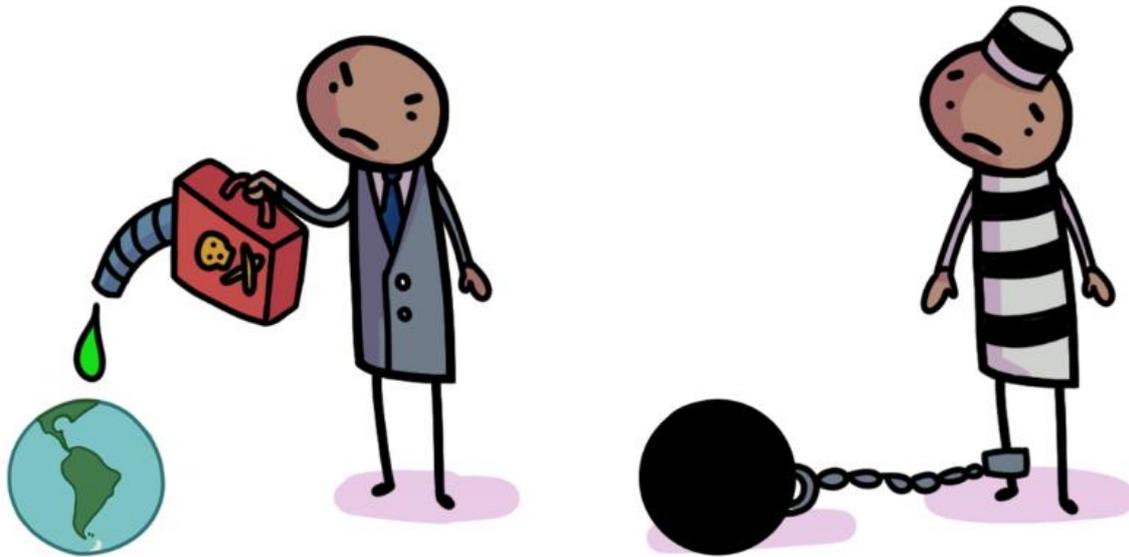


CAPÍTULO 5

Derecho Penal Ambiental

Díaz, Julio, Mendy, Marcelo y Sánchez Peralta José F.



Objetivos de Aprendizaje

- Conocer la evolución del pensamiento político que posibilitó la consagración constitucional del Derecho Ambiental y la recepción por parte del Derecho Penal a la necesidad de proteger el medio ambiente y juzgar conductas que atenten contra el mismo
- Destacar el estado embrionario de la disciplina penal y dejar planteados los desafíos que impone la evolución necesaria de la legislación para proveer a una adecuada respuesta del Estado frente al delito ambiental.
- Lograr un primer acercamiento de los alumnos a casos concretos de lesión del bien jurídico ambiental y su vinculación con la especialidad criminológica.
- Brindar herramientas jurídico criminales para abordar un análisis en un proceso penal concreto, y así arribar a la mejor posibilidad de resolución del conflicto.

Marco histórico y anclaje en Argentina

En la cultura predominante, existe el convencimiento de que la naturaleza se encuentra al servicio de los seres humanos. Ante esta amenaza, surgió el ecologismo profundo y su consecuente derecho ecológico, en sintonía con un nuevo constitucionalismo.

En este marco se inscribe el desarrollo del Derecho Penal Ecológico que se encuentra inmerso, en tanto norma de derecho público, en el Derecho Ambiental que –a su vez- se enfoca

en aspectos de bienestar y calidad de vida humana y, por tanto, desarrolla regulaciones que van más allá de los aspectos ecológicos.

Adherimos a esta posición y en consecuencia lo denominaremos Derecho Penal Ambiental.

En el discurso del Gral. Perón de febrero de 1972 este propuso varios ejes de acción mencionando sólo algunos: 1) Un cambio de paradigma, 2) La modificación de las estructuras sociales y productivas y 3) Un nuevo pacto para vivir entre los seres humanos y, fundamentalmente, entre los seres humanos con la Naturaleza.

Es en el segundo eje donde se asienta la legitimidad de la idea que originó el Derecho Penal Ambiental. En un planeta estructurado a través de los Estados-nación, son éstos quienes poseen el uso soberano de sus recursos naturales.

Ello conlleva un diseño jurídico en dos planos simultáneos: la responsabilidad de los gobernantes en usar racional y cuidadosamente sus recursos naturales mediante la planificación, por un lado, y la potestad estatal de exigir a sus ciudadanos la misma conducta, bajo amenaza de sanción. Todo ello en un marco de cooperación de la comunidad internacional, para salvar al planeta.

Su desarrollo en la región

Así surgió el constitucionalismo andino, destacándose la Constitución de la República de Ecuador de 2008, en cuyo preámbulo se estableció el derecho a una vida plena, o en el idioma quechua: *sumak kawsay*, y la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia consagratorio del derecho de los ciudadanos a ejercer acciones judiciales, para proteger a la Madre Naturaleza.

El constitucionalismo andino propuso, por primera vez, una mirada centrada en los seres humanos como invitados de la naturaleza a la que pertenecen.

Por su parte, nuestro ordenamiento jurídico brinda un tratamiento constitucional a la tutela ambiental, la cual es receptada por el artículo 41 de nuestra carta magna analizado en otros capítulos de la obra a los que remitimos.

Esta nueva cultura (qué otra cosa es el constitucionalismo, sino cultura cristalizada a través del derecho) lenta pero inexorablemente sustituirá a la antigua y depredadora, que relegaba a la naturaleza al lugar de un mero hábitat, a través del cual podíamos disponer a nuestro antojo, destrozando el planeta.

Dicho esto, debemos respetar la complejidad que trae aparejado asumir por primera vez, que además de los seres humanos, la naturaleza, un ente no humano a partir de hoy, será sujeto de derechos.

Hacia un derecho penal ambiental

No será fácil convencer a los juristas, de que existen nuevos bienes jurídicos en el capítulo ambiental del Código Penal.

Nos interrogarán:

¿A quién afecta el delito ambiental?

¿Es posible tipificar el delito ambiental de modo eficaz?

¿Cómo evitar que se produzca la selectividad del sistema penal también en los delitos ambientales?

Y menudos problemas está generando a la doctrina penal, la caracterización de la víctima de los delitos ambientales, ya que no es necesario acreditar la condición de damnificado para instar la acción penal por tales ilícitos.

Deberemos acostumbrarnos a que, si la naturaleza es un tercero agredido, cualquier ciudadano o asociación civil podrá salir en su legítima defensa.

Y la propiedad privada de los suelos se verá relativizada por la limitación o prohibición de su explotación, si la misma afecta la biodiversidad.

La Jurisprudencia tendrá la palabra en estos y otros temas importantes, como la explotación industrial y la contaminación desmedida.

¿Las catástrofes ambientales entran en el concepto de seguridad nacional? Y de ser así: ¿serán las FFAA las encargadas de preservar el patrimonio ecológico de la Madre Tierra?

No podemos dejar de citar las oportunas palabras del Papa Francisco⁵⁶: “¿Reconocemos que las cosas no andan bien cuando el suelo, el agua, el aire y todos los seres de la creación están bajo permanente amenaza?”

Ante esta cruda realidad, nuestro compatriota propone:

La tercera tarea, tal vez la más importante que debemos asumir hoy, es defender la Madre Tierra. La casa común de todos nosotros está siendo saqueada, devastada, vejada impunemente. La cobardía en su defensa es un pecado grave... Existe un claro, definitivo e impostergable imperativo ético de actuar que no se está cumpliendo. No se puede permitir que ciertos intereses —que son globales pero no universales— se impongan, sometan a los Estados y organismos internacionales, y continúen destruyendo la creación.

Y en el XX Congreso Internacional de la Asociación de Derecho Penal realizado en Roma durante el mes de Noviembre de 2019, fue más allá al anunciar que planea introducir el *pecado ecológico*, debido a los comportamientos de las personas que afectan el medio ambiente⁵⁷

⁵⁶ Papa Francisco. Discurso de Santa Cruz de La Sierra. Recuperado de: <http://www.iade.org.ar/noticias/discurso-del-papa-en-el-encuentro-con-los-movimientos-populares-en-bolivia>

⁵⁷ Papa Francisco. XX Congreso Internacional de la Asociación de Derecho Penal. Recuperado de: <http://verdaderamenteverde.com/el-papa-francisco-anuncia-el-ecocidio-como-pecado-ecologico/>

añadiendo que el daño al medio ambiente será considerado en contra de la *casa común*. Aclaró también que el *ecocidio* se refiere a la contaminación masiva del aire, de los recursos, la destrucción a gran escala de la flora y la fauna y otras acciones que puedan destruir un ecosistema o producir un desastre ecológico.

Ahora bien, a las claras surge del articulado constitucional referido que el mandato de protección del ambiente se divide en dos etapas, una *ex ante* y otra *ex post* del daño ambiental; o bien, en este caso en particular, podríamos hablar de protección ambiental *ex delicto*.

La primigenia refiere a la política preventiva del daño ambiental, que estriba en un sistema jurídico administrativo que sistematiza la gestión de los recursos naturales a fin de evitar/prevenir un impacto negativo en el ambiente.

Por otro lado, una vez consumado el daño en el ambiente nuestra carta magna obliga prioritariamente a recomponer el ambiente dañado según lo establezca la legislación.

En este orden de ideas, cabe recordar que -en particular- la función de las normas penales en esta materia es claramente de *ultima ratio*, y en tal sentido, son las normas no penales (administrativas) las que deben asumir el papel primario, a través de la programación de una política preventiva y de un sistema sancionador no penal. Dejando únicamente los casos de mayor complejidad para el análisis del sistema criminal.

Con esta perspectiva señala Muñoz Conde, F. que “el colocar en primer plano en la protección del medio ambiente al Derecho Penal, supone una hipertrofia cualitativa y cuantitativa de esta rama del derecho y una perversión de su función, eminentemente secundaria en esta materia.” (Muñoz Conde, pág. 437)

En igual sentido se manifiesta Ramón Martín Mateo en su Tratado de Derecho Ambiental “...Las medidas represivas, aunque inevitable correlato de otras estrategias, han de suponer una aportación solo excepcional al establecimiento de una eficaz disciplina ambiental.”

Cerrando el análisis sobre el mandato constitucional de recomposición en el sistema penal, cabe mencionar que los bienes jurídicos supraindividuales, generan una mayoría de situaciones en las que la víctima viene a ser el conjunto de la sociedad afectada, sin perjuicio de que pueda haber afectados identificables.

En el primer supuesto, la reparación deberá ser ofrecida a la comunidad y controlada su ejecución por órganos estatales y una intensa supervisión por los diversos estamentos de aquella, como podrían resultar ONGs, asociaciones civiles, etc.

En consonancia con lo enunciado en el párrafo anterior se manifiesta Julio B. Maier:

El concepto de damnificado directo, personal, particular, diferenciado, individual, exclusivo, está en crisis a partir de la emersión de la problemática ambiental. Por lo que resulta conveniente admitir un concepto amplio del vocablo, y denominar a este tipo de delitos “delitos sin víctimas o con víctimas difusas.

En esa inteligencia, sobre los aspectos reseñados, cabe subrayar la situación del damnificado ambiental, o víctima del delito penal ambiental, que resulta tener un alto grado de comple-

jjidad, sin contar que en ellos puede encontrarse afectadas las generaciones futuras, nuevo grupo colectivo de derechos, que tutela la Constitución Nacional.

También el derecho penal ambiental deberá avanzar aún más en cuanto a la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos ambientales.

Pero a nuestro criterio y en función los cambios que, precedidos por una serie de antecedentes en la materia a nivel normativo y jurisprudencial, cristalizaron en la reciente sanción de la Ley N° 27.401 que consagra la responsabilidad penal empresarial por la comisión de delitos de corrupción y soborno internacional imponiéndose sanciones administrativas; se debería trabajar también en los delitos ambientales atento la importancia del desarrollo económico y ambiental sustentable. La normativa vigente ha permitido determinar la responsabilidad de los titulares de las empresas que contaminen (ver B.-U.F.I.M.A c/ Algipel S.A. y otros s/ infracción ley 24.051).⁵⁸

Por último, cabe concluir la perspectiva de análisis del tópico reseñado, daño ambiental y la reparación dispuesta *ex delicto*, con la adopción del criterio que se incline por la preeminencia de la recomposición del ambiente dañado, apuntando a sostener el acceso al derecho constitucional de gozar de un ambiente sano para las generaciones actuales y futuras; ello en virtud de la falta de eficacia que, en este sentido, caracteriza a la pena tradicional en esta materia

Aspectos normativos

Finalmente debemos destacar que en materia Penal la legislación argentina se encuentra en estado embrionario resultando imperioso y urgente la actualización de las escasas leyes específicas relativas al:

- Ilícito ecológico tales como la Ley N° 22.421 de Conservación de la Fauna que en sus artículos 24 a 27 tipifica la caza furtiva y su consecuente transporte, almacenamiento y comercialización.
- La Ley N° 24.051 de Residuos Peligrosos que en sus artículos 55 y 56 reprime las modalidades dolosas y culposas para aquellas personas que, utilizando los residuos a que se refiere la mencionada ley, envenenaren, adulteraren o contaminaren de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.
- Nuestro Código Penal vigente desde el año 1921 no regula de manera clara y concreta los delitos contra el ambiente, existiendo, en consecuencia, una gran dispersión de la legislación en materia ambiental, solo la mención de los delitos contra la salud pública (arts. 200 y stes.)

⁵⁸ Recuperado de: <https://www.diariojudicial.com/nota/82329>

- El Proyecto de nuevo Código Penal elevado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación el día 25 de marzo de 2019 y presentado ante la Comisión de Justicia y Asuntos Penales del Senado se introduce un nuevo Título (XXIII) referido a los "Delitos contra el Ambiente" que obedece a la necesidad de contar con figuras delictivas dolosas y autónomas que puedan convivir técnicamente con otros delitos, históricamente vinculados, como aquellos contra la salud pública nacional, provincial y la seguridad pública.

El proyecto no sólo ha tenido en cuenta lo actualmente regulado en la Ley de Residuos Peligrosos (24.051) sino que también incorpora a contaminación y otros daños al ambiente (Cap. 1); delitos contra la biodiversidad (Cap. 2); delitos contra la fauna silvestre (Cap. 3); maltrato y crueldad con animales (Cap. 4); delitos contra los bosques nativos y protectores (Cap. 5) y delitos contra el patrimonio genético (Cap. 6).

Así podemos reseñar que se incorporan:

- los delitos de contaminación y otros daños al ambiente, penadas con multa e inhabilitación cuando la contaminación: i) Torne no apta para la ocupación humana un área urbana o rural; ii) Impida el uso público de ríos; iii) Provoque el desplazamiento de los habitantes de las áreas afectadas; iv) Cause daños directos graves para la salud de la población; v) Se efectúe sobre un área natural protegida.
Se establece pena de prisión si como consecuencia de estas acciones resulta la muerte de alguna persona. También se tipifica la contaminación ambiental imprudente.
- Se prevén los delitos de maltrato y crueldad contra los animales, con penas de prisión y multa.
- Se establecen los delitos contra la biodiversidad. Se prevé pena de prisión para quien ilegalmente introduzca o libere en el ambiente un ejemplar de flora o fauna exótica o no autóctona si resulta perjuicio para un ecosistema o si se afecta el ciclo natural de reproducción o migración de una especie nativa o migratoria.
- En el mismo sentido, mediará prisión para quien ilegalmente introduzca en el ambiente organismos o microorganismos genéticamente modificados o elementos idóneos para poner en peligro la salud de las personas o los recursos de la flora, fauna o hidrobiológicos. También se sanciona la conducta de quien provoque incendios en bosques.
- Se incorporan los delitos contra la fauna silvestre u otros animales, con penas de prisión y multa y se tipifica la conducta de quien cace o pesque animales de la fauna silvestre en período de veda, de especies protegidas, en peligro de extinción o migratorias, en lugares prohibidos o protegidos o utilizando medios prohibidos.
- También se penaliza la conducta de quien impida o dificulte la reproducción o migración de animales de la fauna silvestre o de una especie en peligro de extinción, quien altere genéticamente una especie silvestre o en peligro de extinción y quien dañe o destruya un nido, refugio o criadero natural o altere su hábitat. La máxima se eleva si el

hecho se comete utilizando medios prohibidos, idóneos para provocar perjuicios en la especie de la fauna silvestre o en un área protegida o si el hecho se comete de modo organizado o con la intervención de tres o más personas.

- Se agregan los delitos contra los bosques nativos y protectores con pena de prisión y multa para quien ilegalmente desmonte bosques nativos o protectores, extraiga o tale árboles o ejemplares de flora de una especie protegida o en peligro de extinción, o contra especies protegidas de la flora silvestre o con métodos, o utilizando instrumentos o medios prohibidos idóneos para perjudicar una especie o en un área protegida.
- Finalmente se incluyen delitos contra el *patrimonio genético nacional*, con pena de prisión y multa para quien ilegalmente extraiga o comercialice recursos genéticos.

Este proyecto⁵⁹ no ha tenido aún tratamiento y se desconoce la voluntad política actual a su respecto, pero más allá de esta circunstancia debemos concluir que, en materia de Derecho Penal Ambiental está todo por hacerse. Y hay que hacerlo pronto.

Aspectos generales y procesales⁶⁰

Esta parte del capítulo pretende brindar un somero análisis del tratamiento del injusto ambiental en la justicia penal, mediante la aplicación del instituto compositivo de la suspensión de proceso a prueba.

Es sabido que las oficinas judiciales cuentan con diversos caminos que nos ofrecen los códigos procesales para arribar a la resolución del conflicto traído a los tribunales. Ahora bien, para el caso concreto de un conflicto penal-ambiental, resulta necesario fijar algunos mojones teórico-prácticos, de modo tal que, permitan graficar de manera positiva el resultado pretendido tanto para la administración de justicia penal, pero por sobre ello, para el ambiente en donde se tiende a la prevención, y la realidad penal se activa únicamente cuando un supuesto de hecho lesivo ha acontecido, es decir *ex post* daño.

Marco normativo

- El principio de legalidad. Dicho principio tiene expresa manifestación en el art. 18 de la Carta magna en cuanto dice “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. El mandamiento constitucional

⁵⁹ Proyecto de Ley Nuevo Código Penal Argentino (Título XXIII, capítulos referidos a los "Delitos contra el Ambiente"). Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/nuevocodigopenal/temas/delitos-contra-el-ambiente>

⁶⁰ Autor: Julio Díaz

expuesto exige indisolublemente una doble precisión de la ley en orden a los hechos punibles y a las penas a aplicar.

- Art. 41 CN y LPMA como la 25675 (tratadas en esta obra y a dicha parte remitimos)
- Leyes N° 22.421 y N° 24.051, mencionadas en la primera parte.

Un dilema temporal el ex ante y el ex post

Así las cosas, corresponde enfatizar el análisis respecto del daño ambiental y la reparación dispuesta *ex delicto*.

Previo a ello, no resulta ocioso destacar aquí las palabras de juez de la C.S.J.N., Ricardo L. Lorenzetti (Lorenzetti, 2008 Pág. 181), donde destacó que la esencia del derecho ambiental resulta “mutante, decodificante y herético, una invitación a una fiesta a la cual están convocadas todas las disciplinas clásicas del derecho, con la única condición que vengan todas con vestido nuevo.”

Existen diversos criterios sobre la conveniencia o inconveniencia de hacer predominar la sanción penal como respuesta a las agresiones al ambiente y, en función de ello, relegar la reparación a su lugar tradicional en el sistema penal al que estamos subordinados.

Mario Gustavo Costa sostiene que:

Parecería que las aspiraciones de mayor alcance para que la pena cumpla alguna función en la problemática ambiental deberían limitarse a configurar una trama de puentes de plata, un conjunto de alternativas que conviertan en más ventajosa para el posible depredador del entorno la conducta respetuosa del ordenamiento o que, incurrida la transgresión le ofrezcan la posibilidad de recomponer, de restañar a su costa y en tiempo apropiado el detrimento que irrogó, que desbarate o anule el componente de lucro ínsito en los episodios más complejos. De otro modo, la sanción penal, tardía por esencia, aún en el caso de imponer la obligación restauradora es probable que carezca ya de sentido.

Con esa restricción mencionada, en cuanto a la reparación y la pena, tal cuestión, está enmarcado en el conjunto de principios regulatorios de la cuestión ambiental, que irradiando desde el ámbito internacional hace que la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos ofrezca hoy un paisaje común (Estocolmo 72, Río 92, Johannesburgo 02 y nuevamente Río+20), lo que importaría la necesidad de una armonización entre las diversas ramas del derecho subordinando sus criterios generales a lo necesario para alcanzar aquellas metas.

Se han propuesto, en tal sentido, que principios jurídicos que ahora se presentan como exclusivos del derecho ambiental –entendido sólo como una nueva rama del derecho-, como el de precaución, prevención o sostenibilidad, deberían convertirse en principios generales de todo el ordenamiento jurídico.

Proceso compositivo

En el marco de las reformas de los códigos procesales penales, en pos de que se viene desarrollando en el país desde la década del 80 hacia adelante, nos encontramos en un punto muy próximo de afianzar el sistema acusatorio

Resulta necesario incorporar a este análisis las clarificantes palabras del profesor Alberto Binder (Binder 2018) respecto de la conveniencia de la aplicación del método compositivo en los casos como los aquí indicados:

Existen razones político criminales que fluyen claramente en el modelo compositivo, vinculadas tanto a la finalidad primaria de pacificación como a los mecanismos de relocalización, y que nutren una perspectiva de permanente reducción del poder punitivo, en favor de soluciones no violentas o de menor contenido de violencia, como tarea permanente de la justicia penal y no meramente circunstancial, como así tampoco como producto de una visión utópica sobre el sistema penal. Por otra parte, la situación actual de la justicia penal en nuestro país, atravesada por mecanismos estructurales de ineficacia -y por lo tanto de razonable desprestigio social- debe buscar en los mecanismos compositivos un conjunto de herramientas que le permitan relacionarse de un modo más sano con las personas y comunidades victimizadas y la sociedad en general. Recordemos que el fenómeno que hemos denominado crisis externa al sistema penal, es decir, la debilidad o ausencia de otros mecanismos de gestión de los conflictos, provoca el desplazamiento de muchos de ellos hacia el sistema penal, generando una sobrecarga endémica, que reduce o anula el escaso margen de maniobra que de por sí tiene el sistema penal para provocar respuestas con algún valor social positivo. Frente a esta dinámica social tan perniciosa, como respuesta a la inflación punitiva, se deben integrar tres estrategias distintas: por un lado, el urgente fortalecimiento de los otros niveles de intervención en la conflictividad; por otro, la restricción de permisos legislativos para usar los instrumentos penales (descriminalización) y, finalmente, dotar a la justicia penal de mecanismos internos que permitan construir soluciones que, en sentido estricto, forman parte de otros niveles de gestión de los conflictos, por más que se desarrollen dentro del campo de la justicia penal. Mediante este último mecanismo (relocalización) permitimos que el sistema penal no quede inerte frente a la sobrecarga endémica, contribuya al fortalecimiento de los otros niveles, dándole a la sociedad mejores herramientas para obtener las mismas finalidades de evitar la violencia y el abuso de poder y evitamos el desgaste permanente de la legitimidad de la justicia penal. Estos mecanismos que vuelven a ubicar la respuesta al conflicto en otros niveles del Sistema Institucional de Gestión de Conflictos no son una mera estrategia adaptativa sino el mecanismo permanente de una política criminal minimalista, de base democrática y fundada en los principios de "ultima ratio", que no puede ser entendido como un principio "débil" que le da consejos morales al legislador, sino como una regla de efi-

cacia de la propia política criminal que permite tomar la selección de casos como el principal mecanismo de la justicia penal y, en ese sentido, nos permite también dar debates políticos sobre la orientación político criminal dentro del sistema. En consecuencia, los distintos principios que conforman la regla general de “ultima ratio” (economía de la violencia, flexibilidad para realizar soluciones no punitivas, no naturalización, mínima intervención, etc.) nos permiten comprender los problemas de eficacia de la persecución penal como un problema real y no meramente simbólico o conceptual. En consecuencia, la existencia del proceso compositivo responde a diversos intereses y dimensiones. Algunos de ellos cumplen funciones estratégicas, tales como responder a la sobrecarga endémica de la justicia penal; otros, por el contrario, tienen que ver con algo más profundo, tal como lo es el diseño de una política criminal que no puede ser dispendiosa con la violencia del Estado, si es que quiere cumplir al menos algunas funciones sociales positivas (siempre claro está en un sentido histórico y relativo), y por ello debe propiciar la economía de esa violencia, así como la construcción de salidas de mayor calidad.

Ahora bien, el sistema procesal penal de la justicia federal, se encuentra en pleno proceso de adaptación al sistema acusatorio, y en tal coyuntura, el proceso compositivo adquiere una fuerza significativa, generando una oportunidad enorme para ser el mejor ropaje que le quepa a este tipo de conflictos penales ambientales.

En tal sentido, resulta loable avocarse a una visión minimalista de la política criminal, de base democrática y fundada en los principios de *ultima ratio*, y aprovechar la dotación que realiza el sistema acusatorio al sistema penal, brindándole herramientas internas que permiten construir soluciones que forman parte de otros niveles de gestión de conflictos por más que se desarrollen en el marco de la justicia penal.

La inutilidad de la perspectiva infraccional del derecho penal

En el estadio que se encuentra la dinámica evolutiva del derecho penal, tratar de tomar esta herramienta coercitiva como un instrumento que solo responde ante el incumplimiento del mandato legal en sí mismo, es sostener una idea inocua, impropia e ineficaz para atender la conflictividad social de estos tiempos.

Tampoco puede seguir sosteniéndose que la pena repara el interés público y la reparación civil el interés privado.

Todas las respuestas que la justicia penal brinda, constituyen modos de conjugar las diversas dimensiones de una reparación completa, donde los intereses públicos y privados, en sus diferentes variantes (como en el *sub examine* intereses colectivos/difusos), se pueden ver satisfechos por las dimensiones de esa reparación o por los muy amplios modos de combinar esas dimensiones.

Discernir estas relaciones, bajo parámetros de comprensión nuevos, constituye un paso necesario para poder fijar con claridad la preeminencia y el alcance del proceso compositivo respecto del juicio de conocimiento, y para comprender las complejas formas de desarrollo de la política criminal en la sociedad democrática moderna.

La finalidad de la pena vinculada a los casos ambientales y el principio contaminador pagador

Ahora corresponde reflexionar sucintamente acerca del polémico principio contaminador-pagador, útil en algunos campos y una suerte de oropel las más veces, pese a la buena prensa de la que goza en determinados ámbitos jurisdiccionales.

Como lo refiere el Profesor Mario Gustavo Costa: “la reparación, en ese contexto, debe ser concebida en clave de restauración.”

A partir del texto constitucional de 1994 (*art. 41*), la doctrina argentina ha trabajado el significado de recomponer el daño ambiental. En ese orden, se puso énfasis en diferenciar esa noción respecto del mentado principio contaminador-pagador. Y, en concordancia, queda claro que la recomposición va más allá de la mera conservación o mantenimiento, implica un acompañamiento dinámico para neutralizar el impacto sobre el medio natural.

Un aspecto esencial a la hora de insertar institutos como el propuesto fluye del principio de igualdad. Si por arte de la reforma legal se transmuta en una versión mimética de “quien contamina paga”, se estaría dando una facilidad tangencial a quien posee medios económicos por sobre el que carece de ellos.

Cerrando el análisis sobre el mandato constitucional de recomposición en el sistema penal, cabe mencionar que los bienes jurídicos supraindividuales, generan una mayoría de situaciones en las que la víctima viene a ser el conjunto de la sociedad afectada, sin perjuicio de que pueda haber afectados identificables.

En el primer supuesto, la reparación deberá ser ofrecida a la comunidad y controlada su ejecución por órganos estatales y una intensa supervisión por los diversos estamentos de aquella, como podrían resultar representantes del Ministerio Público Fiscal especializado (UFIMA), Defensoría del Pueblo Nacional, Provincial o Municipal, asociaciones civiles, etc.

Cualidades elementales del magistrado ambiental en el proceso penal

Resulta por demás conocido que quienes hoy, y en el pasado reciente, se han encargado de resolver conflictos ambientales en sede judicial no se encuentran provistos de una formación académica acorde a tal problemática.

Esta falta, no solo corresponde a la voluntad de los magistrados, sino más bien a los viejos programas de las carreras de grado de ciencias jurídicas, las cuales hasta el día de la

fecha no encuentran una materia dedicada a dicha especificidad, más allá de avances curriculares parciales. Máxime que los jueces en materia ambiental no deben limitar su función exclusivamente al escenario propio del trámite de los procesos que tienen como objeto una controversia jurídica de determinada naturaleza. Dicha función tiene una trascendencia mayor que la meramente procedimental.

Por tal razón, la función corresponde ser analizada desde la perspectiva del sistema de fuentes que regulan la materia ambiental; del ámbito constitucional, legal, reglamentario y normativo; desde la función del legislador en la regulación relativa al ambiente; del poder reglamentario de la Presidente de la República y el poder normativo de las autoridades ambientales; desde la función del Juez en el Estado Social de Derecho; del acceso a la justicia ambiental; del papel del Juez Constitucional, Administrativo, penal, Civil.

Plantear estos problemas desde la concepción misma del tribunal, obligará al magistrado ambiental a utilizar razonamientos bajo un amplio camino crítico, permitiendo realizar resoluciones acordes al problema ambiental planteado, sin llegar a dilaciones innecesarias o fallos imposibles de cumplir.

Activismo-garantismo, falsa dicotomía en el perfil del magistrado penal-ambiental

Dicho magistrado debe conducir el proceso judicial en procura de la protección ambiental por encima del planteo ceñido por las partes.

Con tal fin, es dable esbozar brevemente lo que se entiende por estas conceptualizaciones y cómo impactan en la gestión del servicio de justicia.

Gustavo Calvino explica que el activismo judicial o jurisdiccional es:

la actividad del órgano jurisdiccional, adquiere un grado de preponderancia tal, que en algunas ocasiones no es difícil traspasar el límite □ que indica que la autoridad, al igual que todos, debe obedecer el derecho □ y desembarcar en el decisionismo voluntarista. El rol del juez es protagónico, y es el encargado de hacer justicia, su justicia, en el caso concreto.” Mientras que garantismo judicial es aquel “irrestricto respeto de los derechos y garantías reconocidas por las constituciones nacionales y los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se cristalizan en el proceso, que representa la garantía de garantías y constituye el instrumento por antonomasia para hacer efectivizar todos y cada uno de los derechos reconocidos explícita o implícitamente por el macrosistema político y social.

Pues bien, en este orden, cabe consignar que el esquema clásico jurisdiccional que concibe al juez neutral, pasivo, quieto, legalista, no resulta la adecuada para afrontar la administración de justicia ambiental.

La modalidad de tutela ambiental efectiva se orienta hacia un juez con “responsabilidad social” o sea independiente a cabalidad pero comprometido, no desde luego con la orientación política circunstancial del gobierno del Estado sino con el sentido de ayudar a facilitar, lógica y

razonablemente, es la que se pretende para dirigir esta judicatura y no un juez pasivo, quieto, neutral (con relación al ambiente).

Lo cierto es que la idea de que un magistrado ambiental se encuentra en el centro del ring con posición de mero mediador, equidistante, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes, ha quedado atrás.

Por lo tanto, tal como bien lo dice Néstor Cafferatta en su artículo “El Perfil del Juez”:

la naturaleza del litigio ambiental, por envolver una invariable axiológica, impele al juez a que salga de su papel pasivo, y asuma, de alguna manera, la responsabilidad por la cura de una relación docente entre el derecho y la vida. Por ello se ha dicho con razón, que el juez no puede ser neutro en materia ambiental. Debe partir del presupuesto que el medio ambiente está, de antemano, protegido.

En consecuencia, puede afirmarse que no resulta incongruente el perfil garantista —en razón de que es que quien vela por la protección del medio ambiente como derecho humano básico en el ejercicio de su función judicial, lo realizará tanto cumpliendo con el mandato constitucional de protección del ambiente (art. 41 de la CN), como ciñéndose al sistema de garantías fijado en el debido proceso legal— ambiental.

Por su parte, no resulta ocioso mencionar el esquema que existe en un proceso penal acusatorio, en el cual, en el afán de dar cumplimiento a otra manda de raigambre constitucional, se encuentra la administración de justicia ecuánime y equilibrada (antinomia fundamental), sosteniendo la puja existente entre dos partes antagónicas, a saber, por un lado el sistema de garantías (debido proceso en razón del imputado), y por otro el sistema político criminal (derecho de las víctimas y la acusación).

Ahora bien, sin perjuicio de lo referido, quien se encuentra frente a un conflicto penal-ambiental, no puede ser indiferente frente al deber de cuidado del medio ambiente y debe ponderar tanto el sistema penal (art. 18 y 28 de la CN) como el sistema jurídico ambiental (art. 41 de la CN), y así, de la conjunción de tales procesos poder brindar la mejor respuesta al conflicto traído al órgano jurisdiccional.

En suma, amalgamar estos sistemas jurídicos de rango constitucional, implica primeramente identificar el conflicto penal, el bien jurídico presuntamente lesionado, delimitar partes en el proceso, determinar el interés superior del caso concreto, establecer si existen los extremos para optar por un proceso compositivo, verificar si se dan los presupuestos normativos para aplicar el instituto *probation* -tanto ambientales como procesal penales- o de lo contrario, continuar hacia el proceso de conocimiento que permita dar certeza al hecho dañoso que se endilga al imputado, para consecuentemente, encontrar una respuesta sancionadora acorde el bien jurídico lesionado y por sobre todas las cosas, encauzar la mejor recomposición ambiental posible.

El caso Plomer S.A: una experiencia diferente

Citaremos el abordaje efectuado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata en el caso Plomer SA.⁶¹, industria frigorífica que presuntamente habría vertido efluentes líquidos indebidamente tratados en el arroyo “El Durazno”, un cuerpo de agua lindero a la planta industrial.

En el mencionado legajo judicial puede cristalizarse las distintas aristas enunciadas en este trabajo, toda vez que la mencionada magistratura hizo lugar a un pedido de aplicación del instituto *probation*, solicitado por la defensa del titular de la empresa, quien ofreció -a modo de reparación del daño ambiental endilgado-, la adecuación de una planta de tratamiento de efluentes ajustada a la normativa ambiental vigente, un monto dinerario (\$ 50.000 mil pesos), para ser aplicado a alguna tarea de recomposición ambiental que el tribunal considere, y 24 reses de carne vacuna para ser entregadas al comedor del hospital de Niños “Sor María Ludovica” de La Plata.

La sustanciación de la suspensión del proceso a prueba tuvo el consentimiento del Ministerio Público Fiscal, quien en la audiencia de fecha 2 de marzo de 2018, además solicitó que el titular de la empresa se someta al control del patronato de liberados por el término de un año, petición que tuvo acogida favorable por el tribunal. Además, la magistratura impuso al imputado, cláusulas compromisorias adicionales a las impuestas por ley, como lo fueron el cese de la actividad inmediato hasta acreditar poseer el certificado de aptitud ambiental correspondiente.

Vale agregar que el TOCF, mediante la Mesa de Responsables Académicos de Licenciaturas Ambientales de Universidades Nacionales, articuló con uno de sus integrantes, la Universidad Nacional Arturo Jauretche, la implementación de una propuesta de remediación en la localidad de Plomer, partido bonaerense de Las Heras, lugar donde se afincan la industria frigorífica, consistente en el “Análisis de la contaminación y remediación socioambiental en la cuenca del arroyo El Durazno en Gral. Las Heras”; asignando los fondos aportados por el imputado para lograr el objetivo del mentado plan.

Dicha tarea, se articula entre Municipalidad y Universidad y se encuentra en la etapa final, aguardando que la pandemia termine, para lograr culminar su ejecución y el informe pertinente al Tribunal.

Ya en noviembre de 2013 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, ante una causa donde se imputaba un presunto daño ambiental, se había pronunciado con un criterio similar al del frigorífico Plomer, inclinándose por la preeminencia de la recomposición del ambiente dañado, por sobre la visión de una lógica penal meramente infraccional. Esto puede

⁶¹ Ver causa nro. FLP 54005345/2009, caratulada “PLOMER SA. s/Infracción ley 24.051 (art. 55 y 57)”, registro interno del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de La Plata. Recuperada de:

<http://lex100.pjn.gov.ar/lex100/web/expediente/expedienteCompleto.seam>.

verse en legajo nro. FLP 91002949/09, caratulada: AUGUSTO, Antonio y otros s/ infracción a la ley 24.051, del registro del mentado Tribunal.

Finalmente, es dable decir que esta experiencia avala de manera concisa, que pensar al derecho penal ambiental de un modo integral, transversal, en relación directa a las las problemáticas sociales que de él devienen, asumiendo un rol protagónico y creativo por parte de operador judicial, y enlazando todo ello a las herramientas jurídicas propias de los sistemas jurídicos mencionados, permiten de alguna manera, hacer efectivo el derecho constitucional de gozar de un ambiente sano tanto para la generación actual como para las futuras.

Resumen de lo aprendido

- A partir del conocimiento de la evolución doctrinaria y legislativa abordar claramente los ámbitos de actuación de cada una de las ramas del derecho estableciendo como prioridad la prevención de conductas que atenten contra el ecosistema y dejando en claro que la disciplina penal posee un rol secundario debiendo, en consecuencia, actuar subsidiariamente.
- Se han dejado planteados los retos que deberán enfrentar los operadores en cada caso en particular por la afectación de bienes jurídicos supraindividuales que afectan a la sociedad en su conjunto, permitiendo en consecuencia la participación y el control de órganos estatales o Asociaciones Civiles, etc.
- Lo aportado por este trabajo pretende generar la posibilidad de reflexionar acerca de algunos conceptos dogmáticos tradicionales del derecho penal, tales como: la inutilidad de la perspectiva infraccional; la finalidad de la pena vinculada a los casos ambientales, y otros conceptos procesales, como la oportunidad que nos brinda el sistema acusatorio pleno con la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal Federal, la eficacia del proceso compositivo en el marco de un proceso penal y su implicancia en el tratamiento judicial de los conflictos ambientales.
- Se ha planteado el estado embrionario del Derecho Penal Ambiental y la necesidad de su desarrollo legislativo.

Preguntas disparadoras

- Ante un hecho de daño ambiental, ¿cómo actúa el sistema Penal?
- Analizando la normativa legal vigente en materia penal. ¿Considera que el Poder Judicial cuenta con herramientas suficientes para el tratamiento de delitos que afecten al ambiente en forma integral? ¿Qué alternativas posee el sistema penal ante la lesión del bien jurídico ambiente?

- ¿Considera que una sanción penal puede resultar eficaz y actuar como herramienta disuasiva de conductas que atenten contra nuestro ambiente?
- ¿Qué opina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en delitos de naturaleza ambiental? ¿Se debe hacer extensiva a las mismas? Y en su caso, ¿qué sanciones se deberían imponer?
- ¿Cuáles son los aspectos positivos de la perspectiva infraccional del derecho penal? ¿Y en relación a la protección del ambiente?
- ¿Qué es el activismo judicial? ¿Qué impacto tiene en la magistratura ambiental?
- ¿Resulta adecuado un fuero especial en materia ambiental? ¿Cuáles son las cualidades que deben tener un operador judicial en la administración de justicia ambiental?

Referencias

Binder, Alberto (2018). *Bases conceptuales para una teoría del proceso compositivo en la justicia Penal*. Recuperado de:

https://www.academia.edu/40451837/BASES_CONCEPTUALES_PARA_UNA_TEORIA_DE_L_PROCESO_COMPOSICIONAL_EN_LA_JUSTICIA_PENAL

Calvinho, Gustavo (2012) *Activismo Judicial Vs. Garantismo Procesal: preguntas y respuestas*. Disponible en <http://gustavocalvinho.blogspot.com/2012/11/activismo-judicial-vs-garantismo.html>

Cafferatta, Néstor (sin fecha) *El Perfil del Juez*. Recuperado de:

<http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/jurisprudencia%20ambiental/Perfil%20del%20Juez.pdf>

Lorenzetti, Ricardo L (2008) *Teoría de la decisión Judicial* Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni
Muñoz Conde, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, Sevilla.

Maier, Julio B. *La víctima y el sistema penal*, en la obra colectiva “De los delitos y de las víctimas”, Ed. Ad-Hoc.

Zarza Nerea (2020) *Diferencia entre Derecho Ambiental y Derecho Ecológico*. Recuperado de: <https://www.ecologiaverde.com/diferencia-entre-derecho-ambiental-y-derecho-ecologico-1819.html>

Recursos adicionales

G. O. A. y otros s/ infracción arts. 55 y 56 ley 24.051 Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba Sala/Juzgado: A Fecha: 6-ago-2018 Cita: MJ-JU-M-113785-AR | MJJ113785 | MJJ113785 en el que se resolvió que el fuero federal es competente para investigar la supuesta contaminación ambiental derivada de irregularidades vinculadas al funcionamiento de una estación depuradora de aguas residuales.

U.F.I.M.A c/ Algipel S.A. y otros s/ infracción ley 24.051 Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de San Martín Sala/Juzgado: I Fecha: 9-ago-2018 Cita: MJ-JU-M-113364-AR | MJJ113364 | MJJ113364. En el que se confirmó el procesamiento de los titulares de la curtiembre que volcaban a la red pluvial sustancias cuyo contenido superó los parámetros exigidos para considerarlos desechos inocuos para la salud y el ambiente. (art. 55, primer párr. de la Ley 24.051).

Mensaje a los gobiernos y a los líderes del mundo. Recuperado de:

<http://www.labaldrich.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/Mensaje-Ambiental-de-Juan-Domingo-Per%C3%B3n-a-los-Pueblos-y-Gobiernos-del-Mundo-%E2%80%93-Madrid-1972.pdf>

Integración conceptual entre los capítulos

1. Si no entendemos la complejidad de lo ambiental en sus multidimensiones y no alcanzamos a visualizarla, resultará casi imposible que pretendamos aplicar el derecho a un objeto que idealizamos y no sabemos cómo funciona. Adicionalmente se explicitan los vínculos e intereses subyacentes con lo ambiental para explicitar sistemas de abordajes que facilitarán la tarea.

2. Por tanto, situados en la realidad ambiental, hay que identificar claramente los actores directos o indirectos de toda controversia ambiental, para integrarlos o en un procedimiento administrativo o en una causa judicial, y para ello la mirada de 360 grados es clave para ubicarlos como protagonistas del caso singular o macro (individual o colectivo), conforme sus expresiones organizacionales privadas o públicas, o bien sociales. Los reduccionismos en esta tarea de saber quiénes hacen o inciden en los supuestos en análisis dificultarán el encauzamiento del tema.

3. Tener una mirada completa de la normatividad ambiental, nacional y supranacional tanto en sus jerarquías, operatividades, principios y complementariedades es clave para la labor de encuadre de todo operador jurídico. Como igualmente, advertir algunas líneas que fija la jurisprudencia, aunque necesariamente no exista seguridad que se aplicará al caso en estudio.

Máxime en un país federal, con diversas tipologías municipales y regiones tanto interprovinciales como intermunicipales, sin olvidar que con independencia de la interdisciplinariedad todo termina en algún sistema regulado.

4. Entrados a un proceso ambiental singular o colectivo (local o federal), deben advertirse las diferencias con los procesos conocidos en cuanto sus originalidades, el rol dinámico del juez, la complejidad probatoria, las responsabilidades objetivas, la inversión de las cargas, los efectos de la sentencia, y la dificultad de su ejecución. En tal sentido la causa Mendoza es un libro abierto de enseñanzas en el tema y una guía de referencia orientadora.

5. Como un tema singular los tipos penales ambientales carecen de una adecuada sistematización propia de un código que carece de unidad y sufre los efectos de las incorporaciones asistemáticas, y en nuestro caso la dispersión de algunas figuras e insuficiencia de las

vigentes. Resulta interesante tener como referencia nuevas propuestas normativas. En una sociedad que vaya mutando valores de lo singular a lo solidario, lo penal ambiental adquiere nuevas dimensiones, resultando interesantes algunos avances procesales en cuanto a responsabilidad de personas jurídicas y experiencias de mejor impacto como consecuencia de las sanciones adoptadas.