientos generales para el desarrollo de una actividad determinada o utilización de recursos naturales, de manera sectorial, siendo uno de los casos emblemáticos el Código Forestal, de 1965, y la Ley de Protección de la Fauna, de 1980.

En la década de los ochenta, la legislación especial se dicta con una óptica más holística y sistémica, perdiendo fuerza los enfoques sectoriales, particularmente, a partir de la dictación de la Ley N° 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispone sobre la Política Nacional del Medio Ambiente, sus Fines y Mecanismos de Formulación y Aplicación. De aquí en adelante, la visión predominante será la de considerar el medio ambiente, como un bien jurídico digno de tutela penal por sí solo, y no "por" o "en relación con" otros bienes jurídicos estrechamente ligados a él, como la vida o la salud. Este proceso tiene su punto culminante con la dictación de la Ley N° 9.605, de 12 de febrero de 1998, que establece sanciones penales y administrativas derivadas de conductas o actividades lesivas contra el medio ambiente. Sin embargo, todavía en Brasil el panorama legislativo no deja de ser confuso, toda vez el art. 82 de la ley N°9.605, usa la cláusula general "deróganse las disposiciones en contrario" (art. 82), sin hacer na referencia explícita a qué normas se refiere (132) y sin establecer

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 31

principios que permitan solucionar, adecuadamente, los eventuales conflictos en la aplicación de leyes de igual o distinta jerarquía normativa, de carácter general o especial, etc., subsistentes en varios tipos penales contenidos en el Código Penal (133) y en otras leyes especiales (134).

La promulgación de la ley N° 9.605 de 1998 responde también a la exigencia constitucional, contemplada en el art. 225 de la

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 34

Constitución Federal de 1988 (135), cuyo § 3 establece, como principio general, que los que realicen actividades o conductas lesivas para el medio ambiente, sean personas naturales o jurídicas, se sujetarán, independientemente de la obligación de reparar los daños, a la aplicación de sanciones administrativas y penales, estableciendo así la obligación de complementar esta disposición constitucional con una regulación legal de los en Brasil llamados crimes ambientais (136).

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 35

Luego, la característica más importante de la situación normativa brasileña, es que, si bien no se sigue el modelo Español y Alemán de incorporar en el Código Penal la legislación que sanciona penalmente las conductas lesivas al medio ambiente (137), tampoco adopta el prescindente modelo argentino, sino que en una solución intermedia, tales disposiciones se encuentran en una ley especial (la citada ley N° 9.605 de 1998), que aborda la protección del medio ambiente desde distintos puntos de vista, recogiendo por razones de técnica legislativa y certeza jurídica en un único cuerpo legal -una suerte de "codificación" ambiental-, diversos tipos penales que se encontraban dispersos en numerosos cuerpos legales, incorporando

incluso normas de procedimiento penal, normas administrativas, sanciones especiales, etc. Muchas de estas disposiciones eran de antigua data, pero esta ley cambió radicalmente las aproximaciones y enfoques tradicionales para abordar los crimes ambientales, estableciendo un ordenamiento básico o arco en relación con la criminalización de las conductas lesivas del bien jurídico "medio ambiente", haciéndose cargo no sólo de la regulación formal de los más importantes delitos medioambientales, incluyendo los de contaminación, sino también de aspectos dogmáticos de importancia.

Desde el punto de vista formal, la ley N° 9.605 de 1998 consta de 8 capítulos y 82 artículos, que desarrollan -como ya dijimos- un amplio abanico de materias, no sólo penales, sino también infracciones administrativas, aplicación de la pena, ejercicio de la acción y el proceso penal, cooperación internacional para la preservación del medio ambiente, etc. Usando nuestro lenguaje, se trata de una "ley miscelánea", cuyo eje articulador es la definición de los "delitos ambientales", básicamente en el Capítulo V. Éste se divide en 5 secciones que tratan las siguientes materias: la Sección I "De los Delitos contra la Fauna" (138); la Sección II "De los De

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 36

litos contra la Flora" (139); la Sección III "De la Contaminación y otros Delitos Ambientales" (140); la Sección IV "De los Delitos contra el Ordenamiento Urbano y el Patrimonio Cultural" (141); y la Sección V "De los Delitos contra la Administración Ambiental" (142).

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 37

En cuanto a los delitos de contaminación propiamente tales, particular interés merece el artículo 54 de la Ley, que contempla propiamente el delito de contaminación, castigando con pena de reclusión de uno a cuatro años y multa, el "causar polución de cual

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 37

quier naturaleza en niveles tales que resulten o puedan resultar de ella daños a la salud humana, o que provoquen una mortandad de animales o una destrucción significativa de la flora"; sancionándose además, con una pena inferior, su comisión culposa (art. 54 §1º). Las penas se agravan cuando la contaminación afecta directamente un área habitada, el agua potable, las playas o se comete por vertimiento de basuras o hidrocarburos (art. 54 §2º), o cuando se omite adoptar las medidas preventivas de un daño ambiental grave o irreversible, ordenadas por la autoridad competente (art. 54, §3º).

En esta Sección se contemplan además dos delitos que castigan hechos potencialmente contaminadores, pero sin relacionar su comisión con la contaminación propiamente tal. Así, el art. 56 sanciona penalmente el "producir, procesar, embalar, importar, exportar, comercializar, guardar, transportar, almacenar, tener en depósito o usar productos o sustancias tóxicas, peligrosas o nocivas para la salud humana o el medio ambiente, sin cumplir las exigencias legales o reglamentarias". En este delito, también se castiga el abandono de tales sustancias o su utilización en contra de las normas de seguridad (art. 56 §1º), y su comisión culposa (art. 56, §3º), agravándose la pena en caso que la sustancia sea "nuclear o radiactiva" (art. 56, §2º). Por su parte, el art. 60 castiga el "construir, reformar, ampliar, instalar o hacer funcionar, en cualquier parte del territorio nacional, establecimientos, obras o servicios potencialmente contaminadores, sin licencia o autorización de los órganos ambientales competentes, o en contravención a las normas legales y reglamentarias aplicables".

Finalmente, se dispone que las penas de estos delitos se agravan todavía más, en casos de contaminación dolosa, cuando "resulta un daño irreversible a la flora o al medio ambiente en general" (art. 58, I); "resulta una lesión corporal grave en otra persona" (art. 58,II); y cuando "resulta la muerte de otro" (art. 58, III).

4.2. Bien Jurídico Protegido

La Constitución Federal de Brasil concibe el medio ambiente en su art. 225 como un "bien de uso común del pueblo" y "esencial en su calidad de vida", enfatizando más bien su dimensión como derecho ciudadano

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 39

y deber estatal, imponiendo a los poderes públicos y a la colectividad el "deber" de "defenderlo" y "preservarlo", con un contenido intergeneracional, "para las presentes y futuras generaciones" (143). Sin embargo, es la ley, concretamente el art. 3º.I de la Ley Nº 6.938, de 1981 -según la redacción dada por la ley Nº 7.804 de 1989-, la que define el medio ambiente para el ordenamiento brasileño como el "conjunto de condiciones, leyes, influencias, alteraciones o interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, abriga y rige la vida en todas sus formas".

El concepto legal se acerca, por tanto, más a una idea ecocéntrica -en el sentido de entender el medio ambiente como un bien autónomo, protegible per se-, que la formulación constitucional, que al estar basada en el reconocimiento de derechos ciudadanos y deberes estatales, tiene un sesgo de carácter más antropocéntrico (144).

Sin embargo, en la Ley de Delitos Ambientales, el legislador brasileño atiende más a los objetos que existen en el ambiente que a los medios del ambiente a la hora de clasificar las conductas delictivas, distinguiendo entre delitos contra la flora, la fauna y el patrimonio cultural (que no es una forma de "vida"), a los que considera objetos de protección independientes del ambiente en sí (que parece protegerse a través de los delitos de contaminación de la Sección III). A esta pluralidad de bienes jurídicos agrega la ley ciertos delitos más bien referidos al correcto funcionamiento de la Administración, como son los contemplados en la Sección V. Incluso en los delitos de contaminación de la Sección III, el punto de vista del legislador no es únicamente el medio ambiente, sino principalmente la salud de las personas y de la vida animal y vegetal, cuya puesta en peligro o daño son los hechos constitutivos del delito de contaminación (arts. 54, de contamina

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 40

ción, y 56, de manejo de sustancias peligrosas), la que aparece así como un medio de comisión, especialmente penado. Las agravantes de tales delitos van en el mismo sentido (art. 58). Sólo el delito del art. 60, de explotación de establecimientos industriales potencialmente contaminantes, parece responder a la idea de protección del medio ambiente en sí, lo que se refuerza por el hecho de que la infracción se comete "en contravención a las normas legales y reglamentarias aplicables", con independencia o no de la existencia de una licencia o acto administrativo particular que autorice su funcionamiento.

4.3. Tipicidad

4.3.1. Técnica legal

En cuanto a los delitos de contaminación de la Sección III, la Ley de Delitos Ambientales brasileña emplea concibe el delito propio de contaminación del art. 54, como una figura de

resultado ("causar contaminación de cualquier naturaleza"), en relación al daño al medio ambiente, del que se derive, además, un peligro concreto para la salud humana (que la contaminación sea "de tal nivel que resulte o pueda resultar en daños para la salud humana"), o alternatively, en un resultado de "mortandad de animales o la destrucción significativa de la flora". También la exigencia de un peligro concreto para la salud humana o el medio ambiente está presente en la figura del art. 56, relativa al manejo de sustancias peligrosas; en tanto que en el art. 60, que castiga la explotación no autorizada de establecimientos industriales, la exigencia del peligro está disminuida sólo a que tales establecimientos sean "potencialmente contaminantes".

De este modo, los delitos de contaminación de la Ley Ambiental Brasileña se configura, en general, como delito de seria contaminación ambiental, en los términos de Cho (145), dejando buena parte de los hechos que no representan un peligro concreto para la salud pública o un daño importante para la flora y fauna en el ámbito del ilícito administrativo, siempre que "viole las reglas jurídicas de uso, goce, promoción, protección y recuperación del medio ambiente" (art. 70) (146).

4.3.2. Ley penal en blanco y accesoriedad con el derecho administrativo en los delitos de contaminación de la Ley de Delitos Ambientales brasileña.

Siguiendo el modelo de seria contaminación ambiental, los delitos de contaminación de la Ley de Delitos Ambientales de Brasil no ocupan sino incidentalmente la técnica de la ley penal en blanco, y cuando lo hacen, no se deja entregada a la sola existencia de la autorización administrativa la configuración del hecho punible. Así, el delito de contaminación propiamente tal, contenido en el art. 54, no hace referencia a la actuación "sin la debida autorización" u otra similar; en tanto que las figuras de los arts. 56 y 60 -donde se emplea la técnica de la Ley penal en Blanco-, se remiten directamente a la "contravención a las normas legales y sus reglamentos", siendo irrelevante para la configuración del delito la existencia o no de una autorización administrativa, pues aun en el caso de existir, si es contraria a las normas legales o

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 41

reglamentarias aplicables, el delito se configura de todos modos (147).

4.4. Antijuricidad

El art. 37.I de la Ley de Delitos Ambientales de Brasil, contempla exclusivamente para los casos en que se dé muerte a un animal (en los casos que ella es punible, particularmente arts. 29 a 36, aunque también puede aplicarse a los casos de contaminación del art. 54, tratándose de causar una "mortandad de animales"), una especial causal de justificación por estado de necesidad famélico, estableciendo que "no será delito la muerte de un animal, cuando se realiza "para saciar el hambre del autor o de su familia". Además, se contemplan dos situaciones en que la autorización u orden administrativa (ejercicio de derecho o deber) permite dar muerte a los animales: para proteger la agricultura y la ganadería de especies depredatorias (art. 37.II); y por "ser nocivo" el animal (art. 37. IV).

4.5. Culpabilidad

La ley N° 9.605 de 1998 contiene una profusa cantidad de delitos medioambientales de carácter culposo, partiendo por supuesto del delito de contaminación culposo propiamente tal (art. 54, § 1º), y del de manejo de sustancias tóxicas o peligrosas culposo (art. 56 § 3º); e incluyendo, el daño directo o indirecto a Unidades de Conservación -Reservas Biológicas, Ecológicas, Parques Nacionales, etc.- (art. 40 § 2º); el incendio forestal culposo (art. 41, párrafo único); la destrucción culposa de plantas de ornamentación en lugares públicos o en propiedades ajenas (art. 49, párrafo único); la destrucción culposa del patrimonio urbanístico

y cultural (art. 62, párrafo único); la concesión culposa de autorización ambiental en contravención a la ley (art. 67, párrafo único); y el incumplimiento culposo de una obligación "de relevante interés ambiental" (art. 68, párrafo único). Esta profusión de disposiciones culposas, que no responden todas al criterio de seria contaminación que parece estar presente en la ley, ha llevado a autores como Miguel Reale Junior a afirmar, con gracia, que "de este modo, es delito tropezar y pisar por imprudencia una begoña del jardín vecino" (148).

Pero junto con este exagerado número de delitos culposos, contempla ley brasileña una disposición que reconoce legalmente efecto atenuante al error de prohibición derivado del "bajo grado de instrucción o escolaridad del agente" (art. 14.I), hecho que se considera por algunos autores como "un fuerte rasgo de consideración social" de la ley (149).

4.6. Problemas particulares de participación criminal

4.6.1. Autoría mediata con agente doloso de los directivos de una organización, a través de un aparato organizativo de poder

En contra de la opinión dominante en la doctrina brasileña, que rechaza la figura del autor mediato con agente doloso (150), el art. 2º de la ley Nº 9.605 establece legalmente la responsabilidad penal como autor, "en la medida de su culpabilidad", de quien siendo director administrador, auditor, gerente, etc., "conociendo la conducta delictiva de otro, no evita su realización, teniendo el poder de evitarla". De este modo, todo delito ambiental puede imputarse a quienes ejercen labo

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 42

res directivas, siempre que se pruebe el actuar delictivo del inferior sujeto a la potestad controladora del directivo, dentro del ámbito de sus atribuciones (151).

Sin embargo, algunos autores han visto en esta disposición más bien una consagración positiva de un deber de garante, en el sentido del art. 13 del Código Penal brasileño, que permitiría fundar en contra del directivo la imputación a título de comisión por omisión (152). Esta interpretación, aunque limita el ámbito de aplicación de la norma, debe descartarse, pues no se reconoce en ella la existencia de un deber de evitación legal específico de parte del directivo, sino de un poder de evitación fáctico no utilizado, que hace responsable al directivo, juntamente con el inferior, del delito cometido, por el control sobre la organización y no por una omisión a un deber específico.

4.6.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Alejándose de la tradición continental que reflejan los ordenamientos Alemán y Español, cumpliendo el mandato constitucional (art. 225 §3º) (153), la Ley sobre Delitos Ambientales de Brasil provee específicas disposiciones para castigar penalmente a las personas jurídicas, "en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio suyo", sin excluir la responsabilidad penal de las personas físicas que aparecen como autores, cómplices o encubridores materiales del hecho -sistema de responsabilidad penal acumulativa- (art. 3º) (154). Este sistema ha sido objeto de críticas y objeciones de constitucionalidad, por considerarse que se establece una especie de responsabilidad penal por el hecho ajeno (155), pero también por su limitado alcance, al no comprender sino a las sociedades o corporaciones jurídicamente constituidas, dejando de lado las asociaciones de hecho (156).

Para hacer practicable la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Ley de delitos Ambientales establece determinadamente las penas que pueden imponérseles, a saber: la multa, la privación de derechos -básicamente, suspensión o paralización de actividades-y el trabajo en beneficio de la comunidad (arts. 21ss), salvo que se hayan constituido o se utilicen

principalmente para cometer esta clase de delitos, caso en el cual la ley ordena su disolución y liquidación (art. 24). Sin embargo, como señala Prado, la Ley Ambiental brasileña ha descuidado establecer, como en el régimen del derecho Penal francés -en el cual parece inspirarse el legislador brasileño-, los delitos determinados de los cuales puede hacerse responsable a una persona jurídica, quedando entregada esta determinación a la interpretación (157).

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 43

4.6.3. La participación de los funcionarios públicos en los delitos medioambientales

Siguiendo su línea de detallada regulación, la Ley brasileña de Delitos Ambientales ha previsto en un articulado independiente, dentro de la Sección IV, "Delitos contra la Administración Ambiental", ciertos hechos que podrían considerarse, desde el punto de vista dogmático, como problemas propios del tratamiento de la participación de los funcionarios públicos en esta clase de delitos.

Así, la ley penaliza al funcionario que colabora activamente en el otorgamiento de una autorización contra las disposiciones legales o reglamentarias, tanto si su participación consiste en realizar "una afirmación falsa o engañosa, omite la verdad, deniega informaciones o datos técnico-científicos en procedimientos de autorización ambiental" (art. 66), como en propiamente "conceder una licencia o permiso en contravención con las normas ambientales, para las actividades, obras o servicios cuya realización depende de una autorización del Poder Público" (art. 67).

La existencia de estos delitos sui generis de participación del funcionario público ha permitido al legislador brasileño castigar incluso la concesión irregular de licencia cometida culposamente (art. 67, párrafo único), incriminación imposible desde el punto de vista de la teoría de la participación criminal, como es aceptada en Brasil (158).

4.7. Problemas concursales

La Ley sobre Delitos Ambientales de Brasil, aborda la cuestión concursal sólo respecto de algunas agravaciones de los Delitos de contaminación de su Sección III, estableciendo en su art.58, párrafo único, una cláusula de subsidiariedad expresa (159), según la cual "las penas previstas en este artículo solamente serán aplicadas en caso de no resultar un delito más grave". Las agravaciones a que se refiere esta disposición son la de resultar "un daño irreversible a la flora o al medio ambiente en general" (art 58, I); "una lesión corporal grave en otra persona" (art. 58,II); o "la muerte de otro" (art. 58, III).

Sin embargo, es más o menos claro que esta disposición, si bien puede servir de guía para la interpretación, no permite resolver directamente todos los problemas concursales posibles de plantear en esta materia, sobre todo debido a la desmesurada cantidad de disposiciones penales que existen al respecto, aun teniendo en cuenta solamente los delitos de la ley N° 9.605 de 1998 y el resto del ordenamiento penal común, como Ari Madeira Costa demuestra en relación a los delitos contra la propiedad (160).

5. EL MODELO DE LA PRESCINDENCIA: EL CASO DE ARGENTINA

5.1. El caso Argentino

En Argentina no existe una regulación general ni especial de los delitos ambientales, quedando la protección del ambiente entregada al conjunto del ordenamiento jurídico, en la forma que veremos a continuación.

5.1.1. Protección constitucional

El artículo 41 de la Constitución argentina, aprobado por la reforma constitucional de 1994, establece que: "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano,

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 44

equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer 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 ambientales.

Corresponde a la nación dictar 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 radiactivos".

De acuerdo a esta disposición, la Nación señalará con carácter general, vale decir, común para el país, los presupuestos mínimos de regulación ambiental. La complementación de esta regulación está a cargo de las provincias. Los encargados de aplicar esta legislación serán las autoridades administrativas y judiciales nacionales en la Capital Federal y territorios nacionales y la de las provincias en sus territorios correspondientes. Contiene la citada disposición, asimismo, una noción de medio ambiente, de desarrollo sustentable y la obligación de recomponer en caso de presentarse daño ambiental (161). La Constitución reconoce, además, la posibilidad de interponer recurso de amparo -artículo 43- en defensa del medio ambiente del afectado (162).

5.1.2. El Código Penal

Existen disposiciones que protegen indirectamente el medio ambiente en el título sobre los delitos contra la salud pública (163). Desde la perspectiva de la tutela de la salud de las personas se puede entender comprendido el medio ambiente como objeto de tuición, pero como se señalara en un comienzo carece éste de regulación autónoma y directa. Son varias las descripciones típicas de este título, desde envenenamiento o adulteración de las aguas, contagio de enfermedades, etc., hasta el ejercicio ilegítimo de algunas profesiones. Como puede advertirse no todas se vinculan con la temática medioambiental (164). A pesar de ello, para la propues

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 45

ta de ANAM (165) estos nueve artículos representan el "inicio del derecho penal ambiental argentino".

Entre los tratadistas de esa nacionalidad, Soler al caracterizar estos delitos no se hace cargo del punto que nos interesa. Analiza las figuras desde la perspectiva de la salud pública y la necesidad de la existencia de un peligro común para que atente contra la seguridad (166), bien jurídico en definitiva resguardado. Núñez, en tanto, señala que la inclusión de estos delitos como lesionantes de la seguridad pública obedece a que "implican atentados contra el bienestar físico de las personas, animales o vegetales cuya ofensa adecua, por su objeto y modo, a la propia de los delitos contra dicha seguridad". El código penal no cuenta, prosigue

este autor, con un capítulo que agrupe dentro del título contra la salud pública, los delitos contra el medio ambiente. Nuñez incluye un capítulo aparte en su obra para tratar los delitos contra el medio ambiente que indirectamente atentan contra la salud pública. Como tales señala los contemplados en la ley N° 22.241 de conservación de la fauna -implícitamente ratificada por la ley 23.077-, la ley N° 24.051 de residuos peligrosos.

El concepto que de medio ambiente da Bacigalupo como "el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales", (167) nos facilitaría precisar este punto.

Basándonos en esta definición podemos sostener que el título del Código en comentario trata tangencialmente el medio ambiente, en los casos siguientes: en el artículo 200, que sanciona el envenenamiento o adulteración de aguas potables o sustancias alimenticias; en el artículo 203, en relación con el anterior en supuestos de negligencia; el artículo 205 violación de medidas para impedir la introducción o propagación de una epidemia; en el artículo 206, donde se incrimina la transgresión de las reglas contra epizootias. Además, el artículo 207 contiene una agravante especial si el culpable de alguno de estos delitos es funcionario público o ejerce alguna profesión. Hemos dejado aparte de la enumeración el artículo 202 del C.P. relativo a la propagación de una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas pues su inclusión requiere una explicación adicional. La noción de Bacigalupo que sirve de base para esta clasificación es el concepto de medio ambiente natural sobre el cual existe amplio consenso en la doctrina (168). Sin embargo, esta vía no es excluyente de las enfermedades contagiosas y peligrosas para las personas, pues éstas son también fuente de contaminación ambiental (piénsese, por ejemplo, en la polución de aire que se produce con las patologías infecciosas). Por este motivo consideramos que debe incluirse en el catálogo esbozado, aun cuando el desplazamiento en el momento de la protección del medio ambiente sea mayor que en las otras figuras señaladas. Este sería nuestro punto de partida para elaborar el catastro de la legislación ambiental argentina.

En síntesis, no existe el denominado delito ecológico o de contaminación en el texto punitivo. Sólo encontramos en el título de los delitos contra la salud pública figuras relacionadas tangencialmente, cuyo principal bien jurídico de protección -como señala Soler- es la seguridad. El autor en comentario vincula estrechamente la idea de seguridad a la de peligro común, si la conducta le

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 46

siona o pone en peligro un bien individual no puede hablarse de atentado contra la seguridad. Existe lesión a ésta en la medida que se cree un peligro común o que "la lesión inferida contenga como en potencia los más variados peligros ulteriores, o bien en la medida en que la lesión descubre los peligros preexistentes para otros bienes y que permanecían latentes hasta el momento en que la lesión lo reveló" (169). Sin estos aspectos las conductas no podrían entrar en la categoría de este título. Por otra parte, la noción de peligro permite diferenciar las conductas contra la vida y la integridad corporal de un sujeto individual de los atentados contra la salud pública.

En cuanto a las descripciones típicas no existe consenso entre los autores sobre la naturaleza de las mismas. Tal es la situación del artículo 200 del C.P. "el que envenenare, contaminare o adulterare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias..., destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas". Si el hecho es seguido de la muerte de alguna persona la pena se aumenta. Para Soler (170) constituye un delito de peligro concreto, en tanto que para Nuñez es de peligro abstracto (171).

Este precepto vincula el peligro con la salud humana, lo que es juzgado como inconveniente por Bacigalupo (172) como técnica legislativa, pues el arribo de la sanción puede ser tardía

(173). La adulteración o el envenenamiento se efectúa de un modo peligroso con lo que se restringe cualquiera modalidad de comisión. Cabe destacar en el objeto material que se refiere sólo a las aguas potables, por lo que las aguas de ríos, mares o lagos no tratadas ni aptas para el consumo humano quedan fuera de esta disposición.

El artículo 202 del C.P. argentino (174), esto es, la propagación de enfermedades peligrosas y contagiosas para la salud, también es clasificado como delito de peligro abstracto por Nuñez (175). Para Soler, en cambio, "es una figura de peligro construido sobre la base de un daño. No se comprende, en efecto, cómo ha de considerarse consumado este delito mientras no se haya enfermado alguien" (176). Los requisitos de enfermedad contagiosa y peligrosa son copulativos.

Los artículos 205 y 206 son clasificados como de peligro abstracto por Nuñez (177), y en el mismo sentido se pronuncia Soler (178). El artículo 205 sanciona la violación de las medidas adoptadas por la autoridad competente

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 47

para impedir la propagación o introducción de una epidemia. El artículo 206 se refiere a la transgresión de las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal (179). Ambos emplean la técnica de remisión, son leyes penales en blanco, lo que es frecuentemente utilizado en regulación del medio ambiente. Esta técnica es bastante controvertida desde la admisión de la existencia misma de las leyes penales en blanco hasta su conciliación con el principio de lex certa. Tratándose de un País donde las Provincias tienen competencia legislativa estos cuestionamientos se acentúan, ya que los preceptos a los que la norma en blanco se remite pueden ser diferentes en cada localidad. Esto vulneraría, además, la uniformidad de la ley penal que, según Mestre (180), se deriva del principio de igualdad. En esta oportunidad no nos podemos referir a la frondosa problemática que presentan las leyes penales en blanco, sólo diremos siguiendo a Politoff (181), que aceptando su necesidad práctica éstas requieren cumplir on determinados requisitos para solventar las dificultades que hemos enunciado. Uno de ellos es que la clase de conducta prohibida esté fijada en la ley, lo mismo que la sanción, y que se deje la determinación de las circunstancia y condiciones del hecho al reglamento.

En cuanto a la relación de los artículos 205 y 206 del C.P. argentino con la infracción de la disposición administrativa, de acuerdo a lo que establece la doctrina mayoritaria en este país, basta el incumplimiento de las medidas o la violación de las reglas para que se perfeccione el delito, por lo que se consumaría aunque en el caso concreto no se haya producido la introducción de la epidemia o a la violación no le siga efecto alguno.

Como consecuencia de lo anterior podría pensarse que lo que se tutela con estas tipificaciones es el buen funcionamiento de la administración o reforzar la capacidad de control de la misma. Sin embargo, si lo analizamos desde las perspectiva del bien jurídico protegido y la ratio del derecho penal podemos matizar esta opinión, de lo contrario se estaría incriminando un ilícito meramente formal (o la desobediencia) (182). El bien jurídico, que para Soler es la seguridad de las personas, debe articularse con la infracción de las disposiciones administrativas. Ésta será una condición necesaria para que entre a operar el derecho penal, mas no la única. A ello agregamos que es menester la creación de algún riesgo o sensibilización del bien jurídico en definitiva protegido, en los términos de Soler, la creación de un peligro común. Hacemos presente, como ya se dijo, que en aquellos países como Alemania, donde existe regulaciones que vinculan la infracción de un precepto administrativo a la sanción penal, se señala a propósito del análisis de delito contra medio ambiente- que el bien jurídico en cuestión es el buen funcionamiento de la administración (183).

Los artículos en comentario requieren de dolo para su comisión. Expresamente se regula la situación de la negligencia en el ar

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 48

título 203 para los casos de los artículos 200 y 202. De acuerdo a lo que señala Soler (184) se gradúa la pena si se crea sólo peligro o si como consecuencia de la imprudencia se produce daño, enfermedad o muerte .

De los artículos comentados, se señala que pueden ser cometidos por acción. Sólo en los casos de los artículos 205 y 206 ya reseñados a propósito de las leyes penales en blanco, se contempla por los autores argentinos la hipótesis de omisión (185).

5.1.3. Legislación especial

En Argentina es abundante la legislación especial que brinda protección jurídica a elementos integrantes del medio ambiente, pero en su mayoría prevén sanciones administrativas (186). Existen leyes que contemplan ilícitos de carácter penal, las más importantes de las cuales son la ley de conservación de la fauna silvestre (ley N° 22.421, B. O. 12/3/1981) y la ley de residuos peligrosos (24.051, B. O 17/01/1992), que analizaremos a continuación.

5.1.3.1. La situación de la ley de conservación de la fauna silvestre

Esta ley contiene distintos niveles de aplicación, las provincias sólo la emplearán si se adhieren al régimen de preservación previsto en ella (al año 1992 sólo la provincia de Mendoza lo había hecho). A pesar de esto en ciertos ámbitos tiene aplicación general, esto es en todo el territorio nacional (187). Uno de ellos es precisamente el de los delitos cometidos con infracción a ella: cazar sin autorización del propietario del predio -la denominada caza furtiva-, cazar especies prohibidas -la caza depredatoria-, con medios prohibidos o comercializar las piezas de caza. Se excluye del presente régimen a los animales comprendidos en la ley de pesca.

La caza furtiva está contemplada en el artículo 24 del cuerpo legal y consiste en cazar animales de fauna silvestre en campo ajeno sin autorización del propietario o administrador del fundo (artículo 16 a). Podemos señalar que corresponde a una regulación de derecho penal clásico al no presentar especiales características. Es delito de resultado, contiene dos elementos normativos a saber animal ajeno y la falta de autorización del propietario. La conducta se comete por acción y requiere dolo. El verbo rector empleado no da cabida a la comisión por omisión. Como causa de justificación procede el estado de necesidad.

En atención a los elementos descritos reiteramos que no participa de los caracteres atribuidos a los diferentes modelos legales en materia de medio ambiente.

En cambio, en el delito de caza depredatoria del artículo 25 sí se recurre en parte a las técnicas propias en la materia. Así, se trata de un precepto penal en blanco, toda vez que se sanciona la caza de animales de la fauna silvestre cuya captura o comercialización está prohibida o vedadas por la autoridad jurisdiccional de aplicación. Sin embargo, se trata de un delito de lesión, que requiere al menos la caza de un animal, y no de peligro abstracto. El legislador se ha apartado de la técnica de los tipos de peligro para este caso, siguiendo lo que parece ser la última tendencia doctrinaria. Si el hecho se comete de modo organizado se considera agravante, pues estas organizaciones representan un mayor peligro para la fauna. La ley nada dice si se actúa a través de un persona jurídica.

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 49

Una figura autónoma la representa la caza de animales con armas, artes u objetos prohibidos por la autoridad jurisdiccional de aplicación. Nuevamente estamos frente a un precepto penal en blanco, técnica anteriormente empleada.

Finalmente el cuerpo legal en comentario contiene una disposición que sanciona al que a sabiendas transporte, ponga en el comercio de cualquier modo piezas que provengan de la caza furtiva o depredatoria.

Según lo que señala Pigretti (188), corresponde a las jurisdicciones locales de las provincias establecer modalidades de tiempo y zona de veda y el conjunto de reglamentación al respecto de la caza de fauna silvestre. Inmediatamente nos enfrentamos con uno de los problemas de la técnica de la remisión penal, el error sobre dicha regulación. El legislador no regula expresamente esta situación.

No se contemplan especiales causas de justificación -ya aludimos al clásico estado de necesidad- avaladas en la necesidad de incrementar el desarrollo económico. Nos parece natural que así sea, pues es muy difícil justificar la caza de estas especies en función de una necesidad global de crecimiento.

5.1.3.2. Situación de la ley de residuos peligrosos

El capítulo IX de este cuerpo legal establece el régimen de sanción penal. Se aplican las penas del artículo 200 del C.P. al que utilizando los residuos a que se refiere esta ley (189), envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Nuevamente tenemos la técnica de la remisión, pero esta vez a un texto normativo del mismo nivel jerárquico encargado de la sanción. Es una ley penal en blanco impropia. Se discute el bien jurídico protegido siendo para algunos autores como Nuñez la salud pública (190) el objeto de protección penal. Para otros en cambio, no es el concepto tradicional de salud pública, que sí se protege por el artículo 200 del C.P., sino la salud de todos los componentes vivos del ecosistema (191).

La protección que dispensa este precepto parte de un concepto antropocéntrico de la necesidad de tutela. El medio ambiente, sus elementos, se protegen en la medida que resulte afectada la salud de las personas. Corresponde a lo que Byung-Sun Cho denomina modelo de seria contaminación ambiental, donde la protección de los valores ecológicos se otorga bajo la condición antedicha (192). Pese a las críticas que este mismo autor reseña, la evolución de la legislación ambiental tiende a acatar este modelo. Probar el nexo causal entre las conductas descritas y

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 50

el peligro creado para la salud de las personas es en extremo complicado.

Si la conducta de contaminar, envenenar con los residuos enumerados en el texto legal provoca la muerte de una persona la pena se agrava (figura preterintencional). Los casos de negligencia están previstos por el artículo 56, en donde se gradúa la sanción en función de si se ha creado sólo el peligro o además se ha provocado la muerte de alguna persona. Nada dice el cuerpo legal sobre especiales causas de justificación aplicables al que incurre en esta conducta.

El artículo 57 se hace cargo de la intervención en estos hechos de alguna persona jurídica. La sanción correspondiente se aplicará a los directores gerentes, síndicos miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubieren intervenido en el hecho punible. Se sigue la regla propia del sistema que no reconoce responsabilidad penal al ente jurídico, sino sólo a la persona natural.

5.1.3.2.1. Excurso: Proyecto de ley de Medio Ambiente

El proyecto de Ley General del Ambiente del año 1997 tiene por objeto, de acuerdo al texto de la Constitución, establecer criterios y normas destinadas a regular la gestión de todas las

autoridades del país y las acciones de sus habitantes para que gocen de un ambiente sano, apto para el desarrollo humano y satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras. Sin embargo, aún no ha sido sancionado como Ley por los Poderes argentinos, por lo que su exposición en este lugar sólo tiene un carácter ilustrativo. Como veremos a continuación, este Proyecto adopta el modelo de regulación especial, de similar factura que la vigente legislación ambiental en Brasil.

El Proyecto contiene en su articulado disposiciones penales desde el 66 a 74. Recoge la técnica de la ley penal en blanco, pero condiciona la imposición de la sanción al hecho que la inobservancia de las disposiciones reglamentarias causen o pudieran causar daños reales o potenciales. Estos daños deben ser graves y recaer en la salud de las personas y en su calidad de vida o en el mantenimiento de los equilibrios del ecosistema y la disponibilidad de recursos para el desarrollo sostenible. La pena la regula dependiendo si el daño provocado es reversible o no. Entiende el proyecto que existe este último, si la tecnología y conocimientos disponibles no posibilitan recuperar el ambiente al estado anterior al de la perpetración del delito. El artículo 67 del proyecto contempla una agravante para el caso que de estos hechos surgiera la muerte o enfermedad grave de una persona. Se incrementa la sanción en un tercio si éstas son consecuencia del manejo de residuos tóxicos o peligrosos en contravención a las leyes y reglamentos que regulan el tratamiento de estos elementos. Para el caso de las penas privativas de libertad se establece la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad que ha provocado el daño.

Las situaciones de negligencia en la comisión de estos hechos punibles se castiga expresamente, teniendo repercusión en la rebaja de la sanción.

La hipótesis de omisión está prevista para los casos en que ésta sea efectuada por un funcionario público en el cumplimiento de sus deberes de tal. El texto carece de regulación si los sujetos omitentes son particulares.

Un aspecto importante en la regulación penal ambiental es la situación de las personas jurídicas involucradas de alguna manera en la comisión de los hechos que provocaron el daño ambiental. Para este caso, el proyecto contempla la responsabilidad solidaria en el pago de las multas que se le impusiera a sus directores o socios, sea que se trate de hechos dolosos o culposos.

Esta iniciativa legal reconoce la necesidad de protección especial para las áreas

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 51

naturales protegidas o sometidas a régimen diferenciado o se ejecuta sobre bienes que pertenecen al patrimonio cultural de la nación. Si los delitos afectan a una de estas zonas (193) se configura una circunstancia agravante.

6. CONSIDERACIONES CRÍTICAS FINALES

Pasado el período de discusión acerca de la necesidad de regular penalmente los atentados al medio ambiente, y decantándose el legislador penal moderno (como en España, Alemania y Brasil) a favor de dicha regulación (194), la discusión que sigue no es la referente al "si" de los delitos ecológicos, sino al "cómo" han de establecerse éstos, en un sistema de derecho penal heredero en cierta medida del espíritu de la ilustración liberal " (195).

La preocupación que manifiesta Huerta Tocildo acerca del "cómo" de la regulación penal vigente en España, en que con un carácter pretendidamente "moderno" la "protección penal se anticipa, la tipicidad pierde sus contornos, el bien jurídico se torna inasible o difícilmente identificable y deja de constituir un importante factor de delimitación del alcance de los tipos

penales" (196), todo ello con el pretexto de una mayor eficacia en la persecución penal (197), no deja de ser acertada (198).

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 52

En efecto, en contra de la defensa más o menos apasionada que de esta "nueva" forma de legislar hacen algunos autores (199), no deja de ser cierto que "a pesar de la multitud de atentados ecológicos graves que se han producido, el número de sentencias condenatorias [es] sorprendentemente escaso" (200), o dicho en palabras de Rodríguez Devesa refiriéndose al anterior art. 347 bis: "no se hubiera hecho mejor si, deliberadamente, se hubiese buscado la más absoluta ineficacia" (201). En Alemania, la situación no es muy diferente, pues en la práctica, los procesos parecen haberse dirigido más hacia delitos de bagatela (202) que contra los "grandes" agentes contaminadores, y el recurso a la exclusión de la pena (abstención de condena) ha provocado muy dispares sentencias (203).

Por otra parte, desde un punto de vista del derecho comparado en general, Cho plantea interesantes dudas acerca del supuesto beneficio (en sede procesal, y básicamente, probatoria) que a la persecución criminal de los delitos medioambientales traería el establecimiento de delitos de peligro abstracto, contruidos con la técnica de la ley penal en blanco: "¿qué tipo de conducta que parezca estar poniendo en peligro el medioambiente será a la vez adecuada para su enjuiciamiento criminal?", "¿puede, a este respecto, hacerse una evaluación del riesgo?", el establecimiento de esta clase de delitos "¿no conllevaría, principalmente, la iniciación de la acción penal para castigar en un estadio anticipado una criminalización de pequeñas infracciones que son relativamente fáciles de evitar? ¿afectaría esto, entonces, la validez conductual de la norma, si infracciones mucho más serias permanecieran sin sancionar debido a estar legitimadas por las autoridades administrativas?" (204).

Y sin entrar en la polémica de los "riesgos del derecho penal del riesgo" en el que parece enmarcarse la regulación del art. 325 C.P. español (205), y también la del derecho penal alemán (206), parece apropiado confrontar esta regulación con las tendencias internacionales reseñadas por Cho (207), las cuales parecen ir pasando de un modelo marcado por la asimilación de la infracción administrativa con el ilícito penal, con tipos de peligro abstracto y ley penal en blanco, propios del "derecho penal moderno", pero crecientemente ineficaces y deslegitimados en su origen al no considerar como delitos graves contaminaciones por la sola existencia de una autorización administrativa (ni tampoco de las graves contaminaciones causadas por la propia Administración) (208), a otro más cercano al derecho penal clásico, en el cual lo que se castiga penalmente no es la infracción administrativa, sino la "seria con

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 53

taminación medioambiental" que ponga en peligro la salud y vida humana, como sucede de alguna manera en la actual legislación brasileña (209). Aunque este modelo sigue presentando vaguedades en la formulación legal, la limitación a graves y comprobados actos de contaminación, lo hace al mismo tiempo aprehensible para el ciudadano común e impide que una simple autorización administrativa elimine la tipicidad de la figura penal. Este "post-moderno" derecho penal ambiental se acerca así, por una vía inesperada, al derecho penal "clásico", no atribuyéndose la imposible tarea de prevenir todos los atentados al ambiente, sino la más modesta de aplicar un castigo proporcional y racional a quien ha causado efectivamente un daño a la comunidad (210).

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 54

Quizás las deficiencias medioambientales del sistema penal clásico, no se refieren tanto a problemas técnicos o de principios, sino más bien al hecho de que la contaminación ambiental como suceso dañoso merecedor de represión penal, no se consideraba de esa manera en el S. XIX y en buena parte del S. XX, ni tampoco existía en la época de la Codificación clásica siquiera una idea de "medio ambiente" global y limitado, como la tenemos hoy en día. Por eso la falta de regulación penal de la contaminación como suceso independiente en los Códigos de raigambre decimonónica y su "aparente" menosprecio por el tema, abordado sólo tangencialmente en razón de efectos de origen completamente indiferente, que pudiesen afectar la salud pública o que, constituyendo molestias a la población, se considerasen a lo más como simples faltas o contravenciones menores o administrativas. El caso de Argentina, donde no se ha logrado aún la aprobación del Proyecto de Ley Marco para la regulación medioambiental, es paradigmático en este contexto: no existe un delito ecológico propiamente tal; la protección al medio ambiente sólo puede extenderse desde la tutela a la salud de las personas en el Código Penal (y con dificultades); siendo numerosas las leyes que protegen elementos del medio ambiente son pocas las que tienen incidencia en el ámbito penal, resultando más frecuentes las que contemplan sanciones administrativas; y sólo existen limitadas normas penales en leyes especiales, como el caso de la ley de protección de fauna silvestre y la de residuos peligrosos (211). La solu

NUMERO DE GACETA= 260

NUMERO DE PAGINA= 55

ción brasileña, que sobre este estado de cosas agrega más legislación especial y específica, sin hacerse cargo de las disposiciones que incidentalmente podrían superponerse a la hora de aplicar la ley, tampoco parece ser el mejor modelo.

En definitiva, a la hora de regular penalmente la lesión al bien jurídico "medio ambiente", parece preferible intentarlo, considerándolo un problema nuevo no considerado por el derecho penal clásico, pero sí susceptible de abordarse desde el punto de vista liberal que informa nuestro actual sistema penal, esto es, parafraseando a Herzog, desde el punto de vista de un derecho penal que no pretende alimentar ilusiones sociales de orden, ni convertirse en un derecho de Policía, ni imponer una determinada moral a los ciudadanos, sino simplemente determinar que un hecho socialmente dañoso y grave, y por tanto, merecedor de represión, ha tenido lugar (212). A esto, debe agregarse una adecuada técnica legislativa, que dé cuenta de la existencia de la legislación penal especial vigente, y de la importancia del tema, incorporando coherentemente la regulación medioambiental al Código Penal, y derogando al mismo tiempo los sistemas de regulación paralelos de las leyes especiales.