



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

**Escuela de Posgrado de Derecho
Maestría y Especialización en Derecho Penal**

**Régimen penal de residuos peligrosos. Capítulo
IX. Ley 24051.**

N° 42

Eloísa Rodríguez Campos

Departamento de Investigaciones
Diciembre 2008

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

Contenidos

CAPITULO I.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO II.....	5
1. ¿DEBE PREVENIR EL DERECHO PENAL?	5
1.a) Derecho Penal Retributivo.....	6
1.b) Derecho Penal Preventivo.....	6
2. NUESTRA POSTURA.....	7
3. CONSTITUCIÓN NACIONAL COMO MARCO DE REFERENCIA.....	7
4. EL OBJETO TUTELABLE.....	8
4.a.) Posturas doctrinarias.....	8
4.b) Concepto de Bien Jurídico	9
4.b) I La teoría personal del bien jurídico	9
4.b) II Teoría de la protección autónoma de bienes colectivos.....	9
CAPITULO III.....	10
1. NORMATIVA PENAL AMBIENTAL ARGENTINA.....	10
1.a) El Código Penal.....	10
1.a) I El artículo 200.....	10
1.a) II El artículo 202.....	10
1.a) III El artículo 203.....	11
1.b) Ley 22.421.....	11
2. LEY 24051. RESIDUOS PELIGROSOS	12
2.a) Naturaleza de Ley 24051	13
2.b) ¿Cómo se compatibiliza las leyes 24051 y 25612?	14
3. PRINCIPALES RASGOS DE LEY 25612	15
CAPITULO IV	16
1. ESTRUCTURA DEL CAPITULO IX LEY 24051	16
2. POSTURAS SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.....	16
3. NUESTRA POSICIÓN: LA SALUD PUBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	17
CAPITULO V	19
1. LA FIGURA DOLOSA: ART 55	19
2. CONCURSO CON LA NORMATIVA DEL CÓDIGO PENAL.....	19
3. EL TIPO OBJETIVO	20
3.a) Las Acciones típicas.....	20
3.b) El medio comisivo: el residuo peligroso	21
3.b) I Concepto de residuo	21
3.b) II Desecho o abandono... ¿es fundamental el elemento económico?.....	24
3.b) III Los residuos domiciliarios	25
3 b) IV Residuos patológicos.....	25
3 b V Cuadro Sinóptico de Residuos Peligrosos	26
4. LAS OBJETIVIDADES MATERIALES	26
5. LOS DELITOS DE PELIGRO	27
5 a) Ley 24051 como tipo de peligro abstracto.....	28
5.b) Nuestra postura: Ley 24051 como tipo de peligro concreto	28
6. LA FIGURA CULPOSA: ART 56	29
7. LA AGRAVACIÓN POR EL RESULTADO.....	30
CAPITULO VI	30
1. ART 57: PERSONA JURÍDICA Y PARTICIPACIÓN	30
2. ACTUAR EN LUGAR DE OTRO	31
3. UTILIZACIÓN DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN. DOCTRINA DE LA POSICIÓN DE GARANTE	32
4. RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	32

CAPITULO VII	33
1. ART 58: COMPETENCIA.....	33
2. LA LEY 25.612 ¿REGULA LA COMPETENCIA PENAL?.....	33
3. ARGUMENTOS QUE DEFIENDEN LA COMPETENCIA PROVINCIAL EN MATERIA PENAL DE LA LEY 24.051.....	34
3.a) Es inconstitucional delegar competencia federal a delitos comunes	34
3.b) El art 1 LRP integra el tipo delictivo.....	35
3.c) La voluntad del legislador. El fallo Lubricentro impone una postura.....	35
4. NUESTRA POSTURA: COMPETENCIA FEDERAL DE LA LEY 24.051	36
4.a) La voluntad del legislador.....	36
4.b) La Facultad del Congreso de legislar en materia de derecho de fondo.....	37
4.c) El art 1 de la ley 24051 no integra el tipo penal.....	38
4.d) Las características de la justicia federal.....	38
4.e) Ley 24051 como parte de acuerdos internacionales.....	38
4.f) El proyecto de ley 24.404, vetada por el Poder Ejecutivo y archivada por el Legislativo.....	39
5. JURISPRUDENCIA	40
 CAPITULO VIII	 41
1. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN	41
1.a) Relación entre conducta y resultado	41
1.b) La imputación en el ámbito de la teoría del delito	41
2. ¿QUÉ REQUERIMOS COMO CONEXIÓN CAUSAL? LA CAUSALIDAD COMO PARTE DEL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN.....	42
2.a) La categoría de determinación a aplicar en delitos ambientales.....	42
¿Qué categoría aplicaríamos a los delitos ambientales?	42
3. LEYES CAUSALES Y ESTADÍSTICAS	43
3.a) Las variables	43
3.b) La estadística	44
4. ESTADÍSTICA VS. IN DUBIO PRO REO	44
5. LAS AUTORIZACIONES ADMINISTRATIVAS	46
5.a) La dependencia del derecho penal respecto al administrativo.....	46
5.b) La independencia del Derecho Penal respecto al administrativo.....	46
6. EXIGENCIAS PROBATORIAS	48
6.a) Puntos de pericia.....	49
6.b) Convenio con instituciones científicas.....	50
 CAPITULO IX	 50
1. CONCLUSIONES	50
2. PROPUESTA FINAL.....	53
 BIBLIOGRAFIA.....	 55

Capítulo I

1. Introducción

El tema elegido para esta tesis es el Régimen Penal de Residuos peligrosos, con especial referencia al Capítulo IX de la Ley 24051.

El estudio del mismo reviste gran importancia, por existir en la actualidad una mayor conciencia sobre la necesidad de proteger el medio ambiente y en miras de satisfacerla, se confunde el rol del derecho penal buscando en el mismo el medio de solución a los problemas ambientales.

El objetivo de la presente tesis es el análisis y correcta interpretación del régimen penal ambiental argentino actual a fin de evitar la violación del verdadero carácter de última ratio del sistema jurídico criminal y el desvío de su efectiva aplicación.

Partimos de la idea que en nuestro país el medio ambiente no está rotegido en forma autónoma. El mismo se resguarda en forma indirecta mediante la tutela del bien jurídico salud pública.

Nuestro trabajo no abordará las propuestas existentes sobre una futura política ambiental, y nos centraremos en el estudio de la ley 24051, que es sin dudas, la ley de carácter ambiental de mayor aplicación penal.

Estudiaremos el origen, sentido y alcance de la Ley de Residuos Peligrosos, analizando cada uno de los artículos de su Capítulo IX, su aplicación por la jurisprudencia y las diferentes posturas ante los temas generales que plantea el derecho penal en delitos no convencionales.

Analizaremos la problemática existente en torno a la competencia, a la responsabilidad de las personas jurídicas y nos enfrentaremos a las supuestas imposibilidades de demostrar la existencia de un nexo causal entre la conducta y la lesión del objeto del bien jurídico protegido (imposibilidad que justifica o es la razón muchas veces de que sean aceptadas las figuras abstractas dentro del derecho penal)

Reflexionaremos sobre el derecho penal como última ratio y si esto significa tanto como que no pueda constituir una vía interesante a utilizar en la lucha a favor del medio ambiente – aunque sea en forma indirecta- pero asegurando efectividad.

Trataremos de demostrar que es erróneo el constante intento de forzar el espíritu de las leyes penales en aras de lograr una efectiva punición a las violaciones al medio ambiente, y que resulta inminente una correcta interpretación de la ley 24051 con el convencimiento de que no se precisa acudir a tipos abstractos para lograr una real y cierta aplicación de la misma

En la tesis, pretendemos afirmar una postura exigente frente a la interpretación de las normas legales, en especial, por no considerar la protección autónoma del medio ambiente y por exigir peligro concreto para la configuración del tipo penal, concluyendo, que no es necesario violentar la norma para lograr un efectivo y eficaz rol del Derecho Penal, que es sin dudas, el camino correcto para un adecuado respeto a las garantías constitucionales

Capítulo II

1. ¿Debe prevenir el derecho penal?

En la actualidad se confunde el rol del derecho penal buscando en el mismo la solución a los problemas ambientales.

Los incendios forestales, las grandes fábricas, los experimentos atómicos, el tránsito, la contaminación del ambiente, nos muestran “el riesgo” como un factor determinante de las catástrofes del medio ambiente.

En palabras del sociólogo Ulrich Beck¹ estamos en presencia de lo que se ha dado en llamar la “sociedad del riesgo”² que puede sintetizarse en tres realidades o bloques: los nuevos riesgos, la dificultad

1. ULRICH BECK. La sociedad del riesgo global. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002 capítulo 7 “Retorno a la sociedad del riesgo: teoría, política, críticas y programas de investigación”

2. La misma hace referencia a un nivel de desarrollo en el que las bases de la organización social reposan, fundamentalmente, sobre la distribución, más o menos consensuada de aquellas consecuencias, poco o nada anticipables, derivada de la toma de decisiones de relevancia pública, o sea, los riesgos. Justamente, el gran problema a ser enfrentado en este nuevo modelo social es la inseguridad.

de imputar responsabilidades y la sensación de inseguridad social reinante³.

El riesgo se hace ciertamente parte integral de la vida civilizada.

Ante estos nuevos desafíos se crean nuevas necesidades y consecuentes demandas de seguridad. Se exige la protección de los derechos frente a una sociedad que produce, debido a su propia estructura, peligros para los bienes jurídicos.

En suma, todo ese conjunto de factores activa demandas de intervenciones socioestatales que permitan controlar tales riesgos y aplacar tales temores, y a eso se aplica, entre otros mecanismos sociales, la política criminal.

Al no poder calcular con seguridad los efectos de los mismos, los riesgos tienden a comprometer a las próximas generaciones y se exige que el Derecho Penal renuncie a la percepción del bien jurídico en aquellos ámbitos que tienen relación con la garantía de futuro o que incorpore en su resguardo la categoría de bienes jurídicos colectivos⁴.

Surge entonces preguntarnos: ¿cuál es la aptitud del sistema criminal para erigirse en factor de protección para bienes futuros? Ante el presente interrogante se entablan dos posturas diametralmente opuestas:

1.a) Derecho Penal Retributivo: El Derecho penal NO es un medio de seguridad para las generaciones futuras.

“Los nuevos riesgos no son imputables con las reglas vigentes de causalidad, culpabilidad y responsabilidad”⁵ por lo que no aparece prima facie como un medio adecuado para enfrentarse a esa aspiración. Tal es, en particular, la tesis sustentada por la llamada “Escuela de Frankfurt”. Por parte de este sector doctrinal se sostiene que la pretensión de regular con el Derecho penal procesos sistémicos y macrosociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad, le haría perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva y abandonando el fin básico que tiene el Derecho Penal y que consiste en la protección de las esferas personales de la libertad. Sostienen que “se perdería a su vez los límites garantísticos y que dicha empresa estaría condenada a la ineficacia, ya que sus funciones serían puramente simbólicas legitimando el poder público o el fomento de actitudes morales hacia determinados temas de actualidad como el medio ambiente”⁶.

1.b) Derecho Penal Preventivo: El Derecho penal SI es un medio de seguridad para las generaciones futuras.

Schünemann afirma que la Escuela de Frankfurt “no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio tecnológico”, viniendo a dar prioridad a “la más absurda apetencia del individuo egoísta” frente “a las condiciones de vida de las generaciones futuras”⁷. Para este sector doctrinal, la protección del futuro (considerando especialmente al medio ambiente) viene a convertirse en uno de los intereses esenciales a proteger por parte del ius puniendi, y ello se fundamenta precisamente en la improrrogable necesidad de garantizar la supervivencia del futuro de la especie humana “¿En qué ámbito podría ser más imprescindible el Derecho penal como

3. Por un lado, la generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, afectantes a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas, en concreto, serían consecuencias colaterales de la puesta en práctica de nuevas tecnologías en muy diversos ámbitos sociales; tales riesgos resultan de difícil anticipación y suelen basarse en fallos en el conocimiento o manejo de las nuevas capacidades técnicas. Por otro lado, se aprecian crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas individuales o colectivas. A la ya citada problemática previsión de su aparición, se añade la realidad de unas actividades generadoras de riesgos que se entrecruzan unas con otras, de manera que el control del riesgo no sólo escapa al dominio de uno mismo, sino que tampoco está claro en manos de quién está; se hacen ineludibles criterios de distribución de riesgos que no satisfacen plenamente las exigencias de imputación de responsabilidad. Finalmente, en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, por las dificultades con que tropieza el ciudadano medio para comprender el acelerado cambio tecnológico y acompañar su vida cotidiana a él, y por la extendida percepción social de que la moderna sociedad tecnológica conlleva una notable transformación de las relaciones y valores sociales y una significativa reducción de la solidaridad colectiva. Así lo considera DÍEZ RIPOLLÉS José L al referirse a las tres realidades que pueden delinearse en la nueva sociedad: “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005, núm. 07-01 RECPC 07-01 (2005) - <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

4. DONNA, Edgardo Alberto: “¿Es posible el Derecho Penal Liberal? Delitos contra las personas – I” Revista De Derecho Penal 2003-1 ED. Rubinzal Culzoni, Bs As 2003

5. MENDOZABUERGO, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, p. 93. Cfr. HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad, pp. 30-38; 46-63. Vid. asimismo, ALBRECHT, HERZOG, ADPCP 1993, p. 317 citados por ALCÁCER GUIRAO, Rafael; “La Protección del Futuro y Los Daños Cumulativos” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005, núm. 07-01 RECPC 04-08 (2002) - <http://criminnet.ugr.es>

6. ALCÁCER GUIRAO, ob cit, párrafo IV

7. SCHÜNEMANN, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual del Derecho penal, ADPCP 1996, pp. 193 y 194, respectivamente cit por ALCÁCER GUIRAO, ob cit, párrafo IV

acto de legítima defensa de la sociedad que para el aseguramiento de las bases de la supervivencia de la humanidad?”, se pregunta Schünemann⁸.

2. Nuestra postura

Hemos mencionado brevemente que, ante esta nueva sociedad de riesgo con sus particulares características se enfrenta una postura retributiva a una preventiva⁹.

Ante la pregunta inicial sobre si debemos seguir extendiendo el derecho penal hacia bienes futuros la respuesta es negativa.

Nuestra posición parte de la idea de que el principio de mínima intervención es la piedra fundamental para el análisis del hecho punible. Considerar y defender al Derecho Penal como instrumento de última ratio es la primera base de nuestro estudio. Cimiento cardinal para poder, a partir de él, analizar las implicancias que acarrea el rol del derecho punitivo en el cuidado del medio ambiente.

No deben encuadrarse como punibles acciones que no presenten un mínimo de peligro para intereses personales y por lo tanto los intereses de las generaciones futuras no pueden ser objeto directo de protección por parte del Derecho penal.

Se propone un derecho penal que se ocupe de lo suyo, es decir, de la protección subsidiaria de bienes Jurídicos. Mientras esto no ocurra siempre haremos uso inadecuado de éste y vaciaremos en su seno lo que no pudo controlar el resto del ordenamiento que debe actuar en primera instancia¹⁰.

3. Constitución Nacional como marco de referencia

Ante cualquier duda en Nuestro País referente al límite de la actividad punitiva del Estado sobre un bien jurídico como el medio ambiente, es claro que sólo puede servir de guía una fuente jurídica que sea jerárquicamente superior y se imponga por su propia naturaleza es decir, la Norma Constitucional.

La importancia de la conservación del ambiente ha sido reconocida como una exigencia impostergable a partir de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, reunida en Estocolmo en junio de 1972, luego de la cual los países fueron adquiriendo una creciente -aunque tal vez no muy satisfactoria como se hubiera deseado- concientización sobre la necesidad de protección del ambiente, hasta el punto que tal protección se ha constituido en uno de los pilares en la edificación de un nuevo orden internacional. Prácticamente ninguna Constitución que haya sido revisada, reformada o actualizada desde la década del 70 en adelante, ha ignorado el reconocimiento del derecho al medio ambiente¹¹.

Desde la Reforma de 1994, la Constitución Argentina posee en su Primera parte el Capítulo Segundo referente a los “Nuevos Derechos y Garantías”. Entre ellos el art 41, en lo que aquí interesa, dispone: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación 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 regula el ambiente en forma integral, en función de la salud, del equilibrio y de la tutela de la diversidad biológica, el patrimonio natural y cultural y su utilización racional, más allá de los recursos naturales. Aparece el amparo ambiental, el principio contaminador pagador y el federalismo ambiental que refuerza la idea de una sola nación para jerarquizar a las provincias.

Sin embargo, y en relación al tema que nos ocupa no existe en el art 41 de nuestra Constitución Nacional un mandato de represión penal a diferencia de lo establecido por otras Constituciones.

Por ejemplo la Constitución de la República Federativa del Brasil, prescribe (en su art. 225, N° 3°) que: “Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente sujetan a los infractores, personas físicas o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar el daño causado”.

8. Ibidem

9. Oportunamente analizaremos en el Capítulo IV cómo la primera postura defiende los bienes jurídicos personales y delitos de peligro concreto y la segunda sostiene el respaldo de los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto.

10. SAMPEDRO, Camilo: “Consideraciones político- criminales en torno al derecho penal ambiental” Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina- Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental, Edición a cargo de María Eugenia Di Paola FARN, 2003 pag 458

11. BALCARCE, Fabián I. Dir.: “BUOMPADRE, Jorge Eduardo- RIVAS, Liliana Amanda: “La Protección Penal del medio ambiente”; Derecho Penal Económico tomo 2. Ed, Mediterránea, Córdoba, 2004

Por su parte la Constitución de España en su Capítulo Tercero denominado "De los principios rectores de la política social y económica" dispone en su art 45 N° 3: "Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado"¹².

En el caso de Paraguay, su Carta Magna establece: art.7 "Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado. Art. 8°: -De la Protección Ambiental-: ...El delito ecológico será definido y sancionado por la ley. Todo daño al ambiente importará la obligación de recomponer e indemnizar"¹³.

Es decir, Nuestra Constitución no contiene un mandato de criminalización a semejanza de lo que ocurre, en forma clara, con las nombradas constituciones. Opta por un sistema reparatorio: la reparación antes de la punición¹⁴.

En tal sentido, Miguel Ángel Ekmekdjian afirmaba que: la ley fundamental "utiliza el verbo 'recomponer' (...) lo que significa que la obligación consiste en tratar, en lo posible, de volver las cosas al estado anterior a la producción del daño (...); razón por la cual, el sistema diseñado por nuestro constituyente parece dirigirse, decididamente, a "la prevención y a la evitación de mayores perjuicios". Lo dicho, sin embargo, no significa excluir la concreta posibilidad de indemnización o el deber de reparación. Ello por cuanto, lógicamente, tal indemnización no podrá descartarse "cuando esta 'recomposición' no es posible por la irreparabilidad del daño (...)"¹⁵.

En suma: en nuestro esquema constitucional, frente a las posibilidades que se avizoran en los modelos comparados, se ha adoptado un sistema de corte reparatorio; esto es: frente al daño, en lo posible, se trata de volver las cosas a su estado anterior, y, subsidiariamente, se impone el deber de indemnizar; destacándose que, tal modelo, no significa ausencia de sanción sino que, ésta existe pero asume el carácter reparatorio.

En virtud de lo antedicho no cabe dudas que, si bien el medio ambiente es prioritario y como tal debe ser legislado correctamente- el rol que el Derecho penal juega en este sentido es – y así debe ser considerado- de ultima ratio¹⁶.

Nuestra constitución busca una vía de reparación por sobre la vía de la represión tan exigida mediática y socialmente en nuestros días en los que se pretende usar a un Derecho Penal simbólico en busca de soluciones ilusorias que distan de la correcta aplicación de justicia.

Debe exigirse la prevención al medio ambiente mediante otras disciplinas del derecho y respetar la función subsidiaria y fortalecedora de la eficacia de las mismas del derecho penal como ultima ratio del sistema jurídico.

4. El objeto tutelable

Si no hay mandato de criminalización constitucional es evidente que, en nuestro medio, esta cuestión queda limitada a una decisión de pura política legislativa¹⁷. Debemos entonces preguntarnos ¿podría el derecho penal proteger al medio ambiente en forma autónoma?

4.a.) Posturas doctrinarias

El interrogante expuesto plantea una discusión doctrinal acerca de si él o los delitos ecológicos¹⁸ deben tutelar el bien jurídico ambiental como categoría autónoma, entendiendo al hombre incorporado como un elemento más, o en función del hombre que lo habita y se interrelaciona con él.

La primera postura se ha dado en llamar "concepción ecocéntrica"¹⁹ sosteniendo que la sola afectación del medio ambiente en sí misma ya puede resultar suficiente para legitimar la actuación del derecho penal.

12. Constitución Española. www.congreso.es

13. Constitución Paraguaya. www.presidencia.gov.py

14. En este sentido. BALCARCE, Fabián I. Dir: "CESANO, José Daniel: "Consideraciones político criminales y dogmáticas en torno de la ley de residuos peligrosos" Derecho Penal Económico tomo 2. Ed, Mediterránea, Córdoba, 2004 pag 257

15. Cit por CESANO, José Daniel: "Consideraciones, ob cit pag 257

16. En este sentido y junto con la mayoría de la doctrina" corresponde pues a los poderes públicos, con base en el texto fundamental, velar por la protección del medio ambiente. Tal protección de nuestro entorno natural deberá -en virtud entre otros del principio de proporcionalidad y favor libertatis a partir, en primer lugar, de la aplicación y agotamiento de las correspondientes medidas de prevención existentes y, sólo en su defecto, y como medida final se habrá de poner en marcha el aparato represivo previsto legalmente"; CHARRO, María Calvo, "Sanciones medioambientales", 1999, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, p. 11

17. CESANO, José Daniel: "Consideraciones político criminales... ob cit pag 257

18. Como referencia terminológica puede resultar confuso el empleo de las denominaciones "delitos ambientales, delitos ecológicos" si hacemos referencia a que el bien jurídico protegido es la salud pública. Sin embargo, aclaramos, no consideramos errónea las aplicaciones de dichos términos en virtud a que los hechos punibles a los que hacemos referencia son las únicas normas penales que protegen, aunque sea en forma indirecta al ecosistema.

19. Según la clasificación de MÜLLER - TUCKFELD, "Ensayo para la abolición del derecho penal del medioambiente", en: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed.), "La insostenible situación del derecho penal", Gomares, Granada, 2000, p. 509. cit por CESANO, José Daniel: "Consideraciones político criminales... ob cit pag 259.

Por el contrario- y siendo la doctrina que adoptamos para esta tesis- la “concepción antropocéntrica” afirma que no basta con que el medio ambiente se vea amenazado como el objeto sobre el que recae la acción típica. Para legitimar la actuación de la ley penal debe exigirse, todavía, algo más: que a través de ese ataque se puedan afectar o, al menos, poner en peligro concreto intereses jurídicos individuales, como la vida o la salud de las personas.

En otras palabras: “(...) partiendo de que el derecho penal no tiene como función la seguridad general, sino la imputación del hecho punible a una persona, se llega a concluir en que corresponde respetarse la tradición del derecho penal liberal de funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: ‘los bienes jurídicos universales (...) tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses conciliados del individuo. Así, dentro de esta posición, en el derecho ambiental el bien jurídico no es el medio ambiente en sí mismo, sino como medio para las necesidades de la salud y de la vida del hombre’²⁰.

4.b) Concepto de Bien Jurídico

Por supuesto que las posturas analizadas ut supra tienen su base en el análisis que cada doctrina formula sobre la idea de Bien Jurídico como objeto a tutelar, y así se manifiesta:

4.b) I Teoría personal del bien jurídico desarrollada por la Escuela de Frankfurt sostiene que la noción de bien jurídico personal no pretende ofrecer una definición extensiva del concepto de bien jurídico, sino un criterio de legitimación del ámbito de intereses merecedores de tutela penal. Los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo. Puede hablarse de bienes jurídicos como la vida, la salud, la libertad o la propiedad, pero no de bienes jurídicos colectivos en sí. Concebido como una definición, es indudable que bajo la misma sólo podrían subsumirse aquellos intereses circunscritos al ámbito de la persona. Es decir, solo bienes que operen como medios para el aseguramiento de los intereses personales, pueden ser legítimamente tutelados por vía de la sanción penal.

Así, según esta concepción, “bienes jurídicos son los atributos de los hombres, objetos e instituciones que sirven al libre desarrollo personal, los cuales son merecedores de protección desde el principio de la más beneficiosa coexistencia universal en libertad”²¹.

4.b) II Teoría de la protección autónoma de bienes colectivos para ella deben protegerse los bienes jurídicos colectivos independientemente si dañan la vida o salud de las personas²². Sostienen que todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser disfrutado por cada miembro de la sociedad, por ello no es posible relacionarlo en todo o en parte a un único sector de la misma. Encontrar normas para el futuro, actuar con miras a lo que puede acontecer, sería, según determinados pronósticos, más acertado que querer reaccionar a posteriori ante errores, omisiones o catástrofes del presente. Se debe tener en cuenta que la amenaza de la pena supone un medio de represión y desaprobación vinculada a un juicio de desvalor. En ese sentido esta Escuela considera que su tarea debe ser la de ponderar y seleccionar de entre las conductas sociales aquellas que contengan una mayor negatividad en el juicio de desvalor frente a los bienes jurídicos protegidos²³.

Luego de analizar brevemente las posturas doctrinarias, partimos en la formulación de la presente tesis de un concepto personal del bien jurídico y por ende consideramos que la única manera de no penalizar de modo abstracto toda actividad humana es limitar esta protección penal a lo actos que dañan o concretamente pongan en peligro la salud humana.

20. DANIEL P. CARRERA (director), Estudio de las figuras delictivas, Tomo 1, Advocatus, Córdoba, 1994, p. 20. Afirma también esta postura LIBSTER, Mauricio H, “Delitos ecológicos”, 2da edición, Ed Depalma, Bs As, 2000 pag 201

21. KINDHÄUSER, Personalität, Schuld und Vergeltung, GA 1989, p. 496. Cit por ALCACER GUIRAO ob cit pgfo VII

22. Si bien hay consenso sobre qué bienes colectivos o universales son aquellos que sirven a los intereses de muchas personas la definición puede precisarse aún más acudiendo a los conceptos de “no exclusión en el uso” y de “no rivalidad en el consumo. La seguridad colectiva de un Estado se trata, con perdón de la redundancia, de un bien jurídico colectivo, puesto que, en primer lugar, nadie puede ser excluido de su uso y, en segundo lugar, porque el uso o disfrute de ese bien por un individuo A no perjudica ni impediría el de un individuo B Puede decirse que un bien será colectivo cuando sea conceptual, real y jurídicamente imposible dividir el bien en partes y asignar una porción del mismo a un individuo HEFENDEHL Roland: “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?” Revista electrónica de Derecho Penal y criminología 4-14 (2002) <http://criminet.ugr.espgfo> IV

23. SCHÜNEMANN, Bernd “Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia I Penal. Año V, N° 9-A, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, pag 647 y ss.

Capítulo III

1. Normativa Penal ambiental Argentina

Ante problemas penales ambientales, se recurre mayoritariamente a la Ley 24051 de Residuos peligrosos que analizaremos en profundidad y que es base del presente trabajo. Sin embargo, existe en nuestro ordenamiento otras normas penales ambientales dispersas que consideramos propicio reseñar.

1.a) El Código Penal

Nuestro Código Penal, sancionado en 1921, en el título VII, de delitos contra la seguridad pública, capítulo IV, que lleva el subtítulo "Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas", se ocupa, a lo largo de sus ocho artículos (arts. 200 a 208), de lo que en su momento pudo haber sido la base del derecho penal ambiental

No obstante, estas normas no partieron de la noción de "ambiente", (que seguramente no existía en el sentido moderno), sino que su fin se dirigía exclusivamente por la salud del individuo en función de su carácter de integrante de grupos humanos.

Los tipos penales ambientales de mayor trascendencia serían los siguientes:

1.a) I El artículo 200 que reprime con reclusión o prisión de tres a diez años, al que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

En esta norma existen dos formas alternativas de acción que consisten en envenenar o adulterar; ambas constituyen infracciones materiales que concretan la operación efectiva de un peligro²⁴.

Sin embargo, estos dos verbos conllevan para su eficacia un modo comisivo concreto, ya que deben ser realizados de un modo peligroso para la salud²⁵ es decir, con la potencialidad de causar una lesión o un daño.

El hecho delictivo para ser tal debe recaer además sobre algo que quede a disposición indeterminada de personas o grupos de personas, y no es preciso que se hallen creados en condiciones tales como para que toda persona deba sufrir los efectos del envenenamiento o adulteración²⁶.

En definitiva, no interesa la cantidad de veneno o sustancia adulterada sino que la mezcla sea peligrosa para la vida o salud.

En cuanto a los objetos sobre los cuales recae la acción de adulterar o envenenar, se circunscribe a:

- Agua potable es la destinada al consumo humano por ingestión (bebible o para preparación de comidas)
- Sustancia alimenticia es toda clase de materia destinada a ser ingerida, es decir, comidas o bebidas.
- Sustancias medicinales son medicamentos destinados al uso humano, ingeribles o usables por otro medio.

La figura en análisis exige el elemento dolo, en este sentido la jurisprudencia estableció "la norma del art 200 del Código Penal requiere que el agente haya obrado a título de dolo, con la voluntad e intención de adulterar la sustancia protegida por la ley, sabiendo que lo hace de una modo peligroso para la salud, destinándolas al comercio"²⁷.

A continuación, la figura trae el supuesto de que algunos de los hechos mencionados en su texto fuere seguido por la muerte de alguna persona, para lo cual eleva la pena de 10 a 25 años de reclusión o prisión.

El art 201 por su parte menciona la palabra mercaderías, y a la vez hace aplicables a esta figura las penas del artículo que estamos analizando, por lo cual prácticamente lo amplía incorporando elementos como jabones comunes, tinturas para cabello, esmaltes para uñas etc.

1.a) II El artículo 202 reprime con reclusión o prisión de tres a quince años, al que propagare una enfermedad peligrosa contagiosa para las personas.

Este es un artículo que tiene una significativa trascendencia desde el punto de vista de la represión penal ambiental, ya que la contaminación de las aguas o del aire o del suelo puede ser un medio idóneo para propagar una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas.

Parte de la doctrina²⁸ dice que este artículo tiene serias deficiencias de técnica legislativa, ya que supuestamente se ha construido como figura de peligro, pero sobre la base de un daño. Es decir que a este delito puede considerárselo consumado cuando se haya enfermado alguien. Según los argumentos de esta doctrina, este tipo penal será aplicable cuando por cualquier medio, incluso los previstos en el Art.

200, lo que se propague sea una enfermedad peligrosa y contagiosa y se haya producido la enfermedad de alguna persona.

Sin embargo, la doctrina expuesta en el párrafo precedente resulta contradictoria con algunos fallos, como ser Constantini y otros s/Averiguación Contaminación Río Reconquista²⁹ en el que si bien se sostuvo que “El delito del art. 202 del Código Penal es una figura de peligro, bastando con acreditar la acción y su idoneidad o aptitud a la luz del bien jurídico protegido”; también dice que “La propagación de una enfermedad implica la reproducción de los agentes del morbo, al margen de la comprobación de que tales agentes hayan enfermado a persona alguna. Una cosa es la enfermedad y otra el enfermo; una la actividad de los agentes patógenos y otra su éxito sobre un organismo concreto” y luego agrega que “El art. 202 del Código Penal exige propagar una enfermedad por lo que de acuerdo a las palabras de la ley, no se requiere un cuerpo enfermo sino la sola existencia de “enfermedad” y de un “acto propagador”, además de las condiciones de contagiosa y peligrosa. En este sentido debe señalarse la efectiva posibilidad de enfermedades sin organismos afectados.

Por nuestra parte entendemos que la figura no es un delito de lesión sino de peligro: de peligro concreto.

1.a) III El artículo 203, prevé la figura culposa de los hechos previstos en los artículos anteriores: cuando fueren cometidos por imprudencia, negligencia, por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas imponiéndose una multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona y prisión de seis meses a cinco años si resultare enfermedad o muerte.

La estructura de la redacción es la misma que encontramos en las figuras culposas del delito contra la vida.

Obviamente, el elemento subjetivo es la culpa y no el dolo, aquélla, bajo las formas de imprudencia, negligencia, impericia en el propio arte o profesión o inobservancia de los reglamentos u ordenanzas.

En el fallo “Rodríguez-Teston” la Cámara Criminal de la Capital³⁰, declaró que “los extremos de este delito son una imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos y deberes y un daño en la salud o la muerte, que deriva en esa circunstancia, es decir, la plena comprobación de un nexo de ambos elementos extrínsecos o intrínsecos; en otras palabras, lo que requiere la figura es que el agente tenga conciencia de la causa y, sin requerirse, la del efecto.”

1.b) Ley 22.421

Esta ley, conocida como ley de fauna, tiene contenido eminentemente ecológico, y extiende la tutela de los ecosistemas integrados por la fauna en general y el ambiente en que habitan no sólo por medio de normas penales, (capítulo VIII), sino también infracciones (capítulo IX), que si bien son de naturaleza administrativa, entre otras implican la pena de multa.

Reflejando su objetivo, el art 1 de la ley establece que todos los habitantes de la Nación tendrán el deber jurídico de proteger a la fauna silvestre, según los reglamentos que se dicten en la materia.

El capítulo VIII comienza con el art. 24, que dice “Será reprimido con prisión de un mes a un año y con habilitación especial de hasta tres años el que cazare animales de la fauna silvestre en campo ajeno sin la autorización establecida por el art. 16, inc. a”³¹.

El alcance de la palabra “caza” está definido por la misma ley en su art. 15, entendiéndolo a la misma como la acción ejercida por el hombre, mediante el uso de artes, armas y otros medios apropiados, persiguiendo o apresando ejemplares de la fauna silvestre con el fin de someterlos bajo su dominio, apropiárselos como presa, capturándolos, dándoles muerte o facilitando estas acciones para terceros.

24. En el Capítulo V analizaremos el significado de los verbos envenenar y adulterar que se presentan igualmente en el art 55 LRP

25. KALNAY, Jorge David: “Algunas consideraciones sobre el derecho penal ambiental argentino: La legislación doctrina y jurisprudencia” Suplemento de Derecho Ambiental. Farn- La Ley. Año V N° 1 Mayo, Bs. As, 1998

26. Cfr. LIBSTER, Mauricio H, “Delitos ecológicos” ob cit pag 222 quien como ejemplo aporta el de la leche, la cual, rebajada con agua, seguramente no afectará la salud de los adultos pero sí la de los niños pequeños, para quienes la leche es alimento único y el aguado persistente les compromete la salud, en tanto que su mantenimiento está basado en la supuesta composición normal de este producto que se le suministra.

27. Cámara Criminal I de Mendoza, 5/5/1959”JA” 1959-III-659

28. LIBSTER, Mauricio H, “Delitos ecológicos” ob cit pag 228

29. Cámara Federal de San Martín, sala 1a, 26/8/92 JA, 1993-111-10

30. 15 de junio de 1973 La Ley 153-220

31. “El Poder Ejecutivo nacional y cada provincia establecerán por vía reglamentaria las limitaciones a la práctica de la caza por razones de protección y conservación de las especies o de seguridad pública.

“Será requisito indispensable para practicar la caza contar con la autorización del propietario o administrador o poseedor o tenedor a cualquier título legítimo del fundo”.

La "fauna silvestre" también está definida por la ley en el art. 3, comprendiendo: los animales que viven libres o independientes del hombre, en ambientes naturales o artificiales; los bravíos o salvajes que viven bajo control del hombre, en cautividad o semicautividad; y los originalmente domésticos que, por cualquier circunstancia, vuelven a la vida salvaje convirtiéndose en cimarrones; quedando excluidos del régimen de la ley los animales comprendidos en las leyes sobre pesca.

Esta norma tutela, sin dudas, el equilibrio entre la fauna silvestre y su ambiente, pero no es la más significativa³², toda vez que resulta más eficiente para proteger el derecho de propiedad, en tanto lo punible es cazar en campo ajeno sin la autorización, que depende del propietario y no de la autoridad pública, si bien, éste es el carácter tutelar indirecto a que nos referíamos; el propietario de ese campo ajeno también deberá sujetar la autorización que dé a otro particular a la reglamentación en materia de limitaciones a la práctica de la caza por razones de protección y conservación de las especies o de seguridad pública.

El delito es de naturaleza dolosa, pero lo que presupone es la obtención de la autorización del propietario y no la del conocimiento de la reglamentación en la materia, que en todo caso debería conocer el propietario del fundo ajeno y, en función de ella, autorizar o negar la autorización, según sea la reglamentación al respecto.

El art. 25 dice: "Será reprimido con prisión de dos meses a dos años y con inhabilitación especial de hasta cinco años, el que cazare animales de fauna silvestre cuya captura o comercialización estén prohibidas o vedadas por la autoridad jurisdiccional de aplicación".

En esta norma ya no importa dónde se cace sino qué se cace sin importar quién es el titular del dominio del fundo en el que se produce la caza.

Es una figura que requiere dolo, referido al conocimiento de las normas de la autoridad jurisdiccional de aplicación, en cuanto a qué especies de la fauna silvestre tienen captura o comercialización vedada.

El segundo párrafo del precepto trae un agravante sobre la pena, según sea el número de personas (tres o más), y los medios (armas, artes, o medios prohibidos).

Finalmente el art. 27 completa el círculo sancionando penalmente a todos aquellos que participan desde el momento de la culminación de la caza hasta la puesta en venta. Así incrimina al transportador, almacenador, comprador, vendedor o cualquier otro que de algún modo pone los objetos mencionados en el comercio.

2. Ley 24051. Residuos peligrosos³³

La Ley 24051 de Residuos Peligrosos³⁴ cuyo Capítulo IX es la base de análisis de la presente tesis, fue dictada en enero de 1992³⁵. Su sanción fue el reflejo de adhesión por parte de nuestro país a un movimiento de concientización planteado a nivel mundial sobre la necesidad de una efectiva protección del medio ambiente³⁶.

Sin embargo, luego de la reforma constitucional de 1994, se perfiló un nuevo rumbo respecto a la protección ambiental. Se consideró que las leyes ambientales preexistentes a la reforma constitucional, debían ser revisadas y, de ser necesario, modificadas, adaptándolas a las nuevas reglas de juego³⁷.

Así se procedió con la ley 24051, que luego de evaluarse sus diversos aspectos técnicos y jurídicos fue reemplazada en julio de 2002 por la Ley 25.612³⁸ que rige, conforme establece su art 1, los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión integral de residuos de origen industrial y de actividades de servicios³⁹.

32. LIBSTER, "Delitos ecológicos ob cit pag 239

33. En adelante LRP

34. Proyecto de los diputados Luque y Álvarez Echagüe, considerado y aprobado con modificaciones por la Cámara de Diputados en la sesión del 27 de Septiembre de 1990 (D. ses Dip. 1990, p. 3341 a 3348) La Cámara de Diputados lo aprobó con modificaciones en la sesión del 5 y 6 de Diciembre de 1991 (D. ses Dip. 1991, p. 5089) y el senado le dio sanción definitiva en la sesión del 17 de diciembre de 1991 (D. ses Dip. 1991)

35. Sancionada el 17/12/91, Promulgada de hecho el 8/01/1992; Publicada "Boletín Oficial" 17/01/1992

36. La norma ha sido gestada luego de la aprobación por parte del Congreso Nacional del Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, a través de la ley 23.922. Lo interesante del mencionado Convenio es que marcó las políticas que regirían las relaciones entre países en cuanto a los movimientos de desechos peligrosos y su gestión, con una marcada tendencia hacia la disminución de la generación de este tipo de residuos, un manejo racional y la reducción a su mínima expresión del transporte transfronterizo. Asimismo fue influenciado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, también llamada "Cumbre de la Tierra", o simplemente Eco'92, realizada en Río de Janeiro, Brasil, precisamente en el año 1992. Como corolario de esta reunión fue redactada la "Declaración de Río", que por su parte reemplazó a la originaria "Carta de la Tierra", prevista para ser confeccionada con motivo de la Conferencia.

La Declaración de Río consta de 27 principios que contemplan todas las situaciones primarias con capacidad de vulnerar derechos relacionados al medio ambiente y a la continuidad del status biológico y natural del planeta.

37. El artículo 41 establecía como vimos ut supra en el Capítulo II el derecho al ambiente como bien jurídico protegido; también, en su tercer párrafo, las provincias delegan en el Congreso de la Nación la facultad de dictar norma que contengan "presupuestos mínimos de protección" del ambiente y las provincias se reservan la facultad de complementar con normas adicionales de mayor protección a diferencia de la ley 24051 que contenía un sistema de Ley Nacional a las que las provincias adherían.

38. Sancionada el 3 de julio de 2002, promulgada parcialmente el 25/07/2002 y publicada en el Boletín Oficial el 29/07/2002

39. Uno de los fines propuestos fue pasar del tratamiento generalizado sobre la peligrosidad de un residuo, a un tratamiento objetivo referido a la actividad que origina el residuo, a partir de la determinación de su nivel de riesgo.

Mediante su art 60 el proyecto de la ley 25612 derogaba la 24051 estableciendo “Derógase la ley 24051 y toda norma o disposición que se oponga a la presente”. No obstante, el propio art 60 fue observado por el Poder Ejecutivo Nacional (Decreto de promulgación 1343/2002⁴⁰), como así también las nuevas figuras penales contenidas en la ley 25612.

El artículo 60 de la ley 25612 vigente establece: “Hasta tanto se sancione una ley específica de presupuestos mínimos sobre gestión de residuos patológicos, se mantendrá vigente lo dispuesto en la ley 24051 y sus anexos, respecto de la materia. Asimismo hasta que la reglamentación establezca la creación de los diferentes registros determinados por la presente, se mantendrán vigentes los anexos y registros contenidos en dicha ley.”

En los considerandos del mencionado Decreto 1343/02, tras reseñar las principales normas estipuladas en el Capítulo III del Título II del Proyecto de ley, por el que se establecía un régimen de responsabilidad penal, que en consecuencia (por su naturaleza de ley de fondo) se incorporaba al Código Penal de la Nación como ley complementaria⁴¹ concluye, que la figura penal descripta, contiene elementos típicos que la definen como una figura “abierta” desde una perspectiva de análisis de la dogmática, por lo que resulta prudente mantener la vigencia del régimen penal establecido en la Ley de Residuos Peligrosos 24.051 en todo lo relativo a las figuras penales .

Por lo expuesto, el decreto observa “los artículos 51, 52, 53, 54 y 60, primer párrafo, del Proyecto de Ley registrado bajo el N° 25.612”⁴² resucitando así lo prescripto por ley 24051.

2.a) Naturaleza de Ley 24051

Existen en el ordenamiento constitucional argentino tres ámbitos de normas previstos en la Constitución Nacional: el local, el común y el federal.

La Ley de Residuos Peligrosos se constituye como una ley “mixta” que posee normas de diversas características, a saber:

- Normas de derecho común: son aquellas normas que el Congreso dicta en virtud de la facultad otorgada por el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional. Las normas relativas a responsabilidad civil y penal de la ley 24.051 son normas de derecho común, aplicables en todo el territorio de la Nación.
- Normas de derecho local: son aquellas que el Congreso dicta conforme lo señalado en el art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional (antiguo 67, inc. 27). Estas normas son aplicables en el territorio de la Capital Federal. Las normas de derecho local presentes en la Ley de Residuos Peligrosos atañen a las cuestiones de registros, tasas, autorización para funcionar etc.
- Normas de carácter federal: la Corte ha estado de acuerdo en definir las por exclusión como normas nacionales que no son locales ni de derecho común⁴³. A estas leyes la Corte también las ha llamado “leyes especiales del Congreso o “leyes generales de la Nación”⁴⁴. Un ejemplo que presenta la misma ley es la alusión en este sentido al transporte interjurisdiccional de residuos peligrosos, que se realiza entre un establecimiento generador de dichos residuos sito en un jurisdicción y un operador de tratamiento y/o disposición de los mismos ubicado en otra jurisdicción⁴⁵.

40. B.O. 29/07/02

41. Los art. penales de la ley 25612 derogados por el Decreto 1343/2002 incorporaban como ley complementaria del Código Penal el Capítulo III estableciendo:

Art 52. Será reprimido con prisión de 3 (tres) a 10 (diez) años, el que, utilizando residuos y de actividades de servicio, adulterare o contaminare el agua, el suelo, la o poniendo en riesgo la calidad de vida de la población, los seres vivos en general, la diversidad biológica o los sistemas ecológicos. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona o extinción de una especie, la pena será de 10 (diez) a 25 (veinticinco) años de reclusión o prisión.

Art 53. Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de iros u ordenanzas, se impondrá prisión de 1 (un) mes a 2 (dos) años. Si resultare enfermedad, lesión o muerte de alguna persona o especie, la pena será de 6 es a 5 (cinco) años.

Art. 54. Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia, administradores, responsable técnico, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir.

42. Aunque promulga la restante normativa de Ley, toda vez que “El Poder Ejecutivo nacional se encuentra facultado para dictar el presente en virtud de lo dispuesto por el artículo 80 de la Constitución Nacional” y que “la presente medida no altera el espíritu ni la unidad del proyecto de Ley sancionado por el Honorable Congreso de la Nación”.

43. Fallos: 193: 115

44. Fallos: 132:124 Fallos: 247:277

45. Ahora bien, el carácter federal o no federal de una ley no abarca necesariamente todas sus disposiciones; dentro de una misma ley pueden coexistir disposiciones de carácter federal con otras de carácter común o local. Así, por ejemplo, el Código Penal, cuerpo que en principio es de derecho común (Fallos: 184:200; 191:89) se ha reconocido que puede contener normas federales (Fallos: 183:49; 307:223, sobre los art. 219 y 286, respectivamente) o locales (Fallos: 150:310).

En conclusión, la ley 24051 es mixta, aunque predominantemente federal. La mayor parte de su articulado contiene normas destinadas a regular la actividad administrativa federal, y obligaciones de los particulares que identifica. El contenido de los arts. 55 a 57 (Capítulo IX Régimen Penal que analizamos en el presente trabajo) no pudo haber emanado, en cambio, sino de facultades contenidas en el art. 67 inc. 11 de la C.N texto 1853, constituyen, en consecuencia, normas sustantivas de fondo, de derecho común.

2.b) ¿Cómo se compatibiliza las leyes 24051 y 25612?

Si bien analizamos que la ley 24051 es una ley de carácter mixta, debemos aclarar que la primera diferencia radica en que la Ley 25612 es una ley de carácter mínima ambiental, de aplicación en todo el territorio nacional.

En principio, es claro que la ley 24051 cubre el vacío legal que deja el veto parcial del Poder Ejecutivo Nacional en materia de responsabilidad penal por utilización de residuos peligrosos. Sin embargo y ante posibles situaciones de colisión o incompatibilidad entre uno y otro régimen de ley debemos preguntarnos.... ¿Existe una superposición normativa entre las leyes 24.051 y 25.612? ¿La Ley 24051 se mantiene vigente en su totalidad o fue derogada tácitamente?

Confusiones como la presente han dado lugar a la creación de doctrinas científicas sobre el derecho transitorio por el cual se recomienda que a los fines de facilitar el cambio del viejo al nuevo derecho deben afinarse los criterios de ponderación y prudencia⁴⁶.

Se podría considerar que la ley 24051 no se encuentra vigente y que la misma ha sido derogada tácitamente en su totalidad por ley 26512 por ser normas de distinta naturaleza jurídica (ley local y ley de presupuestos mínimos), y porque la segunda la comprende desde el punto de vista técnico (dado que el nuevo régimen es más abarcativo que el anterior).

Podríamos por otra parte entender que si bien existe una derogación tácita, la misma se manifiesta en forma parcial.

Recordemos es una regla de derecho, contenida en el art. 17 del Código Civil y que fuera modificada por la ley 17711, que las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes.

Es sabido que la ley, en sentido amplio, puede perder vigencia en forma expresa cuando aquella que la deroga lo dice concretamente, o también en forma tácita⁴⁷ si las nuevas disposiciones son inconciliables con el régimen normativo anterior. En este caso los preceptos inconciliables pierden de hecho su vigencia, pues la nueva ley, sin derogar la ley anterior, regla de un modo concreto y completo una determinada institución⁴⁸.

Está claro que la ley 24051, seguirá rigiendo transitoriamente porque así lo dispone la ley 25612 ,(en su art. 60,3er.párrafo), en lo relativo a los registros hasta que se reglamente la ley, como así mismo en materia de residuos patológicos, hasta tanto se sancione una ley específicas de presupuestos mínimos sobre gestión de residuos patológicos (art. 60, 2do. Párrafo)

En lo demás -cual es el tema de análisis en el presente punto-, la ley 24051 quedará derogada tácitamente en todo aquello que no resulte compatible con la normativa regulada en la 25612⁴⁹.

En definitiva, la ley 25.612 se aplica a los residuos industriales y a los derivados de actividades de servicio. Una porción de este universo, los residuos peligrosos, se regulan por el régimen específico establecido por la ley 24.051, que en nuestra opinión se mantiene vigente, salvo aquellos aspectos regulados por la ley 24.051 que también estén regulados, pero en forma distinta por la ley 25.612 (norma posterior) siempre que sean operativos.

No obstante existen dificultades de hermenéutica jurídica, frente a toda cuestión de colisión o conflicto en el tiempo de leyes, deberá tenerse en cuenta el artículo 3° del Código Civil parte⁵⁰ pertinente, que dispone: "A partir de la entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes. No tiene efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales".

La sinopsis del tema es el siguiente:

- 1) Rige la ley 25.612 en todo aquello que no fue vetado.
- 2) La ley 24.051 rige en lo que no se contraponga a la ley 25.612 en virtud al principio "norma posterior deroga a la anterior."
- 3) Rigen las normas penales de la ley 24.051 y aquellas que resulten necesarias para complementar el tipo penal tales como el art. 2° de dicha ley y sus anexos I; y II. Ello en atención al especial veto que este capítulo sufrió en la ley 25.612 en virtud al Decreto 1343/02.

3. Principales rasgos de ley 25612

La Ley 25.612 de Gestión Integral de Residuos Industriales y de Actividades de Servicios es la primera norma dictada por el Congreso de la Nación estableciendo presupuestos mínimos de protección ambiental, en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional.

De acuerdo a su art.1 establece los presupuestos mínimos de protección ambiental sobre la gestión de los residuos de origen industrial y de actividades de servicio ("RÍAS")

Consideramos importante su estudio en virtud de la constante relación con la Ley de Residuos Peligrosos.

Postulamos como relevantes las siguientes modalidades a fin de conocer el nuevo dispositivo:

- a) Amplía la definición de residuo industrial, incluyendo dentro de la noción a los gaseosos; además regula en un régimen único la gestión integral de residuos industriales y de actividades de servicios, sin distinguir residuos industriales peligrosos o especiales (tóxicos) de los denominados en doctrina residuos industriales "ordinarios"⁵¹.
- b) Introduce un nuevo concepto, "niveles de riesgo", definido por los procesos de potencial degradación ambiental, origen, proceso o actividad que los generan y sitio en el cual se realiza la gestión de residuos industriales⁵².
- c) Alienta la implementación de programas de adecuación tecnológica como resultado de una gestión ambiental integral
- d) Es aplicable a los residuos obtenidos como resultado por la realización de una actividad de servicio (que se define como toda actividad complementaria a la industrial o que por las características de los residuos que genera sea asimilable a la anterior, en base a los niveles de riesgo), o por estar relacionado directa o indirectamente con la actividad, incluyendo eventuales emergencia o accidentes⁵³.
- e) Establece como deber de los generadores, instrumentar las medidas necesarias para rehusar sus residuos como materia prima o insumo de otros procesos productivos o reciclar los mismos.
- f) Aunque la ley consagra categóricamente, que el generador es responsable por el tratamiento adecuado y disposición final del residuo industrial, introduce nuevas excepciones en materia de responsabilidad civil por los daños ocasionados por residuos industriales - respecto de las conocidas por la LRP -, al ampliar los supuestos cuando el residuo sea utilizado como insumo de otro proceso productivo, conforme lo determine la reglamentación

Néstor A. Cafferatta⁵⁴, sostiene que uno de los aportes más ricos de la ley 25.612, aparece tangencialmente en su art 29⁵⁵ introduciendo un concepto de daño ambiental como "aquél que debe presentar relevancia, importancia, que pongan en riesgo o afecten la calidad de vida de la población en forma significativa."

46. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Código Civil Anotado, T1 ED Abeledo Perrot, 1979 pag 15

47. Hay derogación tácita: a) Cuando el legislador, en vez de aclarar el texto que se reputaba oscuro, sanciona uno nuevo que sustituye al anterior (CSJN, 02/05/21, JA, 6-374);

b) Cuando dos leyes sucesivas se legisla sobre la misma materia y en la segunda se crea un sistema completo, más o menos distinto del anterior, y se omite en la última preceptos contenidos en la anterior (CSJN, 04/11/66, J.A., 1967-11-194; CSJN 7/12/38, L.L. 13-775; SCBA, 20/12/60, AS. 1960-11-584); c) Cuando la ley especial es posterior a la general y sus disposición son incompatibles, ésta queda tácitamente derogada en esa materia (CSJN, 31/12/37, L.L.9-295

48. (SCBA, 08/07/97, "Aleonada, Carlos Miguel y otros v. Municipalidad del Partido General Pueyrredón Demanda contenciosa administrativa", BA B. 85525).

49. Cfr. CAFFERATTA, Néstor A. "Ley 25612 de Gestión Integral de residuos industriales y de actividades de servicios" www.cicacz.org.ar

50. CAFFERATTA, Néstor A. "Apuntes acerca de la Ley de Gestión integral de Residuos Industriales y de actividades de servicios", JA, Derecho Ambiental, 2002-III, fascículo n° 4

51. Los ordinarios se denominan también "no peligrosos", que comprenden a los residuos industriales inertes y los equiparables a domiciliarios asimilables a urbanos.

52. A pesar de lo que dice el texto de la ley, la misma no establece los niveles de riesgo, sino que encarga esa tarea a la reglamentación.

53. En esa línea se inscribe el fallo recaído en causa "B/T Estrella Pampeana, Bandera Liberiana y B/M Sea Paraná- Bandera Alemana s/ colisión y posterior derrame de hidrocarburo", Cámara Federal La Plata, 15/ agosto/ 2002).

54. CAFFERATTA, Néstor A.,: "Apostillas de la ley 25.612 de residuos industriales" DJ- 2002-3, p. 1 al que hace referencia en su art CAFFERATA, "Ley 25612 de Gestión... ob cit

55. Que establece: Art 29 Se denomina planta de tratamiento a aquellos sitios en los que se modifican las características físicas, la composición química o la actividad biológica de cualquier tipo de residuo industrial y de actividades de servicio, de modo tal, que se eliminen o reduzcan sus propiedades nocivas, peligrosas o tóxicas, o se recupere energía y recursos materiales, o se obtenga un residuo de niveles de riesgo menor, o se lo haga susceptible de recuperación o valorización, o más seguro para su transporte o disposición final, bajo normas de higiene y seguridad ambientales que no pongan en riesgo ni afecten la calidad de vida de la población, en forma significativa.

Capítulo IV

1. Estructura del Capítulo IX ley 24051

Hemos analizado que, en cuanto Régimen Penal se refiere, la ley 24051 se mantiene plenamente vigente.

Las normas penales se encuentran contenidas en su Capítulo IX, titulado “Régimen Penal” que abarca los artículos 55 a 58. De ellos, sólo los dos primeros consagran normas propiamente punitivas; el artículo 57 contiene una cláusula de responsabilidad, y el artículo 58 delimita la competencia federal para la aplicación de tales figuras que analizaremos posteriormente en profundidad.

El art. 55 tipifica, en su párrafo primero, la figura denominada por la doctrina como contaminación, adulteración o envenenamiento doloso mediante la utilización de residuos peligrosos. En el mismo artículo, pero en su párrafo segundo, se prevé una figura agravada (en relación al tipo básico contenido en el primer párrafo) por el resultado.

El art. 56, se estructura, también, en dos párrafos: el primero, tipifica la figura de contaminación, adulteración o envenenamiento culposo mediante la utilización de residuos peligrosos; el párrafo segundo, en cambio, prevé un tipo agravado por el resultado

El art. 57 establece un caso de castigo por accionar delictivo empresario y finalmente el art. 58 prevé una norma relativa a la competencia de los tribunales para conocer respecto de las figuras delictivas prevista por la ley.

La ley cuenta además con tres anexos:⁵⁶

- I “Categorías sometidas a control. Corrientes de desechos. Desechos que tengan como constituyente”
- II “Lista de características peligrosas”
- III “Operaciones de eliminación.”.

Ha sido reglamentada por el decreto 831/93 que consagra los requisitos tecnológicos en las operaciones de eliminación, las operaciones de eliminación no aceptables y los requisitos mínimos para rellenos y para incineración; y tiene a su vez cinco anexos:

- I Glosario- Clasificación de los cuerpos receptores;
- II Tablas⁵⁷;
- III Lineamientos para la fijación de los estándares de agua para constituyentes peligrosos;
- IV Identificación de un residuo como peligroso⁵⁸
- V Límites establecidos para los parámetros físicos de los barrios
- VI Límites establecidos para los parámetros químicos de los barrios.

2. Posturas sobre el Bien jurídico tutelado

Analizar el bien jurídico tutelado por las disposiciones penales de la ley 24051 es la base para interpretar correctamente los tipos penales y mantener en sus debidos límites la materia de prohibición.

No es pacífica la doctrina nacional al momento de identificar cuál es el bien jurídico tutelado por las figuras delictivas que contiene la ley 24.051. Al respecto, se diferencian claramente dos grupos que enfocan la protección en distintos aspectos:

- Protección del medio ambiente: para un sector de nuestros autores, aquellas previsiones normativas tuvieron por cometido la introducción, dentro del sistema positivo, de la tutela de un nuevo bien jurídico-, nos referimos, concretamente, al medio ambiente. Sebastián Creus y Marcelo C. Gervasoni han expresado que: “El concepto de salud, como bien jurídico protegido en estos tipos, no es el de la salud humana o el de la salud pública tradicional que tutela el Código Penal (arts. 200 y ss.), restringido a la protección del estado sanitario de la población. Aquí se trata de una conceptualización más amplia, comprensiva de la salud de todos los componentes vivos que interactúan en el ecosistema. Esto es así puesto que los tipos penados comentados nacen en el contexto de una ley cuyo objeto de protección es el medio ambiente (...). El actual estado de la conciencia comunitaria -continúan los autores- viene exigiendo la protección del medio ambiente, por considerar su preservación como uno de los elementos condicionantes del futuro de la vida humana. La ley 24.051 -concluyen- es la institucionalización de dichas exigencias, de manera que los delitos insertos allí no pueden escapar a los intereses que satisface⁵⁹.”

En el mismo sentido Mauricio Libster, considera “el bien jurídico tutelado es ahora el medio ambiente, lo que emana de la mención taxativa de sus elementos componentes (...)”⁶⁰

- Protección de la salud pública: otro sector de nuestra doctrina, en cambio, rechaza la opinión de que aquellos preceptos tengan por finalidad la protección autónoma del medio ambiente. Su previsión -interpretan- se dirige a la tutela de un bien jurídico tradicional, ya consagrado en el sistema del Código: la salud pública. De esa orientación participa entre otros Adriana T. Mandelli al expresar: “El bien

jurídico protegido es la salud pública, esto es el estado sanitario de la población”

Asimismo De La Cuesta Aguado Paz M sostiene “En mi opinión, es precisamente esta función limitadora de la tipicidad mediante la exclusión de conductas contaminantes no atentatorias contra el bien jurídico la que cumple la referencia a la peligrosidad para la salud. Con ello el legislador ha querido poner de manifiesto que el bien jurídico protegido no es el medio ambiente -opción que sería necesaria de no hacerse mención expresa a la salud- y explicitar el principio de insignificancia respecto de este último bien jurídico protegido (lo que implica que conductas muy graves para el medio ambiente no serían típicas si no son al menos peligrosas para la salud). Entiendo que el bien jurídico protegido es la ‘salud pública’ y no la salud individual, en base a una interpretación sistemática derivada de la referencia que el propio artículo hace al art. 200 del Código Penal”⁶¹.

3. Nuestra posición: la salud pública como bien jurídico protegido

Si bien entendemos y comprendemos que el medio ambiente es un bien esencial para la supervivencia y por lo tanto debe ser protegido multidisciplinariamente, no analizamos en el presente trabajo las opciones dogmáticas y político criminales sobre la necesidad de tutelar penalmente al medioambiente y la necesidad de fijar un marco dentro del cual debe defenderse el entorno natural. Nos centramos exclusivamente en el análisis de la ley 24051 y es a su respecto que entendemos que en virtud del tratamiento de la ley 24051 el legislador vinculó decisivamente las normas penales que redactara con la tutela de la salud pública.

Precisamente, exponemos a continuación las razones que nos mantienen en la postura que el medio ambiente no está protegido penalmente en forma autónoma sino sólo en forma indirecta mediante el resguardo de la salud pública:

- Las normas penales proyectadas en la Ley 24051 significaban en el momento de su dictado una modificación directa del art. 200 del Código Penal, sin alterar la rúbrica respectiva (el resguardo a la salud pública). La ley de Residuos Peligrosos tuvo origen en la Cámara de Diputados el 7/8/1990 en un proyecto que contaba con 31 art.⁶² proponiendo la sustitución del art 200 y sgtes del Código Penal.

Al pasar a la Cámara de Senadores, las comisiones de Asistencia Social, Recursos Naturales, entre otras, presentan un proyecto de 67 art abordando su Régimen Penal en los art. 55 al 58 que no establecía una sustitución sino una remisión al art 200 y sgtes. Al volver a la Cámara de Diputados se aprueba (salvo una modificación al art 57) y surge la ley 24051.

En lo que respecta a las figuras delictivas contenidas en los arts. 55 y 56 del texto sancionado se advierte que, en sus orígenes, dichos tipos penales se injertaron como una reforma a dos figuras delictivas contenidas en el Capítulo 4, del Título VII del Código Penal. En definitiva: lo que se pretendió realizar con estas figuras fue una modificación a los delitos contra la salud pública. Esto se advierte a partir de la sola lectura de las fórmulas propuestas en el proyecto aprobado por Diputados. Es recién en la Cámara Revisora cuando, estos tipos penales adquieren cierta autonomía con respecto a los delitos previstos por el Código Penal en sus arts. 200 y 203. Sin embargo, pareciera que se trata de una autonomía más bien relativa por cuanto: a) el art. 55 (tal como fuera aprobado) sigue conteniendo una remisión a las penas del art. 200 del Código Penal y, b) tampoco queda claro que la voluntad histórica del legislador (en este caso: la cámara revisora), se orientase a definir un nuevo bien jurídico protegido (el medio ambiente).

56. En relación al tema de la presente Tesis, los anexos y la reglamentación de la Ley son fundamentales para analizar el medio comisivo :residuo peligroso que analizaremos oportunamente en el Capítulo VI.

57. Tabla 1 - niveles guía de calidad de agua para fuentes de agua de bebida humana con tratamiento convencional – tabla 2 niveles guía de calidad de agua para protección de vida acuática. agua dulce superficial tabla 3- niveles guía de calidad de agua para protección tabla 4- niveles guía de calidad de agua para protección de vida acuática. aguas salobres superficiales tabla 5 - niveles guía de calidad de agua para irrigación tabla 6 - niveles guía de calidad de agua para bebida de ganado tabla 7 - niveles guía de calidad de agua para recreación tabla 8 - niveles guía de calidad di agua para pesca industrial tabla 9 niveles guía de calidad de suelos –tabla 10 niveles guía de calidad de aire ambiental- tabla 11 estándares de emisiones gaseosas.

58. Tabla 1: Selección de materiales sensibles al agua- Tabla 2: Diferentes categorías de residuos infecciosos, listado de barrios riesgosos.

59. CREUS, Sebastián - GERVASONI Marcelo C., “Tipos penales de la ley de residuos peligrosos”, en Carlos Creus, Derecho penal. Parte Especial, 6a edición, actualizada y ampliada, Astrea, Bs. As., 1997, p. 69. cit por CESANO, José, “Consideraciones.... Ob cit pag 246)

60. LIBSTER, Mauricio “Delitos ecológicos,” ob cit p 244

61. Cfr. MANDELLI, en “Ley de residuos peligrosos”, en Daniel P. Carrera “Estudios de las figuras delictivas” T. II B Advocatus, Córdoba, 1994, p. 217 y en “La protección penal del medio ambiente en la Argentina: un objetivo aplazado” cit por Cesano, “Consideraciones ... ob cit pag 247, Asimismo. KALNAY, Jorge David: “Algunas consideraciones sobre el derecho pena ambiental argentino: Legislación doctrina y jurisprudencia” Suplemento de Derecho Ambiental. Farn- La Ley. Año V N° 1 Mayo, Bs. As., 1998 considera “El bien jurídico tutelado es la salud pública” - DONNA, Edgardo Alberto (cfr. “El estado actual de la dogmática del delito contra el ambiente”, en Mosset Iturraspe - Hutchinson - Donna, Daño ambiental, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, t. II, p. 322) aun cuando no realiza una interpretación propia, refiere que “... según parte de la doctrina [el bien jurídico tutelado por esta ley], es la salud pública (...).”

62. Hacemos referencia al proyecto posterior a su revisión por la Com. de Leg. Penal de la Cámara. Para el análisis íntegro del texto de estos proyectos: “Antecedentes Parlamentarios”, LL, 1996- B pgs 1735 a 1777

Por el contrario como lo establece el Dr. Balcarce en su libro "Derecho Penal Económico" Tomo II⁶³ de la lectura de la opinión del senador Vaca -cuya inserción se dispusiera al debatirse el proyecto en la Cámara Revisora- podría inferirse que," lo que se pretendió realizar, fue una regulación coyuntural de esta materia, ampliando las objetividades tuteladas por el artículo 200 del Código Penal, y hasta tanto se aprobara un proyecto de reforma al Código Penal, a la sazón, con trámite parlamentario en el Senado, en donde, efectivamente, se introducía la figura del delito ecológico"⁶⁴.

· La enunciación que contiene el art. 55 ("el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general") hizo pensar a algunos autores que, precisamente, por la consideración de sus elementos, este precepto está orientado a la específica protección del medio ambiente como un bien jurídico autónomo⁶⁵. Sin embargo enseña Ricardo C. Núñez que "la teoría pura señaló que el delito tiene tres objetividades: la material (cosa o persona sobre la que recae el delito), la ideológica (el fin del agente) y la jurídica (el derecho agredido por el delito).

"La objetividad jurídica del delito es la que en el círculo de los intereses o valoraciones constituidos en el seno de la comunidad ha merecido, como bien jurídico, la protección penal"⁶⁶.

Advierto lo siguiente para explicar que cuando el art. 55 se refiere a: "el suelo, el agua, la atmósfera y el medio ambiente en general", lo hace para definir las objetividades materiales del delito sobre las que debe recaer la conducta punible, mas no a su objetividad jurídica, concepto este que está constituido por el derecho que resulta agredido. En otras palabras: las acciones constitutivas de la figura delictiva ("envenenar", "adulterar", etcétera) serán típicas no sólo por recaer sobre las objetividades materiales mencionadas por la norma (suelo, agua, atmósfera), sino, y de manera fundamental, tanto que, a través de aquellas acciones, se ponga en peligro la salud humana (derecho agredido).

Así lo ha entendido la jurisprudencia:

"En los delitos de peligro debe determinarse la idoneidad de la acción para la creación del peligro, en relación con el bien jurídico protegido"⁶⁷.

"Debe arribarse a una comprobación precisa de las exigencias del tipo, es decir, que el vertido de los residuos de que se trata envenenen, adulteren o contaminen de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general"⁶⁸.

"Si no existe peligro para la salud, no existe este delito, aun cuando exista una verdadera alteración de los componentes. Es por esta razón, que no existe delito si se mezcla con el agua una sustancia inofensiva o inocua para la vida o la salud de las personas"⁶⁹.

Asimismo se expidió la Cámara en Alba S.A., reafirmando la necesidad del peligro para el bien jurídico "salud pública" ya que "para que quede configurado el delito del art 55 ley 24051, no basta el envenenar, adulterar o contaminar el suelo el agua la atmósfera o el ambiente en general, utilizando los residuos a que se refiere la ley, sino que ello debe darse de un modo peligroso para la salud"⁷⁰.

· La ubicación sistemática del precepto "medio ambiente" en la norma refleja la ausencia de su autonomía y su protección indirecta mediante el amparo de la salud pública. Así la ley considera quien envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Reiteramos: sólo será punible la contaminación, adulteración o envenenamiento de los elementos mencionados en la ley, en la medida que pongan en peligro la salud humana.

Es clara la diferencia por ejemplo en el Código Penal Español⁷¹ (1995) que tutela el medio ambiente, el mismo se encuentra tipificado en forma independiente en el Título XVI Capítulo III "De los delitos

63. Ob cit, pag 240.

64. "En cuanto al régimen penal, contemplado en el art. 9º, atendiendo al hecho de que se encuentra a estudio de este Congreso un proyecto de reforma global del Código Penal en el que se insertara un capítulo referido al delito ecológico, se ha reprimido con idénticas penas a las establecidas por el art. 200 de dicho Código, a quien envenenare, adulterare o contaminare, de modo peligroso para la salud, el suelo, el aire o el agua (...)" cfr. "Antecedentes parlamentarios", ob. cit., p. 18168.

65. CESANO, José "Consideraciones....ob cit, pag 249

66. Cfr. NÚÑEZ, "Parte general y parte especial del derecho penal -sus sistematizaciones-". Cuadernos de los Institutos, Instituto de Derecho Penal de la UN de Córdoba, N° 63, p. 58.

67. C. Fed San Martín Sala I , 26/8/92, "Constantini, Rodolfo y otros s/ averiguación contaminación Río Reconquista", JA 1993-I-199

68. C. Fed. San Martín, sala 1a, 17/9/93, "Alba S.A.", JA 1993-11-470

69. CAFFERATTA, Néstor A., "La utilidad de la experticia en la comprobación del cuerpo del delito penal ambiental por residuos peligrosos", JA 1994-1-580.

70. Sentencia de fecha 14/11/1992 pronunciada por la sala 1º, JA 1993, II, 471, con nota de CAFFERATTA, Néstor A., "Marcando pautas en materia de delitos ambientales". Contra la resolución disponiendo la prisión preventiva de los procesados por el delito del art. 55 Ver Texto ley 24051, se deduce recurso de nulidad y apelación. El expediente versa sobre la contaminación del arroyo Claro, que se habría ocasionado en virtud de emanaciones de líquidos que desde las instalaciones de Alba S. A. llegaban a aquél a través de un extenso caño de desagüe.

71. Para su consulta en www.laleydigital.es, y con la historia del derecho Penal Español desde 1822 en www.wikipedia.org

contra los recursos naturales y el medio ambiente". Estableciendo en su art 325 "Será castigado(...) el 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 que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (...)" De esta manera la Reforma de 1995 suprimió la referencia que anteriormente el Código Español de 1983 hacía al peligro para la salud⁷². Por ello, si normativamente nos referimos a la salud pública, no debemos forjar la norma hacia una protección autónoma del medio ambiente. De ser considerado, se debe tipificar correcta y claramente. Está de acuerdo con esta crítica Antonio Mateo Rodríguez - Arias al afirmar que: "La primera insuficiencia (al referirse a la anterior redacción del Código Español) (...) consiste en que no defiende el medio ambiente con plena autonomía, como le correspondería frente a otros bienes jurídicos concurrentes. Esta deficiencia se pone de manifiesto no sólo por la incorrecta ubicación sistemática del precepto, sino también por su contenido, ya que un estudio del mismo revela que la protección penal del medio ambiente se lleva a cabo a través de y respecto a bienes que, aun conexos (como pueden ser la vida, la integridad corporal, la salud pública...), no se pueden confundir con él (...)"⁷³.

En conclusión de este Capítulo, el Bien Jurídico protegido es la Salud Pública y por consiguiente no se configura el tipo penal objetivo si no existe un peligro para la misma aún cuando se hubiese producido una alteración o daño al medio ambiente

Capítulo V

1. La figura dolosa: Art 55

La norma en cuestión dispone: "Será reprimido con las mismas penas establecidas en el art. 200 del Código Penal, el que, utilizando los residuos a los que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión

2. Concurso con la normativa del Código Penal

La similar estructura de los artículos 200⁷⁴ del Código Penal y 55 de la ley 24051 nos obligan a la pregunta ¿existe una superposición normativa o las normas se dirigen a proteger ámbitos diferentes?

Es relevante para contestar dicho interrogante la postura que respecto al bien jurídico protegido adopte cada autor. Quienes sostienen que el bien jurídico de la ley 24051 es el medio ambiente se inclinan por considerar que las normas apuntan a ámbitos de protección radicalmente distintos⁷⁵.

Nosotros sostenemos⁷⁶ que el Capítulo IX de la ley 24051 es ampliatoria del Capítulo Quinto del Título VII del Código Penal: "Delitos contra la salud pública" por lo tanto sus figuras se excluyen por especialidad en virtud del concurso aparente.

72. Precisamente, la referencia a la "puesta en peligro de la salud", hizo reflexionar a Juan bustos Ramírez en el sentido que: "A pesar de que en principio el legislador estaba consciente de que el medio ambiente es algo diferente a la salud pública, en definitiva al tipificar incurrió en confusiones". Ello así, por cuanto, al agregar "un elemento ajeno al bien jurídico protegido, cual es la salud pública, (...) se desnaturaliza el bien jurídico medio ambiente (...)" (cfr. Manual de derecho penal. Parte Especial, 1a edición, Ariel, Barcelona, 1986, p. 354).

73. Derecho penal y protección del medio ambiente, Colex, Madrid, 1992, p. 247 cit por Cesano ob cit pag 250

74. ARTICULO 200. - Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión. Código Penal Capítulo IV Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas

75. En este sentido MAHIQUES, Carlos A. Dir. : "Leyes Penales Especiales". Tomo 1 Ed. Fabián J Di Plácido, Buenos Aires, 2004 sostiene que "...ello se advierte no sólo en el plano del bien jurídico protegido, que en el primer caso es la salud pública, mientras que en el segundo es el medio ambiente, sino principalmente en el objeto de protección de la norma. Así, el artículo 200 tiende a la protección de la salud general de las personas, mediante la prohibición de realizar las acciones típicas respecto de aguas potables, sustancias alimenticias o sustancias medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas. El artículo 55 de la Ley de Residuos Peligrosos, en cambio, prescribe que la comisión de las acciones consagradas devendrán típicas cuando recaigan sobre el aire, la tierra, el agua o el medio ambiente en general. Por ende, el único punto de contacto entre ambas figuras es el agua, pero solamente cuando sea potable, y tenga el destino señalado por el artículo 200 del Código Penal..."

76. Luego de postularnos por la salud pública como bien jurídico protegido de la Ley 24051 en el Cap IV

Mientras que el art. 200 se refiere a aguas potables, sustancias alimenticias o medicinales (objetivos materiales), el 55 de la ley 24051 amplía la tutela hacia el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Por lo tanto el art 200 se superpone al art 55, salvo en aquellos casos en que la adulteración o el envenenamiento de aguas potables ocurra “mediante desechos no contemplados por la mencionada ley”⁷⁷.

Se presenta en el caso de estudio un concurso aparente de leyes en virtud de una figura que abarca o incluye a la otra u otras, de modo que, frente a un hecho real, la concreción de uno de los tipos implica (o puede implicar) también la de los demás, pero su esencia radica en que ese hecho solo puede enjuiciarse por uno de esos tipos y los restantes retroceden⁷⁸.

Se trata de tipos que guardan entre sí una manifiesta incompatibilidad de tal modo que no pueden aplicarse conjuntamente al mismo hecho, pues ello violaría el non bis in ídem⁷⁹.

En definitiva, el art 55 LRP “se trata de un delito de peligro, que amplía notablemente la punibilidad que preveía el art. 200 del Código Penal”⁸⁰.

3. El tipo objetivo

3.a) Las Acciones típicas

La figura analizada toma como acciones típicas aquellas que configuran el delito de envenenamiento consagrado en el 200 del Código Penal, es decir, envenenar y adulterar, agregando la de contaminar.

Envenenar implica mezclar alguna sustancia con veneno, o convertirla por medio de un determinado proceso en tóxica, mediante la introducción de otra sustancia que transforme en tal a la original⁸¹.

Por su parte, adulterar significa alterar la sustancia o esencia de una cosa, de modo tal que se cambien las propiedades inherentes a la original⁸².

La distinción entre estas dos acciones típicas ha sido considerada por Mandelli, al expresar que: “... la diferencia entre el envenenamiento y la adulteración se encontraría en la composición del elemento nocivo, que si bien en ambos casos actúa por inmersión y agregación, en el primero debe ser químicamente tóxico o volver tal la mezcla y en la adulteración no”⁸³.

Finalmente se ha entendido por contaminar “el acto o el resultado de irrupción, vertimiento o introducción artificial en un medio dado de cualquier elemento ó factor que altere negativamente las propiedades bióticas del mismo, superando provisoria o definitivamente, parcial o totalmente, la capacidad defensiva y regenerativa del sistema ‘para digerir o reciclar elementos extraños, por no estar neutralizados por mecanismos compensatorios naturales’⁸⁴. En otras palabras, contaminar significa introducir al medio ambiente cualquier factor que anule o disminuya sus funciones bióticas⁸⁵.

En lo que respecta a la última acción típica (esto es: contaminar) pareciera haber consenso en que, la misma, aparecería en una suerte de relación de especialidad (en el sentido de quien va de lo general a lo particular) con la adulteración; verbo este último que contendría a aquélla. Es decir, se afirma que quien contamina adultera⁸⁶.

Pese a esta vinculación, Cesano ha analizado un criterio de distinción sosteniendo que éste radica en “el modo de operar del elemento nocivo utilizado para corromper la sustancia de una cosa”. Mientras en la adulteración y el envenenamiento aquéllos actúan por inmersión o agregación, en la contaminación actúan desde el exterior, por ser aero dispersables⁸⁷.

77. Conformidad Balcarce ob cit pag 251, y MANDELI, ADRIANA, “Ley de Residuos peligrosos”, en Daniel P Carrera ob cit pag 221

78. FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal, Parte General, t III, p 247, Pessoa, concurso de delitos, , tI “ Concurso de tipos penales”, p 73

79. CARAMUTTI, “Concurso de delitos” Hammurabi, 2005 pag 182

80. Así lo entendió al hacer mención sobre el tipo penal de la Ley 24051 la Cámara Federal de San Martín, Sala I, Secretaría Penal N° 1; autos N° 3401, “Wentzel, Jochen Ernst y otro s/ley 24.051”, rta. el 16/10/1992.

81. Cfr. LIBSTER, “Delitos Ecológicos” ob cit, pag. 178.

82. Ibidem

83. Cfr. MANDELLI, ob. cit., pag 81

84. CAFFERATTA, “La utilidad de la experticia...” ob cit pag 580

85. Ibidem

86. CESANO “Consideraciones...” ob cit pag 262

87. Ibidem pag 263 donde considera además que a tal diferenciación se puede llegar a partir de la utilización de un canon de interpretación genético. En efecto, la voz contaminación fue introducida, por primera vez en nuestro sistema, a partir de la modificación del art. 200 del Código Penal por obra de la denominada “ley” 17567- norma ésta que se basa en el art 255 del Proyecto Soler de 1960-, razón por la cual, las consideraciones del autor de aquel proyecto (Sebastián Soler) adquieren indiscutible valor hermenéutico para la inteligencia de este verbo. Y es del caso que, el propio Soler sostuvo que la incorporación de la acción de contaminar encontraba su fundamento en la necesidad de comprender procesos de “irradiación” (esto es, en su significación lingüística, aquella energía ondulatoria o partículas materiales “que se propagan a través del espacio”)

3.b) El medio comisivo: el residuo peligroso

El art 55 en análisis exige que las acciones típicas se realicen “utilizando los residuos a que se refiere la presente ley”. De manera que, el concepto de residuo peligroso tiene un sentido instrumental, respecto a la realización de las acciones normadas.

Debemos por tanto analizar diferentes aspectos para comprender las exigencias – no tan simple como parece- que establece la ley para considerar el medio comisivo preguntándonos en principio qué es un residuo, cuándo se entiende que es peligroso y cuáles son los referidos por la ley.

3.b) I Concepto de residuo

Consideramos que la comprensión del concepto necesita una interpretación jurídico valorativa⁸⁸ debido a que el texto legal se ha encargado de decir que los residuos a que alude el tipo penal, son aquellos a los que se refiere “la presente ley”⁸⁹.

Así, en cuanto a la expresión “residuo”, según el “Glosario” -que se adjunta como Anexo I del decreto N° 831/1993, comprende “a todo material que resulte objeto de desecho o abandono” (cfr. punto 27 del anexo mencionado).

RESIDUO: <i>todo material que resulte objeto de desecho o abandono</i> (Decreto Reglamentario N° 831/1993 Anexo I punto 27)	
PELIGROSO: <i>“Será considerado peligroso (...) todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos, o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley”. (Art 2°, 1° y 2° párrafos, ley 24.051.)</i>	
ANEXO I CATEGORÍAS SOMETIDAS A CONTROL	ANEXO II LISTA DE CARACTERÍSTICAS PELIGROSAS
<p>Corrientes de desechos Desechos:</p> <ul style="list-style-type: none"> -clínicos resultantes de la atención medica prestada en hospitales, centros médicos y clínicas para la salud humana y animal -resultantes de la producción y preparación de productos farmacéuticos o de los propios productos (para salud humana y animal) -resultantes de la producción, la preparación y utilización de: <ul style="list-style-type: none"> -biocidas y productos fitosanitarios -productos químicos para preservación de la madera. - disolventes orgánicos. - tintas, colorantes, pigmentos, pinturas, lacas o barnices. - resinas, látex, plastificantes o colas y adhesivos. - productos químicos y materiales para fines fotográficos -que contengan cianuros, resultantes del tratamiento térmico y las operaciones de temple - de aceites minerales no aptos para el uso a que estaban destinados - mezclas y emulsiones de desecho de aceite y agua o de hidrocarburos y agua. - sustancias y artículos de desecho que contengan o estén contaminados por bifenilos policlorados (PCB), trifenilos policlorados (PCT) o bifenilos polibromados (PBB) -alquitranados resultantes de la refinación, destilación o cualquier otro tratamiento pirolítico -sustancias químicas de desecho, no identificadas o nuevas, resultantes de al investigación y el desarrollo o de las actividades de enseñanza y cuyos efectos en el ser humano o medio ambiente no se conozcan. - de carácter explosivo que no estén sometidos a una legislación diferente - resultantes del tratamiento de superficies de metales y plásticos o de las operaciones de eliminación de desechos industriales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Explosivos: toda sustancia que por sí misma es capaz, mediante reacción química, de emitir un gas a una temperatura, presión y velocidad tales que puedan ocasionar daño a la zona circundante. - Líquidos inflamables: que emiten vapores inflamables a temperaturas no mayores de 60,5 °C, en ensayos con cubeta cerrada, o no más de 65,6 °C, en ensayos con cubeta abierta - Sólidos inflamables: distintos a los clasificados como explosivos, que en las condiciones prevalecientes durante el transporte son fácilmente combustibles o pueden causar un incendio o contribuir al mismo, debido a la fricción. - Sustancias o desechos susceptibles de combustión espontánea - Sustancias o desechos que, en contacto con el agua, emiten gases inflamables: - Oxidantes: que, sin ser necesariamente combustibles, pueden, en general, al ceder oxígeno, causar o favorecer la combustión de otros materiales. - Peróxidos orgánicos: contienen la estructura bivalente — O-O —. Son sustancias inestables térmicamente - Tóxicos (venenosos) agudos: que pueden causar la muerte o lesiones graves o daños a la salud humana, si se ingieren o inhalan o entran en contacto con la piel. - Sustancias infecciosas: que contienen microorganismos viables o sus toxinas, agentes conocidos o supuestos de enfermedades en los animales o en el hombre. - Corrosivos: por acción química, causan daños graves en los tejidos vivos que tocan. - Liberación de gases tóxicos en contacto con el agua o aire - Sustancias tóxicas (con efectos retardados o crónicos) que de ser aspirados o ingeridos, o de penetrar en la piel pueden entrañar efectos retardados o crónicos, incluso la carcinogenia. - Ecotóxicos sustancias o desechos que si se liberan tiene o pueden tener efectos adversos inmediatos o retardados en el medio ambiente debido a la bioacumulación o a los efectos tóxicos en los sistemas bióticos. - Sustancias que pueden, por algún medio después de su eliminación, dar origen otra sustancia, por ej. Un producto de lixiviación, que posee algunas de las características expuestas.

88. Cfr CESANO , “Consideraciones ob cit pag 264

89. Parte de la doctrina se basa en definiciones doctrinarias o de diccionario. Así MAHIQUES, “Leyes penales... ob cit pag 282 considera que conforme al Diccionario de la Real Academia Española, residuo significa “parte o porción que queda de un todo” o “lo que resulta de la descomposición o destrucción de una cosa”. Por nuestra parte debemos considerar únicamente lo establecido jurídicamente.

Pero sin duda, lo relevante para la construcción de este concepto, reside en conocer cómo realiza la ley la determinación de que un determinado residuo, posee el carácter de peligroso.

Según el art. 2°, 1er y 2° párrafos, de la ley 24.051, “Será considerado peligroso (...) todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos, o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general.

En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley”.

Siguiendo estos lineamientos, en el Anexo I de la ley se indican, en particular, qué residuos son considerados peligrosos (sea por poseer elementos o compuestos químicos peligrosos en sí mismos [por ejemplo metales carbonillos; berilio; compuestos del cromo hexavalente; etcétera] o por tener su origen en actividades industriales y/o procesos con alta posibilidad de producir residuos que contengan compuestos peligrosos [por ejemplo: desechos resultantes de la producción, preparación y utilización de biocidas y productos fitosanitarios; desechos que contengan cianuros, resultantes del tratamiento térmico y las operaciones de temple; etcétera⁹⁰]).

Por su parte, en el Anexo II, se mencionan características peligrosas o de riesgo (Ej.: explosivos; líquidos inflamables; sólidos inflamables; etcétera⁹¹) que, de poseerlas, conducen a que el residuo en cuestión quede comprendido dentro de las categorías sometidas a control.

Diffícil es sobre esta base normativa, llegar a un concepto preciso del término de la ley, situación que se complica aún más en virtud a la primera parte del 2do párrafo del art 2 de la ley de análisis que –recordamos- establece el concepto “En particular.....”. ¿Significa esto que puede considerarse el párrafo primero independiente del segundo? Dicha posibilidad significaría que un residuo pueda considerarse peligroso aun si puede “causar daño, directa o indirectamente a seres vivos o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general” excediendo los límites de los anexos.

Negamos la posibilidad y adherimos a la postura de Cesano que sostiene “... la textura amplia que ofrece el párrafo 1° del art. 2°, al integrar conceptualmente el medio comisivo del art. 55, aproxima a dicha norma a un tipo penal abierto que, como toda estructura de esas características, tensiona, claramente, garantías políticas superiores (concretamente: el principio de legalidad y sus consecuencias). Al ser esto así, propiciamos que la determinación del carácter peligroso del residuo, sólo se realice a partir de los estándares que surgen de ambos anexos de la ley (I y II)⁹².”

Por otra parte debemos analizar el art. 64 de la ley y el art. 2, 2° párrafo del decreto reglamentario.

La primera norma autoriza a la autoridad de aplicación a introducir en los anexos de la ley las modificaciones que correspondiere “en atención a los avances científicos o tecnológicos”⁹³.

Por su parte, el 2° párrafo del art. 2 del decreto reglamentario preceptúa: “En lo que respecta a las categorías, las características y las operaciones de los residuos peligrosos enunciados en los Anexos I y II de la ley 24.051, y de acuerdo con las atribuciones conferidas en el art. 64 de la misma, la autoridad de aplicación emitirá las enmiendas o incorporaciones que considere necesarias, y se expedirá sobre el particular anualmente, excepto cuando en casos extraordinarios y por razones fundadas deba hacerlo en lapsos más breves⁹⁴”.

A partir de estas disposiciones, se sostiene que el concepto de residuo peligroso ha sido legislado mediante la técnica de una ley en blanco.

La ley penal en blanco, en términos muy generales, puede ser caracterizada como aquella en la que una parte del supuesto de hecho se encuentra en una disposición distinta de la ley que contiene la amenaza penal⁹⁵. Es decir: en la ley en blanco, el supuesto de hecho parcialmente debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima

90. Los compuestos son enumeradas entre los incisos 19 a 48 del anexo y las industrias o procesos son enunciados en el Anexo I, entre los incisos 1 y 18 bajo la denominación común de “corrientes de desechos”.

91. Los caracteres están enunciados entre los incisos 1 a 13 del Anexo II.

92. CESANO “Consideraciones...” ob cit pag 267. Por su parte y como una opinión casi aislada en la doctrina ALBANO Osvaldo O. “Inconstitucionalidad del tipo penal genérico, en la aplicación de la ley de residuos peligrosos”, JA, 1994, p. 787 sostiene que al violar el principio de legalidad la norma es inconstitucional.

93. Art. 64. — Sin perjuicio de las modificaciones que la autoridad de aplicación pudiere introducir en atención a los avances científicos o tecnológicos, integran la presente ley los anexos que a continuación se detallan:

I — Categorías sometidas a control.

II — Lista de características peligrosas.

III — Operaciones de eliminación.

94. Art 2 Decreto Reglamentario: Art. 2° - Son residuos peligrosos los definidos en el artículo 2° de la ley. En lo que respecta a las categorías, las características y las operaciones de los residuos peligrosos enunciados en los Anexos I y II de la Ley N° 24.051, y de acuerdo con las atribuciones conferidas en el artículo 64 de la misma, la Autoridad de Aplicación emitirá las enmiendas o incorporaciones que considere necesarias, y se expedirá sobre el particular anualmente, excepto cuando en casos extraordinarios y por razones fundadas deba hacerlo por lapsos más breves.

95. La Ley 24.051 y el presente reglamento se aplicará también a aquellos residuos peligrosos que pudieren considerarse insumos (Anexo I, Glosario) para otros procesos industriales.

Sin adentrar en esta tesis a las consideraciones sobre la constitucionalidad y análisis de las leyes penales en blanco, nos limitaremos a analizar el interrogante: ¿puede la autoridad de aplicación actualizar los Anexos I y II?

Concluimos afirmativamente basándonos en dos premisas⁹⁶

- En primer lugar, cuando el art. 55 utiliza la expresión “residuos” (peligrosos), si bien, tal elemento normativo puede fluctuar en atención a futuras incorporaciones de nuevas categorías prohibidas por parte de la autoridad de aplicación (al modificar los Anexos I y II), la hipótesis de hecho de la norma contiene la definición de lo prohibido (esto es: envenenar, adulterar y contaminar, las objetividades materiales, utilizando estos residuos). De esta manera. “la norma penal en blanco define el núcleo central de la conducta criminal, y con ello, se satisfacen las exigencias del principio de legalidad”⁹⁷.
- En segundo lugar, la posibilidad de que una instancia distinta a la legislativa (en este caso, el Poder Ejecutivo Nacional, a través de la Secretaría de Recursos Naturales y ambiente humano) actualice la nómina de sustancias o de actividades que tornan peligroso el residuo, tampoco ofrecería problemas desde que, dicha instancia, tiene plena competencia para realizar esa labor. Ello no sólo porque es la propia ley la que lo habilita a hacerlo (art. 64) sino que, además, la facultad reglamentaria del poder ejecutivo (art. 99, inciso 2° de la CN), en la medida que no define la conducta prohibida (lo que sí violaría el principio de indelegabilidad) sino que se limita a operar poniendo al día aquellas categorías peligrosas, se desarrolla dentro de la órbita de sus competencias legítimas⁹⁸.

Es en virtud de dicha facultad otorgada al poder ejecutivo que por Resolución 897/2002 (SAOS) se ha incorporado en el Anexo I de la ley 24051 a “Todos los materiales y/o elementos diversos contaminados con alguno o algunos de los residuos peligrosos identificados en el Anexo I o que presenten alguna o algunas de las características peligrosas enumeradas en el Anexo II de la presente Ley”. (Ej. Envases, contenedores y/o recipientes en general).

Resta por enfatizar el punto más comentado en la doctrina y que se refiere al carácter enunciativo o taxativo de las sustancias previstas en los Anexos I y II.

Sostenemos que la conducta no será típica si no está contenida en los Anexos I y II, sea en su redacción original o con las actualizaciones que la autoridad de aplicación (art. 64) hubiese agregado⁹⁹.

Encontramos en la doctrina una postura opuesta. Así Carlos A. Mahiques sostiene que las enumeraciones contenidas en los Anexos I y II de la ley no son taxativas, sino enumerativas. Cita el fallo Wentzel¹⁰⁰ que en forma acorde a su postura señala “Cualquier sustancia, con tal que sea peligrosa para la salud, etc. (art 2) y, en particular, las que figuran en el Anexo de la ley. Es decir, residuos peligrosos allí enumerados a modo de ejemplo”¹⁰¹. Del mismo modo Víctor M Sosa concluye “...se penan las conductas realizadas con residuos peligrosos, que son los enumerados a modo de ejemplo en los Anexos I y II de la ley. En consecuencia, no debe tomarse la lista con carácter taxativo”¹⁰².

Consideramos sin embargo que nuestra postura (taxativa) respeta claramente los principios del Derecho Penal en virtud de los cuales la legalidad exige la concreta tipicidad sin dar lugar a analogía.

96. En el Anexo IV del presente decreto, se determina la forma de identificar a un residuo como peligroso, acorde a lo establecido en los Anexos I y II de la Ley 24.051.

97. Cfr SANTANA VEGA, “El concepto de la ley penal en blanco”, Ad –Hoc, Bs As, 2000 pag 28

98. Conclusiones de CESANO en “Consideraciones...” ob cit pag 270

99. REYNAALFARO, Luis Miguel “La protección Penal del Medio Ambiente” Revista de derecho penal, procesal penal y criminología año 2 N° 4 ediciones jurídicas Cuyo, 2003 www.criminet.net

100. El hecho de no definir la conducta prohibida la norma complementaria ha sido aceptada en el derecho comparado peruano. Así REYNAALFARO ob cit. entiende que “las normas penales en blanco no afectan, en especial, el principio de legalidad penal, salvo aquellos casos en que la norma extrapenal, integrante de la norma punitiva, describa la prohibición de manera difusa, afectando la certeza de la ley, lo que puede incluso ocurrir en leyes que no recurran a la técnica del reenvío. No se puede, en consecuencia, hablar de una singular afectación al principio de legalidad a través de las normas penales en blanco. Debemos aclarar que nuestra postura no se encuentra basada en aspectos utilitarios o pragmáticos o de eficacia de la intervención punitiva, pues si bien resulta ser la solución normativa adecuada para la represión de comportamientos de extrema complejidad, en la medida que permite la adaptación de la norma a los cambios de índole social y técnicos, nos encontramos convencidos que el empleo de la referida técnica legislativa mantiene indemne el principio de legalidad penal pues como afirma Muñoz Conde “la norma penal en blanco, una vez completada, es tan norma penal como cualquier otra. Desde un punto de vista estructural la norma penal en blanco no plantea, por consiguiente, especiales dificultades, el supuesto de hecho consignado en la norma extra penal pertenece a la norma penal, integrándola o completándola”

101. Cfr CESANO “Consideraciones...” ob cit pag 271

102. Cámara Federal de San Martín, Sala I, Secretaría Penal N° 1; autos N° 3401, “Wentzel, Jochen Ernst y otro s/ley 24.051”, rta. el 16/10/1992.

3.b) II Desecho o abandono... ¿es fundamental el elemento económico?

¿Puede algo que no sea abandonado o desechado ser considerado un residuo?

¿Puede algo con valor económico ser considerado un desecho?

A fin de contestar dichos interrogantes analizaremos el fallo “Estrella Pampeana c/ Sea Paraná”¹⁰³.

Los hechos¹⁰⁴: A la altura del kilómetro 93 del Canal Intermedio del Río de la Plata, se produce una colisión (abordaje) entre dos buques. El “Estrella Pampeana”, de bandera liberiana, que venía con un cargamento de petróleo crudo, es colisionado por el buque Sea Paraná, de pabellón alemán. Como consecuencia del abordaje se produce un derrame de petróleo de aproximadamente 5200 m³ a la superficie del agua. Como resultado del derrame se provocó una mancha de 1000 metros de largo por 600 metros de ancho, la que viajaba hacia el exterior del Río de la Plata.

Atento a la producción del evento se promueve una acción por infracción a la ley 24051. El juez de primera instancia determina inaplicable la figura penal prevista en la Ley Nacional de Residuos Peligrosos por entender que el producto derramado se trataba de una sustancia valiosa y no de un residuo. Sostiene que no estamos en presencia de un residuo porque el petróleo es un “producto valioso”. Al encontrarse ausente el elemento económico considera que no es necesario analizar si es peligroso o si pertenece a otra categoría, porque el mismo no es residuo y por ende la conducta es atípica¹⁰⁵.

Para analizar la postura de juez referido tendremos que diferenciar principalmente lo que es un residuo de lo que es una sustancia o un producto. Porque para poder aplicar las figuras típicas de los arts. 55 se nos exige la presencia de un residuo y no de una sustancia, es decir, un “desecho”, algo que no sea más deseado -como vemos-, con una fuerte impronta del elemento voluntario¹⁰⁶.

Así, por ejemplo, podemos tener cianuro como sustancia industrial. Sería una sustancia peligrosísima pero no un residuo. El transporte de cianuro sería transporte de sustancia peligrosa, pero ¿cuándo éste pasa a ser residuo peligroso?

Si tomamos en cuenta que la sustancia pasa a ser residuo cuando pierde su valor nos enfrentamos al problema de que la consideración de una sustancia por un individuo como residuo dependerá del contexto cultural.

Por ende esta postura no es satisfactoria. “Si permitimos que la aplicación del sistema legal dependa de una valoración subjetiva del titular de las cosas controvertidas el sistema se verá burlado todo el tiempo. Pero además porque sería imposible encarar una política global de residuos si no se poseen definiciones comunes en los diferentes ordenamientos. La jurisprudencia comparada de la Comunidad Europea tiene dicho que este concepto de residuo no excluye a las sustancias susceptibles de reutilización económica ni presupone en el poseedor la intención de excluir cualquier reutilización económica por terceros (SSTJ. del 28/3/1990)¹⁰⁷”.

Como vemos, no es fundamental la valoración subjetiva para definir la calidad de residuo en la actualidad¹⁰⁸, sobre todo a la luz de los elementos de la prevención y la precaución

En nuestro país, sin embargo, alguna doctrina se ha quedado aún con el viejo criterio. Para Juan M. Siano es fundamental el elemento voluntario estrechamente vinculado con el económico: “...es claro que los conceptos de abandono o desecho son los que priman a la hora de definir si nos encontramos o no frente a un residuo... Residuos peligrosos serían aquellos materiales remanentes de un actividad o proceso industrial que son voluntariamente descartados” Para Pedro M. Andereggen de los anexos I, II y III de la ley tampoco se puede afirmar que el petróleo sea un residuo peligroso. “No debe caerse en la confusión entre lo que es legalmente un residuo (único medio comisivo típico) y lo que son las sustancias químicas que contenidas en un residuo o corriente de residuos o desechos pueden hacer peligroso a aquél¹⁰⁹”.

Por nuestra parte adherimos al criterio del juez de Cámara al apelarse el fallo “Estrella Pampeana” cuyos principales argumentos podemos resumir de la siguiente manera:

- Se comienza describiendo al petróleo crudo, cuando se lo extrae desde las entrañas de la tierra y se lo transporta por vía marítima y fluvial como una “sustancia/mercancía peligrosa”. En este punto no se puede definir al petróleo como residuo, dice el fallo (punto 4.6.2). Por lo tanto, pareciera que la doctrina de la sentencia de la Cámara excluiría de la ley 24051 a las sustancias peligrosas.
- Pero sucedida una contingencia como un abordaje, con el consiguiente derrame de crudo, esta sustancia produce impacto en el ambiente.
- Es este derrame de la sustancia lo que produce diferentes fenómenos físicos y químicos que alteran diversamente la composición original del petróleo (apartado 4.6.2.3).
- Esto hace cambiar la composición y la definición de “materia prima” por la de “residuo”.
- Luego se aborda el criterio económico para desvirtuar la falta de calificación ensayada por el magistrado de primera instancia y se dice que el petróleo en la naturaleza no es residuo, pero cuando es derramado pasa a ser una sustancia indeseable, sin valor económico. Es más, será una sustancia que obligará al agente que la derramó a quitarla, por el alto impacto ambiental que la misma produce.

- Finalmente dice: la mezcla petróleo/suelo/agua no es una materia prima útil, es residuo. Ésta es la clave del fallo, porque desde este punto se define como residuo peligroso a la sustancia producto del derrame y la característica de peligrosidad se asigna debido a los impactos ambientales causados por ella.

Ésta es la novedad de la sentencia en comentario: la calificación de residuo no surge del petróleo sino de la sustancia producto del derrame: petróleo+suelo+agua. El petróleo por sí solo no es ni residuo ni peligroso. Será sustancia. Diferente es el producto del derrame, que sí es por un lado residuo (porque es un desecho en los términos voluntarios y económicos de la definición) y peligroso, por el impacto ambiental que produce (art. 2) y por estar incluido dentro de los anexos (art. 2 y anexos vinculados al aspecto discriminatorio de la definición de la ley).

3.b) III Los residuos domiciliarios

Es necesario recordar que, según el 4° párrafo del art. 1° de la ley, “Quedan excluidos de los alcances (...) [de la misma] los residuos domiciliarios, los radioactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques, los que se regirán por leyes especiales y convenios internacionales vigentes en la materia”.

3 b) IV Residuos patológicos

Un residuo patológico es aquel que posee características infecciosas

Infección es el ingreso y desarrollo o multiplicación de un agente patógeno en el cuerpo de un ser humano o bien de un animal.

Como resultado de las actividades hospitalarias, se generan residuos que presentan características tales que hacen imprescindible prestar especial cuidado a la gestión de los mismos¹¹⁰.

La ley 24051 aclara la denominación en su art 19 considerando patológicos a:

- a) Residuos provenientes de cultivos de laboratorio;
- b) Restos de sangre y de sus derivados;
- c) Residuos orgánicos provenientes del quirófano
- d) Restos de animales producto de la investigación médica;
- e) Algodones, gasas, vendas usadas, ampollas, jeringas, objetos cortantes o punzantes, materiales descartables, elementos impregnados con sangre u otras sustancias putrescibles que no se esterilizan;
- f) Agentes quimioterápicos.

La infecciosidad identifica a aquellos residuos capaces de provocar una enfermedad infecciosa. El residuo, contiene potencialmente, microorganismos patógenos, con suficiente virulencia y en tal cantidad, que la exposición al mismo por parte de un huésped susceptible puede derivar en una enfermedad infecciosa.

103. MAHIQUES, “Leyes penales especiales” ob cit pag 283

104. SOSA, Víctor M: “Ambiente y Derecho Penal”, Revista de Derecho ambiental N° Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina. Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental. Material de Trabajo y Declaración de Buenos Aires FARN 2003 pag 125

105. C. Fed. La Plata, sala 3a, 15/8/2002 - B/T Estrella Pampeana. Bandera liberiana y B/M Sea Paraná. Bandera alemana

106. Los mismos son resumidos a los fines de centrarnos en el punto de análisis y sin considerar lo resuelto en virtud del conflicto de competencia que se presenta en el fallo a comentar.

107. En sintonía con esta postura tenemos el antecedente “Refinor” de la C. Fed. Salta., (18/02/99, “Refinor SA Varela, Jorge O s/ infracción ley 24051) Se trataba del caso de un derrame de gasoil producido a raíz de una avería en el poliducto Gamper Durán Montecristo de la firma Refinor S. A., ocurrido el 1/6/1997 en el paraje Los Toldos en el departamento General Güemes. La sentencia analiza la calidad de residuo peligroso a partir de la enumeración de sustancias registrada en el anexo I y a los que posean alguna de las características de riesgo enumeradas en el anexo II. Pero, en definitiva, ensaya una interpretación literal de la norma para analizar el concepto de residuo y desecha al gasoil de la categoría porque define a éste como “lo que queda después de haber escogido lo mejor y más útil de una cosa” (“Diccionario de la Real Academia Española”) Entiende, “El gasoil derramado en la emergencia no puede considerarse residuo ni desecho, habida cuenta de que tenía valor para la industria y el comercio” con el mismo criterio el Juzg. Fed. Comodoro Rivadavia de fecha 21/9/1993. Averiguación Pta. de infracción de ley 24051 (Operaciones de Monoboya Caleta Olivares B/T Pte. Arturo Illia”. Según la doctrina de este fallo el petróleo derramado no es residuo pues es una materia prima con valor económico que puede ser sometida a proceso industrial.

108. Recordando que el concepto de residuo se amplía en la ley, ya que el complemento de esa definición lo darán los componentes que deben estar presentes en el residuo para que éste sea peligroso (Anexos I y II)

109. ESAIN, José- GARCIA MINELLA, Gabriela :” El derrame de petróleo en las costas de Magdalena: Breves consideraciones acerca de las figuras penales y la justicia competente en la Ley Nacional de Residuos Peligrosos (Ley 24051) Lexis Nexis JA 2004-II- 314 punto 3 b

110. SIANO, Juan M., revista “Empresa & Medio Ambiente”, sección “Legislación ambiental”, octubre de 1997, ps. 30 y 31, Andereggen, Pedro J. M., “Acerca del concepto de residuo”, ED del 13/9/2002, p. 13. citados por ESAIN ob cit punto 3b

Los residuos patológicos deben segregarse en bolsas rojas, según la Resolución 349/94 MSyAS¹¹¹.

El acto de envenenar, adulterar o contaminar de un modo peligroso para la salud, el agua, la atmósfera o el ambiente en general mediante residuos patológicos como medio comisivo encuadra en las disposiciones penales de la ley 24051

Los residuos patológicos reciben en materia penal las mismas disposiciones y exigencias que los demás residuos peligrosos contemplados en los Anexos I y II de la LRP.

Es en virtud de ésta última afirmación que no coincidimos con la postura jurisprudencial de otorgarles un tratamiento especial como delitos de peligro abstracto. Así en la causa Molina Miguel¹¹² se sostuvo que a dichos residuos en la ley argentina se les da un tratamiento especial, puesto que estos residuos “propagan por microbios patógenos que determinan que las enfermedades de tal carácter se puedan adquirir por el contacto directo o indirecto con ínfimas cantidades de desechos, la peligrosidad para la salud se encuentra implícita en el origen y en la calidad del residuo, razón por la cual basta con la sola previsión legal para que el desecho revista naturaleza peligrosa en los términos de la ley 24.051”. Del mismo modo en Charry, Jorge Omar s/inf. Ley24.051¹¹³ “...es oportuno dejar sentado que la naturaleza de los delitos investigados, en tanto refieren a desechos patológicos....determina a que se los categorice como de peligro abstracto, bastando para su consumación el acto de arrojar residuos de tal naturaleza, sin necesidad de acreditar puntualmente el efectivo poder contaminante que posea cada uno de tales desechos...”.

Reiteramos que, tal como expondremos y analizaremos en el punto 5 del presente Capítulo, todos los delitos tipificados por ley 24051 son de peligro concreto, y por ende, incluso en aquellos realizados mediante residuos patológicos debe probarse la posibilidad de afectar mediante el poder contaminante de dichos residuos la salud de las personas como bien jurídico protegido en forma concreta

3.b) V Cuadro Sinóptico de Residuos Peligrosos

RESIDUO: todo material que resulte objeto de desecho o abandono (Decreto Reglamentario N° 831/1993 Anexo I punto 27) PELIGROSO “Será considerado peligroso (...) todo residuo que pueda causar daño, directa o indirectamente, a seres vivos, o contaminar el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. En particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de esta ley”. (Art 2°, 1er y 2° párrafos, ley 24.051,)

Anexo I

Categorías sometidas a control

Anexo II

Lista de características peligrosas

4. Las objetividades materiales

El objeto material es aquel sobre el cual recae físicamente la acción delictiva; no identificándose (como ya analizamos en el Capítulo IV con el bien jurídico penalmente tutelado (Salud Pública)¹¹⁴.

En el caso del tipo penal que analizamos, dichas objetividades materiales están conformadas por: el suelo, el agua, la atmósfera y el ambiente en general. En lo que sigue, nos ocuparemos de estos conceptos.

- a) En lo que respecta al suelo, ni la ley ni el decreto 831/1993 lo definen. Sin embargo, la norma reglamentaria, enumera los espacios que quedan comprendidos dentro de esta categoría; a saber: residencial, industrial, agrícola y los sujetos a saneamiento y recuperación (art. 2° del Anexo I.b del decreto reglamentario [anexo que lleva por título la rúbrica de “clasificación de cuerpos receptores”]).
- b) En lo que concierne al agua, si bien tampoco existe una definición legal, la norma reglamentaria (el art. 3° del Anexo I.b, del decreto reglamentario), incluye dentro de este concepto a:
 - Aguas dulces superficiales; y dentro de ellas las siguientes categorías protegidas: fuentes de agua potable con tratamiento convencional; fuentes de agua potable con plantas de potabilización avanzada; fuentes de agua industrial y cuerpos sujetos a saneamiento y recuperación de la calidad de agua;
 - Aguas dulces subterráneas; y dentro de ellas: fuentes de agua potable con tratamiento convencional; fuentes de agua potable con tratamiento avanzado; fuentes de agua industrial y napas sujetas a saneamiento y recuperación de la calidad de agua;
 - Aguas salubres, y dentro de ellas: fuentes de agua potable con tratamiento avanzado; uso agropecuario posible; uso industrial; recreación y protección de vida acuática;
 - Aguas saladas, y dentro de ellas: fuentes de agua potable con tratamiento avanzado; recreación y protección de la vida acuática.

c) El Anexo I.b (“Clasificación de cuerpos receptores”) a diferencia del art. 55 de la ley, no utiliza la expresión “atmósfera” sino que sólo se alude al aire (art. 1°). No obstante ello, la doctrina, al caracterizar esta objetividad material, refiere que contamina, adultera o envenena la atmósfera quien “altera perjudicialmente las características físicas o químicas del aire de una zona determinada geográficamente”¹¹⁵.

Pareciera que, en este caso, la acción constitutiva más adecuada para la afectación de esta objetividad, está representada por el verbo típico contaminar; ello por cuanto, la forma ordinaria de ataque será “mediante la emisión de sustancias gaseosas”. Precisamente en la causa “Ayala, Norma y otros”¹¹⁶ el Tribunal Oral Criminal Federal de Mendoza condenó por el art 55 de la ley 24051 a dos “(...) ingenieros del área y sector de una empresa petrolera que autorizaron venteo directo de gases agrios a la atmósfera sin quemar con el fin de mejorar estéticamente la llama de uno de los mecheros – con motivo de la visita del gobernador de Mendoza- no obstante conocer que las sustancias emitidas por las chimeneas de la petrolera contenían características químicas altamente peligrosas y contaminantes.”

Este fallo reviste enorme importancia en la historia de la jurisprudencia ambiental toda vez que construye el primer antecedente de una condena de causa penal por delito de contaminación mediante utilización de residuos peligrosos del tipo doloso.

e) En lo que respecta al concepto de medioambiente, ni la ley ni el decreto reglamentario lo han definido. En nuestra doctrina, empero, un destacado sector lo ha hecho partiendo de las Conclusiones de XV Congreso Internacional de Derecho Penal expresando que: “el ambiente engloba todos los componentes del planeta, bióticos y abióticos, e incluye el aire y todas las capas de la atmósfera, el agua, la tierra, incluido el suelo y los recursos minerales, la flora y la fauna y todas interrelaciones ecológicas entre estos componentes”. Por nuestra parte consideramos más depurado lingüísticamente el que formula Enrique Bacigalupo cuando expresa: “se trata del mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y de 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”¹¹⁷.

5. Los Delitos de Peligro

La articulación técnica de los delitos de peligro, a diferencia de los de lesión, se caracteriza, por la no exigencia de destrucción o menoscabo al bien jurídico, sino por la puesta en peligro de ese bien.

Conforme con este razonamiento, entonces, un delito es de peligro cuando, para su consumación es suficiente con la puesta en peligro, efectivo (concreto) o potencial (abstracto) del bien jurídico tutelado.

Consideramos que la ley 24051 requiere la producción de un peligro concreto para la salud pública.

Por supuesto, nuestra conclusión deriva inevitablemente de sostener la teoría ecocéntrica del medio ambiente y a la salud pública como bien jurídico protegido de la ley de Residuos peligrosos¹¹⁸.

Sin embargo, es necesario analizar los fundamentos en virtud de los cuales un gran sector de nuestros autores sostiene que debe aplicarse una técnica de peligro abstracto.

Recordamos que los delitos pueden ser de peligro concreto o abstracto, según la intensidad de afectación del bien jurídico.

111. Considerar el elemento económico en la definición de residuo transforma a la normativa aplicable en una respuesta insuficiente a la luz del principio de prevención. Porque el principio de prevención nos obliga a considerar residuos incluso a cosas no abandonadas -res in patrimonio- muy a pesar de lo que se supone será una intromisión en la esfera de la propiedad del sujeto y de la autonomía de la voluntad. (reglado por el art. 4 ley 25675 de Medio Ambiente). “La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios (.....) Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se entenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir”...

112. Los residuos patológicos se originan en hospitales, clínicas de atención médica u odontológica, maternidades, laboratorios de análisis clínicos e investigaciones biológicas, clínicas veterinarias. En general, podemos decir que, se generan en centros de atención de salud humana y animal, centro de investigaciones biomédicas y en los que se utilicen animales vivos.

113. Los corto-punzantes (en general agujas) deben disponerse en envases rígidos (para evitar su perforación) y luego en bolsas rojas. Las bolsas rojas deben ser transportadas y tratadas por Transportistas y Operadores habilitados.

114. La LEY 24.051 (LL 1996 C 672)

115. C.C.C. Fed., Sala II 28-08-1997

116. Así lo entendió por ejemplo el Juzgado Nacional en lo Criminal Correccional N° 13 “Rodríguez Mariano M. y otro s/ Ley 24051 art 56” 16/03/07. Ante el hecho de que un camión volcara en el acceso al puente Nicolás Avellaneda de Bs AS, provocando que saliera una sustancia semejante a los adhesivos de tipo vinílico incluidos en la ley 24951 se sostuvo que “la peligrosidad del residuo es directamente proporcional con el cuerpo receptor”. Consideraron que al derramarse la sustancia en cinta asfáltica sin alcantarillas cercanas falta el dato objetivo (las objetividades materiales suelo, agua, atmósfera o el ambiente en general) y por ende hay ausencia de tipicidad” (la aclaración nos pertenece) Resalta además la sentencia a la salud pública como bien jurídico protegido.

117. CESANO “Consideraciones...” ob cit pag 273.

118. Tribunal Oral Criminal Federal de Mendoza, (“Ayala, Norma y otros”), con nota de Néstor CAFERRATTA, “Contaminación Atmosférica por gases tóxicos” Jurisprudencia Argentina, T 2001-I, pag 347 y sig.)

Los criterios de distinción entre ambos tipos de delitos se fundan en que, en los delitos de peligro concreto se requiere la producción de un peligro efectivo al bien jurídico protegido por la norma penal. La producción de la situación de peligro implica ya la consumación típica. En esta clase de delitos la exigencia del peligro constituye un elemento integrador del tipo delictivo, de manera que, como en los tipos de lesión, debe ser comprobado judicialmente en el caso particular¹¹⁹.

En los delitos de peligro abstracto, por el contrario, el peligro no es un elemento del tipo delictivo sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta. En consecuencia, al no ser el peligro un elemento del tipo, la exigencia del peligro no debe quedar sometida a la comprobación judicial para la afirmación del hecho punible¹²⁰.

El recurso a esta última técnica legislativa ha tenido como principal objeto soslayar los grandes problemas que presenta en el ámbito de la causalidad y de la imputación objetiva, cuando de delitos ambientales se trata¹²¹.

Considero que en este punto hay que diferenciar quienes sostienen que el medio ambiente como política legislativa en un futuro proyecto debe ser protegido por delitos de peligro abstracto¹²² y de quienes sostienen en particular que la Ley 24051 se refiere a ese tipo de delito.

En definitiva, no es lo mismo decir que el medio ambiente deba ser protegido por una técnica de delitos de peligro abstracto a decir que el medio ambiente es protegido de esa manera.

Sobre lo que deba hacer la política de una posible futura reforma legislativa no disertaremos en el presente. Ahora bien, sobre lo que es, ya hemos aclarado que para nosotros el medio ambiente no se encuentra protegido penalmente y por ende, es innecesario cuestionarse la importancia que el mismo implica en el momento de analizar la ley 24051 cuyo bien jurídico tutelado es la salud pública.

5 a) Ley 24051 como tipo de peligro abstracto

Como hemos analizado en capítulos anteriores, gran parte de la doctrina sostiene que el bien jurídico protegido por ley 24051 es el medio ambiente y en su mayoría acuden al tipo abstracto para su amparo.

Así, Mandelli¹²³ afirma “es un delito instantáneo y de peligro abstracto, cuya consumación no demanda daño efectivo para la salud de las personas ni siquiera que alguna persona determinada haya tenido contacto directo con el lugar contaminado”

En la jurisprudencia, la Cámara Federal de San Martín, al fallar la causa Constantini Rodolfo y otros s/ averiguación contaminación Río Reconquista¹²⁴ sostuvo que el art 55 de la ley 24051 establece un tipo de peligro abstracto y a partir de dicho pronunciamiento sostuvo reiteradamente “que los delitos reprimidos por la ley 24.051 deben integrar la categoría de los delitos de peligro abstracto, bastando para su consumación el acto de arrojar residuos a los que pueda asignársele poder contaminante y deben ser sometidos a control, sin necesidad de acreditar puntualmente el efectivo poder contaminante que posea cada uno de ellos; se requiere al menos la posibilidad de envenenar, adulterar o contaminar de un modo peligroso para la salud, el suelo o el agua, la atmósfera y el ambiente en general¹²⁵.”

5.b) Nuestra postura: Ley 24051 como tipo de peligro concreto

Coincidimos con Cesano¹²⁶, en el sentido que la estructura semántica del tipo es clara al incluir en su redacción “de un modo peligroso para la salud” (como exigencia para que resulten típicas las acciones

119. BACIGALUPO, Enrique. Dir. La instrumentación técnico legislativa de la protección penal del medio ambiente. “Derecho Penal Económico”. Ed. Hammurabi. 2000 Bs.As

120. “(...) la opción por la técnica de los delitos de peligro abstracto, implicaría, a su vez, una toma de partido a favor de una concepción ‘emancipada’ o autónoma del medio ambiente respecto de otros bienes jurídicos, que se sitúan en una relación secuencial de graduación y concreción (salud de las personas..., etcétera)”. Ello así, por cuanto, una tal técnica de tipificación (peligro abstracto) significaría, de hecho, un adelantamiento de la línea de protección del bien jurídico que, al verse desligada de toda referencia a la producción de un peligro efectivo para la salud de las personas, permitiría considerar ese valor (medio ambiente) como un interés merecedor de protección institucional per se. Cfr. FERMIN MORALES PRATS “La estructura típica de peligro en el delito ambiental”, en AA. VV., “Derecho medioambiental de la Unión Europea”, Me. Graw Hill, Madrid, 1996, p. 350. ob cit por CESANO, ob cit pag 252

121. Cfr BUOMPADRE, “La protección..” ob cit pag 194

122. Ibídem pag 195

123. El fin principal de esta tesis es justamente demostrar que utilizar los delitos de peligro abstracto para suplir las deficiencias que genera la causalidad en los delitos ambientales es un error, debido a que una correcta interpretación de la normativa de la Ley 24051 implica comprobar un peligro a la salud pública sin que ello signifique un “obstáculo de la prueba del nexo causal” ni una violación al principio in dubio pro reo en la etapa probatoria.

124. Así DONNA, “Daño ambiental” ob cit pag 338 – 343 “La técnica de tutela que ofrecen los delitos de peligro abstracto resulta mas coherente con las necesidades de protección de un bien jurídico colectivo e institucional como es el medio ambiente” BUOMPADRE , ob cit pag 196. Los Congresos X (1969) y XIII (1984) de la Asociación Internacional de Derecho Penal admitieron a los tipos de peligro abstracto como un medio legítimo para reprimir los delitos económicos aunque el XV (1994) optó por establecer algunas exigencias para su admisibilidad en la protección penal del medio ambiente. REYNA ALFARO “La protección..” ob cit punto 2.4

125. MANDELLI, “Ley de ... ob cit pag 222

126. C. Fed San Martín Sala I, 26/8/92, “Constantini, Rodolfo y otros s/ averiguación Contaminación Río Reconquista”, JA 1993-I -199

constitutivas que se dirijan contra las objetividades materiales – el agua, el aire, etcétera – que refiere la norma)

Distinto sería si la norma estuviese escrita de otra manera.

De este modo fue considerado por Antonio Mateo Rodríguez-Arias, al criticar el art 347 bis del Código Español de 1983 que supuestamente incorporaba el “delito ecológico” Dicha norma sancionaba con multa o arresto a quien...”provocara o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas”. En virtud de ello el autor sostuvo que “no defiende el medio ambiente en forma autónoma, como le correspondería frente a otros bienes jurídicos concurrentes. Esta deficiencia se pone de manifiesto, no sólo por la incorrecta ubicación sistemática del precepto, sino también por su contenido, ya que la protección del medio ambiente se lleva a cabo a través de y respecto a bienes que, aun conexos (como pueden ser la vida, la salud pública, la integridad corporal), no se pueden confundir con él¹²⁷.”

“El art 55 de la ley, es, a nuestra opinión un tipo penal de peligro concreto.... Al exigirse que el envenenamiento, adulteración o contaminación deban ser de un “modo peligroso” significa que el evento se produce cuando hay una creación efectiva de peligro...” “no es un delito de lesión, no se exige que afecte la salud sino que posiblemente la afecte¹²⁸.” (el subrayado nos pertenece)

Reiteramos: el bien jurídico tutelado es la salud pública. Para la existencia de un delito contra la salud pública es indispensable la existencia de un peligro común para la salud. Por ello el delito no se configura con el sólo hecho de envenenar, contaminar o adulterar, es necesario que de dichas acciones resulte un peligro común para la salud.

Igualmente es considerado por el especialista Néstor Cafferatta “Si no existe peligro para la salud, no existe este delito, aun cuando exista una verdadera alteración de los componentes. Es por esta razón que no existe delito si se mezcla con el agua una sustancia inofensiva o inocua para la vida o la salud de las personas”¹²⁹.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia:

“Para que se configure la figura prevista y reprimida por los art 55 y subsiguientes de la citada ley, se requiere que dichas sustancias tengan al menos la posibilidad de envenenar, adulterar o contaminar de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua la atmósfera o el ambiente en general”...”No cualquier peligro determinará la penalización de la conducta, sino que debe tratarse de un peligro grave y de tal magnitud que razonablemente autorice la adecuación al tipo penal...que en definitiva debe ser evaluado por el juzgador sobre la base de los datos indubitables que le proporcionan las ciencias auxiliares en relación al caso concreto”¹³⁰.

Ahora bien, allende que explicamos que el peligro debe referirse a la salud pública, el mismo debe ser concreto y, a tal fin se exigirá la comprobación de un riesgo concreto a la salud común no bastando por consiguiente la comprobación de la acción.

En definitiva, si puede probarse por Ej. En algún caso que la empresa X ha arrojado cierta cantidad de residuos a un Río, dicha acción no interesará al amparo de la ley 24051 si no se demuestra que la misma produjo un riesgo concreto a la salud pública.

De haber sido configurado el delito como de peligro abstracto significaría un adelantamiento de la línea de protección del bien jurídico al verse desligada de toda referencia a la producción de un peligro efectivo para la salud.

Dicha consideración se manifestaría contraria la elección que ha realizado el legislador, de que, aun cuando mediata o indirectamente el medio ambiente pueda verse “beneficiado” por la protección que prodiga dicha disposición, lo efectivamente tutelado por aquella norma es un valor o interés ya encarnado en otro bien jurídico tradicional (la salud pública).

Así mediante la técnica del peligro concreto, el juez tendrá que valorar si ha concurrido la relevante probabilidad de un daño a diferencia de los delitos de peligro abstracto en los que bastaría verificar la peligrosidad de la acción.

6. La figura culposa: Art 56

“Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo anterior fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá prisión de un mes a dos años.”

127. C. N° 29.184 “Foglia, Jorge s/procesamiento”, reg. 1008, Ata. 20/11/97 de esta Sala I, entre otras. C. 37056 – “N. N., s/archivo” – Cam Crim. y Correc. Fed – Sala I – 31/03/2005

128. CESANO, “Consideraciones...” ob cit pag 254

129. Cit por CESANO, ob cit pag 240

130. OCHOA, Carlos Arturo: “Régimen legal de los Residuos Peligrosos. Ley 24.051”, Foro de Córdoba, Año V – N° 21 – 1994 pag 69

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

De acuerdo a la estructura que da la ley a esta figura resultan aplicables, a su respecto, parte de los conceptos ya desarrollados al abordar el tipo doloso; esto es: acciones típicas; objetividades materiales y los que analizaremos respecto a la causalidad, imputación y competencia.

En la presente figura el legislador no se ha apartado del sistema que utiliza en el Código Penal, al momento de caracterizar las formas de violación del deber objetivo de cuidado, refiriéndose a las cuatro manifestaciones tradicionales de la culpa: imprudencia, negligencia, impericia en el propio arte o profesión e inobservancia de los reglamentos u ordenanzas; siendo aplicables respecto de cada una de ellas, los principios generales desarrollados por la dogmática nacional.

Compartimos en tal sentido, el criterio de Gabriel Pérez Barbera quien ha sostenido, que “(...) en la literatura comparada no se le da a esta distinción ninguna significación, pues su importancia práctica es nula y su diferenciación conceptual artificiosa. El médico que no posee la pericia suficiente para practicar una operación y, no obstante, la practica, obra con impericia, pero por asumir una responsabilidad que sobrepasa su capacidad actúa imprudentemente, y viola con ello los reglamentos médicos específicos o generales (lex artis). (...) Se trata de una pura cuestión terminológica”¹³¹.

De estas cuatro manifestaciones de la culpa, la doctrina ambiental ha prestado mayor consideración en el estudio de una de ellas: la inobservancia de reglamentos u ordenanzas en virtud de la relación existente entre derecho penal y autorizaciones Administrativas¹³².

7. La agravación por el resultado

El delito de los art 55 y 56 se agrava por el resultado en su segundo párrafo De esta manera el art 55 consagra “Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez a veinticinco años de reclusión o prisión “Por su parte, según el párrafo 2° del art. 56, la pena será de seis meses a tres años “si resultare enfermedad o muerte de alguna persona”

No existe consenso en nuestra doctrina respecto a la naturaleza de dichos agravantes. En efecto, para algunos autores, la responsabilidad, en estos casos, es preterintencional en tanto que, para otros, se trata de delitos cualificados por el resultado.

Sin perjuicio de ello, adherimos a la postura de Perez Barbera, quien cree “que más allá de las denominaciones, lo importante es evitar toda forma de responsabilidad objetiva, exigiendo -en todo caso- que, ese resultado agravatorio, sea consecuencia verificable de un obrar imprudente del autor”¹³³.

Por otra parte, y haciendo un cotejo entre la extensión del agravante en el tipo doloso y el culposo, es posible observar que, diferencia de lo que ocurre con el párrafo 2° del art. 55 (que sólo se agrava cuando el resultado fuese muerte), en esta figura la calificación también se concreta por haber producido una enfermedad en la persona.

Capítulo VI

1. Art 57: Persona jurídica y participación

En este contexto cobra relevancia la situación de aquellas estructuras societarias en las que, del ejercicio de su actividad (en sí misma lícita), pueden derivarse transgresiones de carácter delictivo.

Dicho en otras palabras: en esos casos, el problema se refiere a hechos delictivos (en nuestra hipótesis: infracción a los arts. 55 y 56 de la ley 24.051) que han sido cometidos en el escenario que ofrece una persona jurídica, cuyo objeto societario o actividad desarrollada no resultan ilícitos

Estos problemas, evidentemente advertidos por el legislador, lo llevaron a consagrar una cláusula específica relativa a los supuestos de hechos típicos originados dentro del marco de una persona jurídica, estableciendo en el artículo 57 que “Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudieren existir”.

No analizaremos en el presente trabajo las posturas que se propugnan sobre la necesidad de responsabilizar o no penalmente a las empresas, y los conflictos que se originan por el respeto a la vigencia del principio “societae delinquere non potest”¹³⁴. Nos postulamos sin embargo por la necesidad de que, a través de los instrumentos de imputación convencionales que brinda nuestro derecho penal (Ej. autoría mediata, omisión impropia, y actuar por otro) se pueda construir la responsabilidad de la persona física que, valiéndose de la estructura societaria, pueda ser considerada como autora del delito investigado¹³⁵.

Ahora bien, ¿cuál es la técnica utilizada por el artículo analizado?

2. Actuar en lugar de otro

La mencionada cláusula contenida en el artículo 57 de la ley de Residuos Peligrosos ha sido interpretada por la doctrina como una cláusula de actuación en lugar de otro¹³⁶ a pesar de cierta interpretación jurisprudencial que sostuvo que el precepto en examen importaba un caso de responsabilidad penal de la persona jurídica¹³⁷.

La cláusula de actuación en lugar de otro es una herramienta dogmática¹³⁸ tendiente a resolver el problema de autoría que presentan los delitos especiales, cuando quien desarrolla la acción no reúne en sí mismo las cualidades, condiciones y características exigidas por la norma para ser autor del delito, las que sí están presentes en la persona en cuyo nombre se actúa. Este problema genera una laguna de punibilidad, que es resuelta, para no violentar el principio de legalidad, mediante la consagración normativa de estas cláusulas, las que, en definitiva, establecen que quien actúa en lugar de otro, sin reunir las características típicas exigidas para ser autor del delito será considerado autor como si reuniera tales características, siempre y cuando las mismas se encuentren presentes en aquel en cuyo nombre actuó.

No obstante, la regulación que efectúa la ley 24051 ofrece serias deficiencias para utilizar en ella la cláusula de actuación en lugar de otro, que, en cierta forma, condicionan en alto grado sus funciones político criminales. Ello es así por cuanto, la técnica utilizada por el legislador ha consistido en prever, en forma genérica, la responsabilidad del que ha actuado por la persona jurídica, sin hacer mención a características específicas del ente ideal (que podría requerir la figura al definir el tipo objetivo de la autoría) que fuesen trasladables a la persona física.

Ésta es la diferencia de la técnica utilizada en la Ley de estupefacientes N° 23.737 que sí realiza las indicaciones correspondientes al disponer "En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presente éste sino la persona jurídica, será reprimido como si el autor presentare esa característica"¹³⁹.

Esta última exigencia es la que, precisamente permite definir las propias formas de actuación en lugar de otro. Y es por ello que el art 57 no cumple con las condiciones para utilizar la referida herramienta.

En virtud de ello Mahiques, Carlos A. sostiene que es sobreabundante forzar el espíritu del art 57 LRP intentando incorporar la cláusula de actuación en lugar de otro, pues la punibilidad de las personas que enumera puede ser alcanzada por aplicación de las reglas generales relativas a la participación criminal. Aclara además que las cualidades especiales en el sujeto activo no son requeridas por los tipos penales de la ley 24051 en virtud de ello se muestran como posibles soluciones dogmáticas las figuras del autor mediato y de la instigación¹⁴⁰.

131. CAFFERATTA, Néstor A., "La utilidad de la experticia en la comprobación del cuerpo del delito penal ambiental por residuos peligrosos", JA 1994-1-580.

132. Cámara Federal de San Martín, 17/9/93, "Alba S.A...". JA, 1993-11-470

133. Cfr. PÉREZ BARBERÁ, "Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado", Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología Nueva Serie, N° 3, Lerner, Córdoba, 2000, pags. 213 y ss.

134. En capítulos posteriores analizaremos las implicancias de los permisos administrativos en relación a la culpabilidad penal.

135. PÉREZ BARBERA, "Principio de culpabilidad, ob cit pag 213 y sgtes

136. La disyuntiva oscila entre un terceto de opciones: mantener la vigencia de aquél principio, incorporar a las personas jurídicas al derecho penal convencional utilizando sus propias reglas o, por último, diseñar un derecho penal paralelo, alternativo, dirigido exclusivamente a esa clase de personas y que debería funcionar de modo coordinado con el anterior a efectos de posibilitar la aplicación de los respectivos preceptos según fuere el caso. Ya hemos adelantado al principio del trabajo que nos remitiremos a la interpretación de los tipos penales descriptos en la ley 24051 sin analizar las políticas criminales propugnadas para cubrir las deficiencias del sistema penal. Como base sostenemos la observancia a nuestro modelo constitucional que (a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas legales) no admite la responsabilidad de las personas jurídicas.

137. Cfr CESANO "Consideraciones...." Ob cit pag 293

138. Cfr BALCARCE, Fabián I (Dir) – CESANO, José Daniel "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Republica Argentina" Derecho Penal Económico tomo 1. Ed, Mediterránea, Córdoba, 2003 pag 204 sostiene asimismo que "La doctrina ha distinguido entre delitos especiales y comunes o generales. Esta clasificación atiende a la circunstancia de que los tipos delictivos «requieran un autor que ostente determinadas calificaciones o puedan ser realizados por cualquiera». La cláusula de actuación por otro no se encuentra legislada en la parte general del Código. En materia de delitos socio-económicos es muy frecuente que las diversas figuras se construyan como tipos especiales. Con razón ha podido afirmarse al respecto que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del derecho penal nuclear, en el que la regla general es la existencia de tipos comunes, en la esfera del derecho penal accesorio y, en particular, en la del derecho penal económico la regla general es la contraria, o sea, el hecho de que la configuración del injusto típico se apoye, en la mayor parte de los casos, en la atribución de una determinada característica objetiva del autor.

139. Así, la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, in re "Peugeot - Citi Argentina S.A. s/ recurso de casación", Causa N° 2984, Reg. 715/2001, del 16/XI/2 (publicada en Jurisprudencia Penal de Buenos Aires, t. 119, p. 172 y ss.), en el voto del Dr. Eduardo Rafael Riggi, sostuvo " la legislación nacional gradualmente ha venido reconociendo en determinados casos la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...). Y ciertamente abundantes son las normas -muchas de ellas aun en vigencia- establecidas en este sentido, entre las cuales cabe destacar las siguientes: (...) Ley 24.051, de residuos peligrosos: en cuanto establece que cuando algunos de los delitos tipificados por la ley fueran cometidos 'por decisión de alguna persona jurídica', la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administrad mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir' (---)" (Considerando IV, N° 1). No creemos sin embargo, que el artículo bajo examen constituya uno de esos casos.

140. No se encuentra legislada en la parte general del Código Penal. Empero, para el caso de la ley 24051 la doctrina considera que el art 57 se dirige a cubrir esa necesidad.

3. Utilización de los delitos de comisión por omisión. Doctrina de la posición de garante

En virtud de la deficiente redacción del art 57, los delitos llamados de comisión por omisión, brindan una solución adecuada al problema que se viene tratando: el agente que tiene la obligación de actuar en determinado sentido (la llamada posición de garante), mediante una omisión permite que el resultado material se produzca. En este tipo de delitos es esencial fundamentar la posición de garante, de la cual deriva el deber de evitar el resultado, la que tradicionalmente se ha encontrado en la ley, el contrato o la conducta precedente.

Sólo a condición de que el titular o directivo de una empresa tome los recaudos de seguridad necesarios para evitar riesgos respecto de los bienes o personas, es que la sociedad autoriza el establecimiento y la operación de instalaciones altamente complicadas y riesgosas.

De aquí se deriva un deber de control sobre las cosas peligrosas, y en caso de delegación, un deber de cuidado en la elección de su personal según su capacidad y un deber de supervisión general.

También se funda un deber del director del negocio de evitar la comisión de delitos por sus dependientes, bien bajo el criterio de posición de autoridad y poder de dar órdenes, bajo el concepto de dominio de una fuente de peligro necesitada de aseguramiento (relación de dominio sobre la causa del resultado), o bien por una relación de confianza, que pesa sobre el garante, deberes especiales de protección de bienes, y de vigilancia en relación a fuentes de peligro.

El deber del empresario o director de evitar que sus dependientes cometan delitos en el ejercicio de la función suele vincularse con el hecho de que su actividad sólo está admitida bajo el presupuesto de que adoptará medidas apropiadas y efectivas para controlar la peligrosidad de su explotación.

Así la jurisprudencia ha sostenido “encuadra en la figura del art. 55 de la ley 24.051 la conducta del ingeniero jefe de área de una empresa petrolera que autorizó el venteo directo a la atmósfera de gases contaminantes sin combustionar y por un motivo bastardo -en el caso, ácido sulfhídrico venteado para mejorar la condición estética de la llama emitida por una chimenea-, a sabiendas de que la sustancia era altamente peligrosa y contaminante¹⁴¹.”

Al autorizar la maniobra, el Jefe del área violó el deber de control que debía ejercer en el manejo de los gases peligrosos: en su obrar se descubre que tenía en sus manos el dominio del hecho porque de su proceder dependió la ejecución de la maniobra; de su autorización, la protección de la salud y la vida de los habitantes en general y en forma indirecta el resguardo del equilibrio ambiental.

4. Respeto al principio de legalidad

La ley establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas recaerá en la de sus administradores, directores, gerentes, pero lo hace aclarando en la medida en que “hubiesen intervenido en el hecho punible conf. art. 57 ley 24051).

Ahora bien, la sola demostración de estar en uno de los cargos del ente jurídico cuya actividad se desplegó y constituyó un perjuicio para el medio ambiente no será por sí prueba decisiva en su contra, sino que se deberá probar en cada caso una participación actual, en el hecho punible.

“Mas allá de que resulte relevante respecto de sanciones administrativas descriptas por la Ley 24.051 y sus reglamentaciones de no advertirse la violación de un deber objetivo de cuidado, extremo relevante para la consolidación de la imputación que el procesamiento supone, esta no puede progresar¹⁴².”

Se sostiene que las limitaciones que derivan del principio de legalidad permiten fundar la responsabilidad solo en aquellos casos en que existe una relación de dominio efectivo sobre la causa del resultado¹⁴³.

Si en una empresa industrial el dominio material de las cosas se da escalonadamente, cada cotitular de la custodia será responsable según la parte de dominio que mantenga sobre ella. Sin embargo debe tenerse en cuenta que mientras el que conserva el dominio de la cosa tiene que ejecutar las actividades materiales relativas a su competencia para controlarla como fuente de peligro, los superiores jerárquicos, cotitulares de la custodia, están obligados a la coordinación y al control. La delegación material de la custodia no puede resultar en una renuncia al deber de controlar al delegado en su uso¹⁴⁴.

En definitiva, es tan solo una extensión del concepto por el cual en el Derecho Penal se responde únicamente por el hecho propio.

Así, jurisprudencialmente se han detectado casos en los que se define la posición de garante que debe asumirse.

141. Cfr. BALCARCE- CESANO “Derecho Penal... tomo1 ob cit pag 226

142. MAHIQUES, “Leyes penales especiales” ob cit pag 299

143. Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de Mendoza 30/09/1999 Ayala, Norma y otros

144. CCC Fe. Sala I Vigliani- Riva Aramayo 27-08-1998 “CLAUSEN, Erico Jorge S/procesamiento” Causa 29.732 Reg. nro. 702 J. 10 - S. 19

“Sólo a condición de que el titular o directivo de una empresa tome los recaudos de seguridad necesarios para evitar riesgos respecto de los bienes o personas, es que la sociedad autoriza el establecimiento y la operación de instalaciones altamente complicadas y riesgosas”

“Cabe a los directivos de las personas jurídicas y empresas el deber de control sobre las cosas peligrosas y, en caso de delegación, un deber de cuidado en la elección de su personal según su capacidad y un deber de supervisión general”¹⁴⁵.

Incurrió en el delito previsto en el art. 55 de la ley 24.051 quien, en su calidad de titular de un establecimiento de asistencia médica, arrojó residuos patológicos — en el caso, jeringas y agujas usadas— en el cauce de un río en tanto, omitió realizar las actividades tendientes a controlar la fuente de peligro que presuponen tal tipo de residuos, creando con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado¹⁴⁶.

Capítulo VII

1. Art 58: Competencia

El art 58 de la ley establece: “Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley, la Justicia federal”.

El artículo ha sido sujeto a críticas y cuestionamientos constitucionales de lo que resultó una diversificación de posturas doctrinarias en torno a la competencia provincial o federal de la ley 24051

La jurisprudencia apenas sancionada la ley otorgaba a la justicia federal la tutela de los residuos peligrosos del todo el país, (fallo Wentzel Jochen Ernst y otros s/ ley 24051¹⁴⁷). Posteriormente fue variando su postura atribuyendo prioridad a las provincias considerando “que la justicia federal solo es competente cuando los residuos en los términos del art 2 y del anexo I ley 24051 pudieran afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia. “(Fallo Lubricentro Belgrano)¹⁴⁸.

Analizaremos, por tanto, las opiniones doctrinarias y la evolución jurisprudencial¹⁴⁹ adelantando nuestra postura de considerar federal la competencia de la ley 24051.

2. La ley 25.612 ¿regula la competencia penal?

Recordamos que la ley 24051 (1992) había plasmado los primeros pincelazos sobre el Derecho ambiental, definiéndose la materia a regular, las infracciones de carácter administrativas, sus sanciones, y fijándose las conductas punibles penalmente, es decir los tipos penales. A pesar del adelanto legislativo en la materia, se generó discusión ante la imprecisa regulación legal que presentaba esta primera ley (que establecía en su art 58 la competencia federal penal) en virtud de a quien le cabía la facultad administrativa de regular y fiscalizar sobre esta materia, y por otra, a qué tribunales les competía entender en las cuestiones civiles (demandas por daños y perjuicios).

La discusión varió a partir de la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994. De allí nació el criterio de que la legislación de presupuestos mínimos previstas en el art. 41 de la C.N. sería común para todo el territorio nacional, pero no obstante ello, podría coexistir a su vez una legislación complementaria provincial, que podría agregar mayores exigencias a las primeras pero no acotarlas¹⁵⁰.

Gira así la interpretación de la ley 24051 que se había dado en sus dos primeros años. Se suman leyes provinciales que adhieren y modifican agregando mayores exigencias en algunos casos¹⁵¹. Se asienta el principio de que correspondía a las autoridades administrativas y judiciales de las provincias dentro de sus límites territoriales juzgar y aplicar las normas referidas a la protección ambiental, excepto que se juzgue un caso comprendido dentro de la tipología del artículo 1° de la ley 24.051. En este último supuesto entenderían los jueces federales.

145. KALNAY “Algunas consideraciones...” ob cit pag 3

146. CAFFERATTA, Néstor A. Jurisprudencia penal ambiental DJ 2002-3, 917

147. C. Fed. San Martín, sala 1a, 26/8/92, “Constantini, Rodolfo y otros s/averiguación contaminación Río Reconquista”, JA 1993-1-199

148. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán 29/05/2006 Sánchez, Liliana Alicia del Valle y González, José Luis • LLNOA2006 (diciembre), 1304

149. Cámara Federal de San Martín, Sala I, Secretaría Penal N° 1; autos N° 3401, “Wentzel, Jochen Ernst y otro s/ley 24.051”, rta. el 16/10/1992.

150. Lubricentro Belgrano s/ infr. ley 24051” - CSJN - 15/02/2000

151. Consideramos el tema reviste gran importancia y por lo tanto hemos optado por dedicar un capítulo a su minucioso análisis.

La primera disputa doctrinaria se formuló al dictarse la ley General del Ambiente 25612 (2002) que dispuso en su art 55 "Será competente para conocer de las acciones que derivan de la presente ley la justicia ordinaria que corresponda." Ante esto, acciones civiles y penales pertenecían a la esfera provincial. El legislador con mayor claridad que en la anterior normativa legal, ha dispuesto expresamente que todas las acciones que surjan de esta ley compete a la justicia ordinaria.

Ahora bien, hemos analizado que las normas penales (art 53,54 y 60) de la ley 25612 fueron vetadas presidencialmente por Decreto 1343/02 surgiendo el conflicto de interpretar qué fue vetado, o dicho de otra manera, cuál fue la amplitud del veto, es decir, si de alguna manera alcanzó o modificó al artículo 55 de esta última ley, y si ello fuera así, qué consecuencias acarrearía, o, si cabe alegar que simplemente quedó sin efecto las conductas penales previstas en los arts. 52 al 54 permaneciendo en consecuencia subsistente el resto del articulado y con ello el art. 55 en pleno.

Concluimos que al haberse derogado todo el capítulo de la ley 25.612, referido a las normas de carácter o naturaleza penal, con ello también ocurrió la extinción de las acciones de igual naturaleza, y en consecuencia el artículo 55, que refiere al ejercicio de todas las acciones de la ley 25.612, a partir del veto presidencial, debe leerse a las acciones subsistentes en dicha ley, es decir todas aquellas de naturaleza distinta a la penal. Como podrá observarse, claramente el texto se refiere a las acciones que se derivan de la presente ley, no de otras.

En definitiva, y por la circunstancia señalada -derogación del artículo 60 y de las disposiciones penales de la ley 25.612- toda la materia penal – incluyendo por supuesto la competencia - sobre el medio ambiente se encuentra regulada en la actualidad por la antigua ley 24.051¹⁵².

3. Argumentos que defienden la competencia provincial en materia penal de la ley 24.051

Resumiendo lo analizado en el punto anterior, la competencia posterior al año 2002 en relación al tema de estudio se hallaba fraccionada de la siguiente manera: la justicia federal para la investigación de todas las acciones penales que se encuentran reguladas por ley 24051, la justicia ordinaria para las acciones civiles (demandas por daños y perjuicios) y las autoridades provinciales para las sanciones administrativas (estas dos últimas en virtud de lo normado por ley 25612.)

Sin embargo, parte de la doctrina difería (y difieren) con lo expuesto afirmando que no se justificaba ese trato de excepción en materia penal y que debía defenderse la competencia local en todas las ramas del derecho contempladas por la LRP.

Sus argumentos a favor de la competencia provincial en materia penal se basan principalmente en 3 consideraciones que exponemos a continuación:

3.a) Es inconstitucional delegar competencia federal a delitos comunes:

Así, Gabriel Jacobo y Carlos Rouges expresan "...El artículo 58 de la L.R.P atribuye a la Justicia Federal la jurisdicción para el juzgamiento de los delitos enunciados..." "...La atribución de competencia a la Justicia Federal no resulta entendible habida cuenta que, como hemos señalado, la normativa penal contenida en la L.R.P. es de derecho común en cuanto implica una ampliación integrativa del Código Penal. El artículo 100 de la Constitución Nacional excluye expresamente de la jurisdicción federal a las causas que versan sobre puntos regidos por el derecho común y que quedan resguardadas con reserva del art. 67 inc. 11 que confiere a los tribunales provinciales la aplicación del derecho común..."¹⁵³.

Sostienen¹⁵⁴ que, al no tratarse de uno de los casos de excepción expresamente contemplado por el art. 116¹⁵⁵ de nuestra Ley Fundamental, esta norma no hace otra cosa que no sea alterar la regla general de que la intervención de los tribunales federales o de los órganos jurisdiccionales de las provincias procede, en cuanto a los delitos comunes (siendo delitos comunes los art 55 y 56) "según que las cosas o las personas cayeran bajo sus respectivas jurisdicciones" (art. 75, inciso 12, CN).

152. Concepción resultante de la armonización de los artículos 41 y 124 de la Carta Magna. A través del primero, surge que corresponde a la Nación dictar normas que contengan presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales, y mediante la segunda norma quedó en claro que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio

153. Así se dictaron por ejemplo las leyes provinciales: Ley 11720 de residuos especiales y 11347 de residuos patogénicos (Buenos Aires), Ley 3946 (Chaco) Ley 154 de residuos patogénicos (Ciudad de Buenos Aires) y se adhirieron a la 24051 Mendoza, Tucumán, Misiones, Chaco, Entre ríos, Formosa, etc

154. Hemos analizado la relación entre la ley 24052 y 25612 en el Capítulo IV.

Régimen Legal de los Residuos Peligrosos (Ley 24.051) Decreto Reglamentario 831/93", Ed. Depalma año 1993, pág. 9.

En la misma orientación, citamos un trabajo presentado por el Dr. José Alberto Esain¹⁵⁶ en la Conferencia Internacional sobre Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental en América Latina¹⁵⁷, en el que señala "...Aquí el principio general está dado por el mismo tercer párrafo del artículo 41 CN cuando regla que se deberán respetar las jurisdicciones locales. En consecuencia el principio general será que siempre se deberá estar por la competencia de los tribunales locales."() "...Es por ello que se impone el criterio según el cual es competente la justicia penal ordinaria para entender en la comisión de los delitos que la ley provincial regla de manera idéntica a la norma nacional..."

3.b) El art 1 LRP integra el tipo delictivo

Como segundo argumento consideran determinante el juego armónico conjunto concurrente y conjugado de los art, 1, 58, 59 y 67 de la LRP.

"La competencia se aborda tomando como base de análisis de la contienda los efectos territoriales de la contaminación dejando de lado como determinante de la causa la presencia o ausencia de residuos peligrosos respectivamente, en el hecho objeto de la causa"¹⁵⁸.

En este orden, se computan circunstancias territoriales contenidas en el Capítulo I "Ámbito de aplicación y disposiciones generales" en su art 1¹⁵⁹ que sostiene que los residuos peligrosos quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley, cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos a jurisdicción nacional o cuando afecte el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado. Lo conjugan con lo dispuesto en el art 67 que "invita a las provincias y a los municipios en el área de su competencia, a dictar normas de igual naturaleza que la presente para el tratamiento de los residuos peligrosos".

De esta manera consideran la necesidad que cada provincia adhiera a la Ley Nacional o dicte su ley provincial la cual debe aplicarse en cada territorio (por ejemplo en el caso de Bs As es la ley 11720)¹⁶⁰.

3.c) La voluntad del legislador. El fallo Lubricentro impone una postura

Como principal sostén para resguardar la competencia local en materia penal se cita el fallo Lubricentro, dictado en febrero de 2002 por la Corte Suprema de Justicia.

Néstor Cafferatta sostuvo "Este cambio de jurisprudencia de nuestro más alto tribunal de justicia nacional se inspira en una interpretación, en base a un examen de los discursos parlamentarios, que se aferra a la idea de que la voluntad del legislador al momento de dictar la ley 24051 ha sido la de respetar las autonomías y jurisdicciones locales, para sancionar normas de igual naturaleza, como asimismo, la regla contenida en el art. 41 CN., que reserva este ámbito a las provincias"¹⁶¹.

El fallo sostiene¹⁶²:

"Es regla que en la interpretación de las leyes debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional"

debe ajustarse a un examen atento y profundo de los términos de la ley, que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma"

"La intención puesta de manifiesto por el legislador en el debate parlamentario de la ley 24051, fue la de respetar las atribuciones de las provincias para dictar normas de igual naturaleza, intención que quedó plasmada en la redacción final del art. 67 de la ley".

156. Sin tomar una postura concreta al respecto CESANO; "Consideraciones... ob cit pag 297" hace referencia a esta crítica por CARRERA Daniel P, en su prólogo al Código Penal de la Nación, Legislación Complementaria, Advoctus, Córdoba, 1990.

157. Artículo 116.- Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

158. Vicepresidente de la Asociación Marplatense de Estudios Ambientales Integrales

159. Se llevó a cabo los días 28 y 29 de mayo de 2002

160. CAFERRATTA, Néstor A.: "Otra vez sobre la competencia judicial penal ambiental". La Ley 2004-B, 386 punto III.

161. Artículo 1 La generación, manipulación, transporte, tratamiento y disposición final de residuos peligrosos quedarán sujetos a las disposiciones de la presente ley, cuando se tratare de residuos generados o ubicados en lugares sometidos jurisdicción nacional aunque ubicados en territorio de una provincia estuvieren destinados al transporte fuera de ella, o, cuando, a criterio de la autoridad de aplicación, dichos residuos pudieren afectar a las personas o el ambiente más allá de la frontera de la provincia en que se hubiesen generado, o cuando las medidas higiénicas o de seguridad que a su respecto fuere conveniente disponer, tuvieren una repercusión económica sensible tal, que tornare aconsejable uniformarlas en todo el territorio de la Nación, a fin -de garantizar la efectiva competencia de las empresas que debieran soportar la carga de dichas medidas.

162. Si bien -como ya analizamos -la mayoría de las provincias adhirieron a la ley 24051° dictaron su normativa deberíamos preguntarnos en este punto... ¿Existiría un vacío legal en el caso de una provincia que no posea legislación ambiental propia?

“Es competente la justicia local para entender en el secuestro de materiales con restos de derivados de hidrocarburos, arrojados dentro de un contenedor para residuos domiciliarios, si no se acredita en la causa que los desechos secuestrados pudieron haber afectado a las personas o al medio ambiente fuera de los límites de la provincia...” (el subrayado nos pertenece)¹⁶³.

El sentido del fallo ha sido contemplado reiteradamente por la jurisprudencia¹⁶⁴ y aceptado favorablemente por la doctrina. Precisamente Mario Valls¹⁶⁵, al referirse al mismo, afirma: “Con muy pocas palabras la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó jurisprudencia sobre el ámbito de aplicación de la ley 24.051. No sólo sentenció que la competencia federal es de excepción en materia de los residuos peligrosos normados por la ley 24.051, sino que la ley solo es aplicable cuando se dan los supuestos de excepción que la misma define”¹⁶⁶.

4. Nuestra postura: Competencia Federal de la ley 24.051

Diffícil es superar los argumentos de quienes defienden la competencia penal local de la LRP. Recordamos se asientan en: la facultad de las provincias de legislar sobre derecho de fondo, la integración del art 1 a los tipos penales de la LRP y la voluntad del legislador al dictar la 24051.

Iniciaremos la exposición rebatiendo las posturas señaladas sin que ello signifique agotar nuestras hipótesis.

4.a) La voluntad del legislador

La ley 24051 fue dictada por el Congreso en uso de las facultades reservadas por la Nación, reconocidas en el entonces art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional. Al decir de Bidart Campos, es una ley “federalizada” por las cosas a que se refiere¹⁶⁷.

En ese marco, la voluntad del legislador ha sido establecida en los Antecedentes Parlamentarios de la LRP por el senador Vaca, miembro informante de la Cámara¹⁶⁸ quien sostuvo “con el objeto de perfeccionar el proyecto originario en Diputados se ha establecido la competencia federal acudiendo a la facultad del inc. 12 art 67 de la constitución” “se tuvo en cuenta que el tratamiento distinto en diferentes jurisdicciones podría facilitar la utilización de una inadecuada penalización de la generación de residuos” “esto es lo que en definitiva motivó la necesidad de plantear la competencia federal en la materia”¹⁶⁹.

163. CAFFERATTA, Néstor “Competencia penal ambiental”, publicado en el Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Lexis Nexis – J. A. del 3/07/02

164. El caso nació en virtud de desechos hallados (bidones plásticos de aceites y aditivos, filtros usados, estopas, trapos y aserrín con restos de hidrocarburos) no surgiendo de la causa que ellos pudieran afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia de Buenos Aires. De esta premisa extrae la conclusión propuesta: es competente la justicia provincial.

165. En forma similar se pronunció el Procurador General de la Nación: “...sin perjuicio de advertir que el “metil isobutil carbino” constituye una sustancia peligrosa...opino, por lo tanto que debe continuar interviniendo el magistrado que previno...Para lo cual tengo en cuenta la característica interjurisdiccional del suceso, dado el origen extranjero de la sustancia -el transporte y la pérdida se inicia en la vecina República de Chile y continua en territorio argentino- y el destino final del viaje, en Catamarca, a través de otras provincias argentinas...” (Transcripción parcial del dictamen del Sr. Procurador General ante la Excm.a Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Luis Santiago González Warcalde en la causa: “Álvarez Monroy, P.H. 18/12/2001” a cuyos fundamentos se remitiera la Excm.a. Corte Suprema de Justicia de la Nación en dicha causa).

166. Siguieron su postura fallos Costa, Ricardo J Corte Suprema de Justicia de la Nación el 26/2/02, “Rubinetti Héctor F. s/ rec. de casación” - CNCP - Sala II - 04/04/2003, “Álvarez Monroy, P.H”, 18/12/2001, LA LEY, 2002-C, 240; DJ, 2002-1-802. “Maleira, Carlos”, 23/04/2002, JA, 2002-IV, fascículo N° 8, p. 81. Asimismo se resolvió con idéntico criterio en Competencia N° 327. XXXVIII, “Zardi, Alejandro W. s/denuncia infracción ley 24051” (CS, 08/08/2002). También, se adoptó el mismo criterio en Competencia N° 505, XXXVIII, “Curtiembre Antonio Espósito” (CS, 19/09/2002). Además, Competencia 4. XXXIX, “Montenegro, Jorge Celso s/denuncia” (CS, 20/05/2003). De Tribunales inferiores, en este mismo sentido también, se conocen fallos de nuestra justicia: exp. N° 59.424, “Usabiaga, Esteban M. y otro s/denuncia”, Cámara Federal de Bahía Blanca, sala I, Secretaría 2, 18/07/2003. Fiscal Federal s/denuncia, 02/09/2002, Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 4, Bahía Blanca. Del Juzgado de 1° instancia Federal de General Roca, “Edersa s/ley 24.051”, 30/09/2002 y 03/02/2003, A, “Veterinaria Artemis s/competencia” Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal- Sala I 12/08/04, negó la competencia federal considerando que no surgía de la prueba que “esos desechos pudieran afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de la ciudad autónoma de Buenos Aires”

167. VALLS, Mario F, “Los tribunales siguen discutiendo cuando corresponde la competencia federal que consagra la ley 24051” www.eldial.com, 2005

168. Cfr. Juan Rodrigo Walsh al comentar el pronunciamiento de nuestro máximo Tribunal en autos “Roca, Magdalena c/ Provincia de Buenos Aires”, publicado en L.L. 1996-B- 136, que la competencia ambiental es, en principio de las provincias y sólo por excepción podrá ser ejercida por la Nación.- Por su parte el criterio de la competencia provincia fue desarrollado y sostenido por la Dra. María Angélica GELLI al comentar la decisión de la Cámara Nacional Federal en lo Contencioso administrativo, Sala I en autos “Schroder, Juan y otros c. Estado Nacional. -“La competencia de las provincias en materia ambiental” La Ley.-1997-E-805- Mercedes Díaz Araujo en “El Artículo 41 de la Constitución Nacional: La Jurisdicción Local y Federal en Materia Ambiental” tiene idéntica opinión, a partir del análisis del antepenúltimo párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional.

169. Manual de la Constitución Reformada, Ediar, 1998. primera reimpresión, t. III. pag. 169.

Si los legisladores hubieran querido que otros jueces que los federales intervinieran en estos procesos así lo hubieran dispuesto explícitamente, pero en uso de sus facultades motivaron, especificándolo, por qué los eligieron para intervenir en los asuntos penales que la ley trata¹⁷⁰.

4.b) La Facultad del Congreso de legislar en materia de derecho de fondo.

El Congreso dictó otras leyes de protección del ambiente y los ecosistemas que determinaron la aceptada intervención, por la materia abordada, del fuero federal. Así la determinaban, entre otras, las siguientes "leyes especiales" del art 67, inc. 11 de la Constitución: ley de defensa agrícola, 3708; de protección a la invasión de animales y vegetales parásitos, 4863; de policía sanitaria de los animales. Es decir, por el tema abordado no es la 24.051 una ley que determine la competencia caprichosa, aislada.

Gasipi nos recuerda que "la ley 23.737 -de estupefacientes- asigna competencia a la justicia federal para la investigación de las acciones que ella sanciona (art. 34); esta ley modificó lo que disponía su predecesora, la 20.771 En este contexto la competencia de los jueces federales de toda la República para conocer de estos crímenes no fue cuestionada y hoy no hay lugar para dudas de esta índole: se trata de una ley especial del Congreso en la que, por la importancia del asunto referido y por propender a la defensa de una cuestión de fundamental importancia para el cuerpo social, igual que en el caso de la 24.051, los legisladores han querido nacionalizar el asunto. La protección del ambiente y sus organismos también corrió esa suerte por su entidad y la incidencia negativa de no hacerlo¹⁷¹."

Dos son los principales fundamentos para la competencia federal en razón de la materia:¹⁷² a). hay comprometido un interés federal en sancionar a quienes cometan los llamados delitos ecológicos;b). por ello, no debe asignarse competencia a la justicia local aunque los hechos no hubiesen generado contaminación en varias jurisdicciones.

El giro interés federal por ser un concepto jurídico indeterminado debe ser estipulado en cada oportunidad en que se lo emplee.

En ese sentido, se trata de una expresión que remite a las "grandes necesidades generales" a que se refería el diputado Gorostiaga en la Convención Constituyente de 1853. Estas se vinculan a los fundamentos y obligaciones del Gobierno de la República, cuestiones que interesan a todos los habitantes de la Nación y a las que están reguladas Constitución y por las leyes especiales¹⁷³.

Así las cosas no puede negarse que sea una necesidad imperiosa el beneficio que mediante a salvaguarda del estado sanitario de la Nación se infiere en el Medio Ambiente.

Es una obligación del gobierno de la República proteger la salud pública mediante el correcto resguardo del medio ambiente. En el marco de las responsabilidades concurrentes a que se refiere el art 41 de la Constitución, es responsabilidad del gobierno federal ya que las normas que describen el daño ecológico integran el conjunto de presupuestos mínimos" que éste debe dictar.

Además, si cada acción que perturba el equilibrio ecológico repercute en el ambiente y pone "en juego la salud o la vida de las personas", estimamos que el interés público general de todos los habitantes de la Nación, está violentado y corresponde a la justicia federal intervenir en ello por ser la propia de la autoridad -el gobierno federal- que tiene confiada la protección¹⁷⁴."

Por otra parte, es así ya que la justicia federal se distingue por ser aquella ante la que se tramitan cuestiones de interés colectivo al que se vinculan, entre otras, la solución de problemas imprevistos que el progreso general crea y que son materia de "leyes especiales"¹⁷⁵. Como vimos una de estas leyes especiales es la 24.051, cuyo capítulo penal tiene por fin la protección directa de la salud pública y de forma genérica la del ambiente en todas sus manifestaciones.

Coincidimos con la opinión de Pablo Luis Gasipi:

"Luego si "no son las acciones en sí mismas las que determinan la potestad de someter su juzgamiento al fuero federal, sino la incidencia que su resultado tenga, en circunstancia histórica determinada, sobre intereses del Estado", cabe concluir en que "es constitucionalmente legítima la norma en virtud de la cual comportamientos que hasta un momento dado eran impunes, o constituían delitos de derecho común

170. Es el único de los miembros que se dedica a exponer claramente los lineamientos del régimen penal.

171. Antecedentes Parlamentarios, Residuos Peligrosos, La Ley B 1996- 1645,pag 1868 Parágrafo 94

172. Cfr. GASIFI, Pablo Luis: "La competencia de los jueces federales para juzgar los delitos contra el ambiente". Revista El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Dir. Carlos A. Mahiques. Bs. As Febrero 2003 pag 43 donde sostiene "desde fallos 1:299 hasta los mas recientes la Corte suprema no permite, con las excepciones de ciertos casos, prever la inconsecuencia de los legisladores."

173. GASIFI ob cit pag 48

174. Cfr. GASIFI "la competencia...ob cit pag 43 a quien tomaremos como referente en el presente punto. Él suma un tercer fundamento: "para el caso específico de la Capital Federal, si bien todos los jueces son nacionales sólo los federales de esa jurisdicción están facultados para conocer en los hechos con atribución de competencia del art. 58 de la ley" Punto que compartimos pero que no haremos referencia debido que excede el análisis del presente trabajo.

175. GASIFI " La competencia... ob cit pag 43

sometidos a las magistraturas locales, pasan a ser penados por una ley de la Nación o quedan sujetos a los tribunales de ésta” (Fallo 302:1209)¹⁷⁶.

Esta cita es conducente para el estudio de la presente tesis porque el efecto propio de las acciones criminales contempladas que protegen a la salud pública, -tienen una repercusión incuestionable sobre un bien intangible que integra el dominio del Estado nacional: el ambiente en el que todos habitamos en un momento dado de la historia del país.

En suma, existiendo un interés primordial del Estado en proteger a la salud pública mediante el resguardo del medio ambiente, esa protección corresponde a la justicia federal por la esencia misma del objeto a proteger y por la forma en que tal amparo debe brindarse.

En palabras de Clariá Olmedo “todo ello es así desde que corresponde a la justicia federal “erguirse soberana en defensa de los intereses de la sociedad íntegra de la Nación; del conglomerado social que constituye la Nación Argentina; de la soberanía nacional. Está presente para acudir a la represión de los delitos que, no obstante haberse cometido en territorio de las provincias, van por una u otra causa en contra de la colectividad nacional, ya porque atacan los intereses del Estado soberano, porque violan la misma Constitución general, las leyes especiales del Congreso; ...”¹⁷⁷.

4.c) El art 1 de la ley 24051 no integra el tipo penal

Al conjugar correctamente los art 1, 58, 59 y 67 de la LRP entendemos que el art 1 “limita las facultades de índole administrativa de la autoridad de aplicación nacional, ante las que corresponden a las provincias y a los municipios (art 59 y 67) No existe entonces obstáculo normativo para la intervención federal en materia penal”¹⁷⁸.

Corresponde a la justicia federal en virtud del art 58 de la ley 24051 investigar en las supuesta contaminación por talio pues tal sustancia es considerada “residuo peligroso” de conformidad a lo dispuesto en el art 2 de dicha normativa¹⁷⁹.

Finalmente las palabras expuestas por la jurisprudencia a la que referimos bastan para defender y aclarar en síntesis el presente argumento que adherimos : corresponde a la justicia federal entender en la denuncia formulada a raíz del siniestro ocurrido en una planta industrial ya que las disposiciones penales de la ley 24051 no se integran típicamente con las circunstancias enumeradas en el art 1 que si limita la facultades de índole administrativo de la autoridad de aplicación nacional ante las que les corresponden a las provincias y municipios¹⁸⁰.

4.d) Las características de la justicia federal

El conocimiento de las características que distinguen a la justicia federal, no hacen más que reforzar la adecuada atribución de competencia vigente. La justicia federal es expresa, lo que significa que ella puede intervenir sólo cuando una ley así lo contempla; no cabe dudar, entonces, de que los jueces federales deben actuar en la represión de los delitos que prevé la ley 24.051, pues así lo manda su art. 58.

La justicia federal es limitada, ya que sólo los casos previstos en el art. 116 de la Constitución Nacional son aquellos a los que se extiende. Para el caso, ya vimos que la protección general del ambiente es un punto regido por la misma Constitución y por una ley especial de la Nación; de donde la jurisdicción federal es la que corresponde.

En conclusión la justicia federal debe intervenir en estas causas por el interés federal que subyace en ellas debido a que, aún cuando se defiende la salud pública como bien jurídico protegido, las normas resguardan a su fin la integridad de indiscutible importancia del medio ambiente.

4.e) Ley 24051 como parte de acuerdos internacionales.

Por sobre estas afirmaciones, que pueden o no ser compartidas, hay un argumento que disipa cualquier duda en punto al tópico de los intereses federales. La Argentina es Parte signataria de la Convención de Viena para la protección de la capa de ozono -ley 23.724¹⁸¹, del protocolo de Montreal sobre control de las emisiones contaminantes -leyes 23.778¹⁸² 24040¹⁸³ y 24.167¹⁸⁴ y, de importancia fundamental, del Convenio de Basilea -ley 23.922¹⁸⁵; luego, para tornar operativos los postulados y obligaciones de tales

176. Ibidem pag 44

177. LASCANO, David, Jurisdicción y competencia, cap. XVIII, pto. I, Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1941 cit por GASIFI “La competencia...”, ob cit pag 44

178. GASIFI “La competencia...ob cit pag 44

179. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A... Competencia penal en la República Argentina, Depalma, 1945, pág. 157.

180. CS, 19/12/2000”C, SA” competencia 868 L XXVI cit por CAFFERATTA, “Otra vez...2 ob cit punto IV

181. CS, 19/12/2000, “Da Rocha s/denuncia ley 24051 - ATANOR”.

182. CS, Fallos 317:1332; 271:396; 286:160; 311: 2607.

183. [EDLA, 1989-272]

184. [EDLA 1990-70]

185. [EDLA, 1992-51]

acuerdos, a través de la punición que contempla la ley 24.051 se protege a todos los componentes del ambiente tal como aquellos instrumentos imponen. De allí es forzoso concluir en que es al gobierno federal a quien compete conocer de las acciones que contraríen los postulados de los acuerdos internacionales mencionados.

La ley 24.051 fue promulgada el 17 de diciembre de 1991 para, entre otros objetivos, hacer operativo el compromiso del Estado de tomar medidas internas para reducir al mínimo la generación de desechos (art. 4.2.a. de la Convención de Basilea) Tanta es la ligazón entre la Convención y la ley 24.051 que los Anexos I, III y IV del Convenio se reproducen íntegramente como Anexos I, II y III, respectivamente, en la 24.051.

Así las cosas, teniendo todos estos tratados jerarquía superior a las leyes internas y conformando el derecho federal propiamente dicho, cualquier aspecto vinculado con éstos -normas supranacionales y sus consecuentes nacionales- será de competencia de la justicia federal según lo manda el artículo 116 de la Constitución Nacional¹⁸⁶.

4.f) El proyecto de ley 24.404, vetada por el Poder Ejecutivo y archivada por el Legislativo

Gasipi nos recuerda¹⁸⁷ que el Poder Ejecutivo vetó el proyecto de ley sancionado por el Legislativo que sustituyó el art. 58 de la 24.051, registrada como 24.404, desde que esta última disponía la competencia para conocer de las acciones penales que se deriven de aquella ley, de la justicia federal, nacional o provincial, según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

Los motivos para vetar el proyecto -decisión sobre la que nunca insistió el Poder Legislativo situación que hay que rescatar por su valor indicativo- fueron que hay circunstancias que "impiden asimilar los hechos sancionados por la ley 24.051 a otros delitos cuyos efectos se producen únicamente en una provincia, respecto de los cuales, por tanto, no existen dudas acerca de la jurisdicción correspondiente. Que, por lo tanto, tratándose de una ley que está llamada a ser aplicada únicamente a hechos con trascendencia federal, no existen motivos que justifiquen la promulgación" de la ley sancionada en el Legislativo."

Por último se dijo que "la exigencia de que las normas nacionales que contengan los presupuestos mínimos de protección ambiental no alteren las jurisdicciones locales, no resulta Incompatible con la vigencia de aquellas que sólo están llamadas a regular conductas que afecten o puedan afectar intereses cuya preservación incumbe al Gobierno Federal, ni con el juzgamiento de tales conductas por parte de los jueces de la Nación¹⁸⁸."

5. Jurisprudencia

A los fines de conocer las posturas jurisprudenciales en torno a la competencia correspondiente en materia penal de la ley 24051 efectuaremos una correlación de los fallos mas destacados en el tema:

La Corte Suprema de Justicia avala la competencia federal desde el fallo Wentzel¹⁸⁹ que sostuvo que el art. 58, en tanto dispone que "Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la Justicia Federal", detrae esta materia, de derecho común como se determinó, del conocimiento de la justicia local, provincial o nacional, en cuanto pudiera regularmente corresponder, lo que como se anticipó ha sido admitido por la Corte Suprema en situaciones de excepción.

En "Colgate S.A."¹⁹⁰ se trató una cuestión negativa de competencia, promovida por el juez federal ante el juez local, en la causa en que se investigaban las consecuencias que originaron los desechos industriales arrojados al arroyo del Rey por la empresa La Corte. Aun con dictamen contrario del Procurador General de la Nación, dijo en sus considerandos para atribuir competencia al juez federal que "la gran cantidad de desechos que habrían contaminado el curso de agua como su origen derivado de un proceso industrial permiten sostener -al solo efecto de resolver la cuestión de competencia y sin perjuicio de lo que resulte de la posterior investigación- que la conducta examinada encuadraría en las figuras legales contenidas en el capítulo IX de la ley 24.051 de residuos peligrosos señalada por el juez federal para reclamar su competencia."

En "Gradín Jorge Vicente s/ inhibitoria"¹⁹¹, aun con dictamen contrario del Procurador General de la Nación, la Corte dispuso la competencia del juez federal ya que "de la lectura de las constancias de este

186. [EDLA, 1992-395]

187. [EDLA. 1991-183]

188. GASIFI "La competencia..."ob cit pag 45

189. GASIFI, "La competencia" ob cit pag 48

190. Decreto P.E.N. 2145/94 -B.O. del 9 de diciembre de 1994-. Está transcrito en Ley de residuos peligrosos. La Ley, Serie de textos actualizados con doctrina y jurisprudencia, con notas de María E. Di Paola y Andrés M. Nápoli, 2000. cit por GASIFI ob cit pag 49

191. Causa 3401: "WENTZEL Jochen Ernts y otros s/ Ley 24051" Juzgado Federal Nro. 1 Secretaría 1 de San Isidro - San Martín, 16 de octubre de 1992

incidente cabe concluir en que el peritaje ordenado tiene por fin comprobar la peligrosidad de los residuos y desechos de la empresa, es decir, si ha existido un hecho punible previsto en la ley 24.051 (arts. 2, 55 y 56). Como para tales investigaciones el legislador ha asignado competencia a la justicia federal (art. 58), la espera del resultado de aquel examen pericial no altera la sustancia del conflicto de competencia que debe resolverse en el sentido antes indicado”.

En el precedente “Zamora Federico”¹⁹² la Corte hizo suyas las expresiones del Procurador General de la Nación que dictaminó exponiendo que el objeto de la contienda era “... determinar si como consecuencia de los desechos industriales de las citadas empresas existe un hecho punible de los previstos en la ley 24.051” y que “en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la mencionada ley, corresponde a la justicia federal investigar la causa”.

El objeto procesal de la causa era investigar la contaminación del medio ambiente con fenol y plomo generado en fábricas del partido de Avellaneda que volcaban sus lixiviados al Riachuelo

En “Melazo, Cesar Ricardo”¹⁹³ se resuelve un conflicto trabado en la causa que elucidaba el origen de alergias padecidas por vecinos de La Plata originadas en emanaciones de gases tóxicos provenientes del transporte público local de pasajeros; el dictamen del Procurador General de la Nación es determinante de la solución y la Corte, que hace suyos los argumentos, dispone la intervención del fuero federal en atención a la manda del art. 58.

En el caso “Petrofer SA”¹⁹⁴, en que se investigó la contaminación de aguas subterráneas existentes debajo de una estación de servicio en Villa Tessei y en zonas linderas a ella, por imperio del artículo 58 de la ley se asignó competencia a la justicia de excepción¹⁹⁵.

El precedente de Tallos, (“Tribunal de Faltas N° 3”¹⁹⁶) nos informa que, investigándose la repercusión contaminante de los residuos patológicos arrojados a la vía pública desde un centro de asistencia médica en Lomas de Zamora, la Corte asigna competencia a la justicia federal.

En Da Rocha¹⁹⁷ se asignó competencia a la justicia federal por dos motivos: la aplicación del art. 58 de la ley y que no se descartó una posible afectación a las personas o al ambiente fuera de los límites de la provincia del Buenos Aires. (sin que exista para esto último algún argumento determinante)

El 23 de abril de 2002 la Corte, en la causa “Maleira Carlos”¹⁹⁸ siguiendo lo dictaminado por el Procurador Fiscal ante ella atribuyó conocimiento a la justicia federal para conocer de la causa en la que se investiga la polución que originó el vertido de aguas con tolueno, benceno, plomo e hidrocarburos oleofínicos de alto peso molecular al arroyo Basualdo, ya que éste conforma la cuenca del Río de la Plata y por sus aguas el material considerado residuo peligroso puede afectar a otras jurisdicciones ajenas a la provincia de Buenos Aires, asiento de la empresa lanzadora del tóxico.

En síntesis: aunque parte de la doctrina sostenga que el Fallo Lubricentro “aclaró” la discusión,¹⁹⁹ consideramos y concluimos que el mismo es una solución aislada y carente de fundamentos jurídicos.

Aunque solamente una jurisdicción territorial resulte afectada la competencia es federal porque la ley lo dispone, porque los compromisos internacionales de la República así lo imponen y porque en la contaminación ambiental -por ínfima que sea— está comprometido un interés nacional y abarcador, destacado desde la Constitución misma, que debe ser resguardado por los jueces que ella crea. Esto es, los del fuero federal de todos los lugares de la República²⁰⁰.

Finalmente y en carácter de aclaración compartimos lo expuesto por la jurisprudencia en el sentido que “No constituye causal de nulidad de las actuaciones la circunstancia de haber actuado un magistrado incompetente hasta el momento de declararlo.”²⁰¹

192. Colgate SA Competencia N° 868. XXIV. Inhibitoria planteada al Juzgado de Primera Instancia en Lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. 19/10/93 T. 316 , P. 2374

193. Gradín, Jorge Vicente s/ inhibitoria. 28/02/95 competencia N° 106 XXVIII T. 318 , P. 244

194. Zamora, Federico s/ denuncia infr. a la ley 24.051. competencia N° 45 XXX 18/07/1995

195. Melazo, César Ricardo s/ denuncia infracción a la ley 24.051. Competencia N° 92. XXXI. 31/10/1995

196. Petrofer S.A. s/ infr. ley 24.051. competencia N° 1047 XXXIII 10/02/1998

197. Cita como antecedente lo resuelto por la Corte el 10 de diciembre de 1997 en la causa “Agente fiscal s/denuncia” -Competencia 657.XXXIII, inédito-, en el que se asigna competencia al Juzgado Federal de Santa Rosa, provincia de La Pampa, para investigar la contaminación de las aguas subterráneas y napas freáticas originada en el escurrimiento de hidrocarburos en una finca de Alta Italia linderas a una estación de servicio, ello en razón de lo dispuesto por el art. 58 de la ley.

198. Comp. 845 L. XXXV. Tribunal de Faltas N° 3 s/ denuncia infr. ley 24.051.5/09/00 T. 323 , P. 2390

199. Da Rocha s/ denuncia ley 24.051 - ATANOR S.A. Competencia N° 851. XXXVI. 19/12/2000

200. Maleira, Carlos Alberto s/ infr. a la ley 24.051 Competencia N° 2204. XXXVII. 23/04/02 T. 325, P. 823 L.L. 02/09/02.

201. Valls “Los Tribunales...” ob cit punto III

Capítulo VIII

1. Causalidad e imputación

1.a) Relación entre conducta y resultado.

El delito analizado, según ya lo fundamentáramos en el Capítulo VI, es un tipo de peligro concreto; es decir: la figura requiere que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo. Seguimos a Claus Roxin al considerar que “los tipos de peligro concreto deben ser considerados como delitos de resultado; distinguiéndose de los delitos de lesión, no por regirse por criterios de imputación divergente, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente²⁰².”

Exige para su consumación la producción de un resultado material: un peligro concreto a la salud pública (o muerte en caso de calificación adicional) y es allí donde se plantea el llamado problema causal.

Se sostiene que ese resultado debe estar en conexión causal con la conducta que lo provoca.

La certeza requerida en dicha conexión causal es muy difícil de probar en temas complejos como los ambientales. Ante las “dificultades probatorias” la doctrina se plantea una supuesta contradicción: se defiende penalmente al medio ambiente aunque no exista un grado de certeza, ó protegemos al medio ambiente aunque ello signifique violentar las garantías del in dubio pro reo.

Se produce una lucha teórica que finaliza generalmente en la necesidad de recurrir a tipos abstractos para proteger el medio ambiente a fin de evitar los inconvenientes que acarrea la dificultosa tarea de imputar la acción al presunto autor²⁰³.

Sin embargo, aquí sostendremos que esa suposición es equivocada y el error -que es la base del presente análisis- reside en afirmar que indefectiblemente entre conducta y resultado la conexión deba ser causal.

Explicaremos que la conexión necesaria que debe existir entre conducta y consecuente en los delitos ambientales puede ser estadística sin que ello signifique minimizar la certeza necesaria para la imputación.

1.b) La imputación en el ámbito de la teoría del delito

Al ser un delito de resultado, la problemática referida a la causalidad e imputación deberá desarrollarse dentro del tipo objetivo.

Bacigalupo señala que “la tipicidad de una acción, respecto del tipo penal de resultado, requiere la comprobación de que el resultado típico se encuentra en una relación tal con respecto a aquella que permite afirmar que es la concreción de la misma; que es -en otras palabras- la concreción de ella...”²⁰⁴.

En los casos de estudio creemos que la adecuación típica depende de que la realización de la acción haya producido un resultado lesivo que le sea objetivamente imputable y es por ello que -sin realizar un análisis exhaustivo sobre el tema-, sostenemos que la teoría de la imputación objetiva es la mejor herramienta para el análisis de los delitos consagrados en la LRP²⁰⁵.

En esa línea, la teoría de la imputación objetiva, como marco de análisis del elemento típico “causalidad” en el plano del tipo objetivo, parte de dos conceptos elementales: la elevación del riesgo y la manifestación de ese riesgo en el resultado típico.

El primer aspecto, enfatiza la vigencia del principio de legalidad, pues se requiere para la imputación de un resultado a una acción, que ésta haya impuesto un aumento del nivel (incremento) del riesgo que afecta al bien jurídico²⁰⁶.

En el segundo aspecto, -manifestación del riesgo en el resultado típico- se exige aquello que en el campo de la causalidad física se denomina “conexión causal”, es decir la comprobación que el resultado se realizó, precisamente, por el riesgo creado por el autor.

202. Cfr. GASIPÍ, “La competencia...” ob cit pag 49

203. Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (C.Fed San Martín) 26/08/1992 Contaminación Río Reconquista. LA LEY 1993-E, 338 - DJ 1993-1, 195

204. Cfr. ROXIN, Claus, “Derecho Penal. Parte General, t I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, Civitas, Madrid, 1997, pag 404 cit por CESANO, “Consideraciones...” ob cit pag 274

205. Así SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, t. 4/5, p. 131. RUSCONI, Maximiliano, Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico, en MAIER, Julio B. J. (comp.). Delitos no convencionales, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 174.

206. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General, 2da ED, Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1999, p. 255.

2. ¿Qué requerimos como conexión causal? La causalidad como parte del principio de determinación.

Seguimos a Pérez Barberá en su libro "Causalidad y Determinabilidad"²⁰⁷ fundado en las ideas de Bunge donde propugna una discusión dogmática de la causalidad. Analizaremos en este capítulo cómo logra sentenciar que la causalidad es sólo una de las manifestaciones de la determinabilidad (determinación ontológica), una de las tres que –a juicio del autor- integran la praxis penal, junto a la categoría estadística y la teleológica. Y que la determinabilidad –en esta tríada- es el presupuesto ontológico de los delitos de resultado y no la causalidad²⁰⁸.

"Lo que sí cabe exigir entre conducta y resultado es una determinada relación ontológica, pero de ninguna manera es necesario que esa relación sea causal. esa relación puede ser causal, pero también puede ser estadística (o probabilística), según cuál sea la índole de las leyes o regularidades que permitan explicar ontológicamente el fenómeno".

"Conforme a este esquema, la causalidad no es más que una categoría de determinación entre otras igualmente posibles -la estadística y la teleológica, básicamente- y cualquiera de ellas, en tanto resulte aplicable, puede dar cuenta con idéntica fuerza explicativa de la relación ontológica entre antecedente y consecuente"²⁰⁹.

En materia ambiental, esta postura adquiere especial importancia, en virtud del problema que adelantamos recientemente: es sabido que una defensa usual de quien causa daños ecológicos consiste en alegar la imposibilidad de demostrar -con la certeza que exige el principio in dubio pro reo que la conducta en cuestión ha causado efectivamente el daño investigado. Y se trata desde luego, de una defensa imposible de rebatir en numerosos casos.

La relación no siempre es dificultosa por dificultades empíricas o probatorias, como normalmente se cree, sino por razones conceptuales: muchas veces las leyes que explican un daño ambiental no son de índole causal, sino estadística; esto es, las leyes que vinculan al antecedente con el consecuente, a la conducta con el resultado, no son leyes causales sino estadísticas o probabilísticas.

En conclusión existen, por lo tanto, diversas categorías de determinación, como la causal, la estadística, la teleológica, la estructural etc.

"Todo esta en efecto determinado por algo, pero no todo esta causado por algo"²¹⁰.

Si conceptualmente nos aferramos a la idea de una relación "causal" para investigar en todos los casos la conexión necesaria entre acto y resultado de los delitos penados por la LRP seguramente no enfrentaremos a dificultades de peritaje y prueba que culminan, en su mayoría en la imposibilidad material de incriminar una conducta determinada.

2.a) La categoría de determinación a aplicar en delitos ambientales

¿Qué categoría aplicaríamos a los delitos ambientales?

Se aplica una u otra categoría (causal, estadística.) según cuál sea la adecuada para explicar el suceso empírico de que se trata.

"Explicar científicamente un fenómeno consiste en, básicamente, descomponerlo en una serie de datos relevantes y relacionar esos datos con determinadas leyes generales"²¹¹.

La relación de los datos con las leyes correspondientes permite inferir, deductivamente (si las leyes son universales) o inductivamente (si las leyes son generales), lo que se quiere explicar.

Ej. a) Si lo que se quiere explicar es

"la puerta de madera se dilata en verano"

Las premisas – datos con las que contamos son: "una puerta de madera es un cuerpo", "en verano la temperatura aumenta",

207. A diferencia de las teorías clásicas (teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la causalidad adecuada, teoría de la relevancia típica, etc)-que afirmaron que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una relación de causalidad idéntica a la que se verifica en los procesos de la naturaleza.

208. Cfr ONETTO, María Valeria: "Delitos contra el medio ambiente. El problema de la causalidad en los delitos ambientales y su influencia en la Política Criminal. ¿Protección penal del medio ambiente vs. in dubio pro reo? Revista Nueva doctrina Penal 2003/3. Ed. Del Puerto Srl. Bs. As. Pag 665 y continúa "Se trata, del punto de partida a través del cual puede analizarse la tipicidad objetiva de la conducta, es decir, la "creación de la base del juicio de imputación". Como consecuencia de ello, quedan fuera de ese juicio, aquellas acciones que importen un riesgo permitido o acciones que lo disminuyen"

209. PEREZ BARBERÁ, Gabriel "Causalidad y Determinabilidad" Homenaje a Claus Roxin. AAVV. Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 2001.

210. En virtud de la complejidad y extensión del tema realizaremos un análisis de las ideas principales remitiendo para su estudio a PEREZ BARBERA, "Causalidad y Determinabilidad" ob cit.

211. PEREZ BARBERÁ, Gabriel: "Derecho Penal y Medio Ambiente. El Supuesto Problema Causal". Revista de derecho Penal integrado. Año IV. N° 7. 2003 pag 180

Y tenemos una premisa- ley universal o causal: “todo cuerpo se dilata con el calor”

Utilizamos por tanto un método deductivo. Como se trata de una deducción, la conclusión se sigue necesariamente de las premisas

Ej. b) Si en cambio lo que quiere explicar es
“Facundo se curó de la enfermedad Virosilis”

Las premisas datos con las que contamos son: “Facundo padece la enfermedad Virosilis” y “el médico M suministró a Facundo la droga D”,

En este caso no contamos con leyes universales para aplicar, sino con una la premisa ley estadística o probabilística “la droga D cura la enfermedad E en un determinado numero de casos” (o con una determinada probabilidad)

Utilizamos aquí un método inductivo. Aquí la conclusión no se sigue necesariamente de las premisas sino que existen entre ambas una relación de apoyo (las premisas no contienen la conclusión sino que apoyan a esta en un determinado grado)

En definitiva una explicación es causal si las leyes que integran lo que se quiere explicar (explanans) son causales (como en el Ej. 1); y es estadística si las leyes que integran lo que se quiere explicar son leyes estadísticas o probabilísticas.(como en el Ej. 2)²¹².

3. Leyes causales y estadísticas

Para razonar un poco mas el tema podemos apuntar que:

- En las leyes causales (por ej “si un cuerpo recibe calor siempre se dilata”) vemos cómo hay una invariabilidad de la conexión (siempre o necesariamente). Lo que sucede, siempre o necesariamente pasa.

De allí que Bunge sostenga que el enunciado causal posee los siguientes componentes esenciales: condicionalidad, univocidad, dependencia unilateral del efecto con respecto a la causa, universalidad o invariabilidad de la conexión y productividad o naturaleza genética del vínculo²¹³.

- Dado el carácter universal de las leyes causales, presentan ellas la característica definitoria de que un único ejemplo basta para refutarlas.

Si existe un caso en que un cuerpo deje de dilatarse si recibe calor, la ley deja de ser universal.

- En cambio, una ley estadística es una generalización empírica no universal de segundo nivel. Ese carácter no universal se expresa mediante el adverbio modal “probablemente” u otras expresiones equivalentes, si se trata de un enunciado comparativo, o con el giro “grado x de probabilidad” u otro equivalente, si se trata de un enunciado cuantitativo. Lo que pasó, probablemente pase de nuevo. Ej. La droga D cura la enfermedad Virosilis en un 98% de los casos.

- De este modo, las explicaciones estadísticas o probabilísticas, por el contrario, tienen la propiedad de que el hallazgo de un contraejemplo, o incluso de varios, no es suficiente para refutarlas o falsarlas.

Justamente si decimos que el médico M suministró a Facundo la droga D y se curó de la enfermedad Virosilis, la explicación dada a la cura de Facundo puede ser concluyente aún si la droga D no curó la enfermedad Virosilis en algunos casos.

3.a) Las variables

Las leyes causales se formulan en contextos en los que interviene un número reducido de variables, pues ello reduce la posibilidad de contraejemplos. En contextos en los que, por el contrario, interviene un número elevado de variables, la formulación de leyes causales más que imposible es incorrecta, pues las explicaciones intentadas con ellas, a causa de la ubicuidad de las refutaciones, no tendrán ningún poder explicativo.

“La economía, la medicina, la ecología etcétera, son ámbitos en los que interviene un numero elevado de variables con relación a cada suceso. Si intentáramos explicarlos con leyes causales fracasaríamos inmediatamente en nuestro intento. Sin embargo, no creo que ningún economista, médico o ecólogo esté dispuesto a aceptar que en sus respectivos ámbitos no es posible explicar o predecir sucesos. Si así fuera, ninguna de estas disciplinas siquiera existiría. Pero lo cierto es que ahí están. ¿Cómo trabajan, pues,

212. PEREZ BARBERA, “Derecho penal y medio ambiente, ob cit pag 181” la causalidad constituye sólo una de las categorías posibles de la determinación en general, ni la mas importante ni la mas insignificante.

213. Ibidem pag 182 El método más usual de explicación científica, esto es, el método nomológico-deductivo. consiste en llevar adelante los siguientes pasos: a) determinar con precisión aquello que se quiere explicar (que es siempre una hipótesis, se denomina explanandum y constituye la conclusión de la deducción); b) seleccionar los datos empíricos que se consideran relevantes para su explicación; y c) seleccionar las leyes generales (que también son siempre hipótesis) que se consideran pertinentes para relacionar los datos empíricos. El resultado de estas dos últimas operaciones es lo que explica (que se denomina explanans y conforma las premisas de la deducción).

estas disciplinas científicamente? Pues formulando hipótesis de carácter estadístico o probabilístico y empleando leyes estadísticas para explicarlas o predecirlas no tanto porque sea imposible allí el empleo de leyes causales, sino por que su empleo no corresponde”²¹⁴.

De allí que en ámbitos donde se manifiestan un número elevado de variables se impone, como necesaria y excluyente, la hipótesis probabilística. En efecto, así como provocaría perplejidad la formulación de una hipótesis probabilística en un ámbito de escasas variables intervinientes, también provoca perplejidad una hipótesis causal en un ámbito de elevado número de variables. Comprobémoslo con ejemplos: la hipótesis “es probable que si dejo a esta piedra en aire sin ninguna sustentación ella caiga al suelo”, es tan inapropiada como la que reza “con toda seguridad comer tantos huevos fritos provocó a X ese infarto”. La primera es demasiado cautelosa donde no tiene que serlo, y la segunda un tanto temeraria donde debería ser más cautelosa. En definitiva, ninguna de las dos resulta satisfactoria. Ello ocurre porque ninguna respeta las reglas de juego que cada ámbito impone a las hipótesis -y a las explicaciones- correspondientes.

De lo contrario tendríamos que, o bien admitir que los sucesos ocurridos en esta clase de contextos no admite explicación alguna, o bien aceptar una generalización como “quien toma la Droga D inexorablemente se cura de la enfermedad *Virosilis*”

3b) La estadística

El fin de esta resumida exposición sobre las características de los ámbitos determinados causal y estadísticamente es demostrar que uno y otro son categóricamente distintos y que ninguno es más potente o efectivo que el otro²¹⁵.

Esto, llevado al terreno de los delitos contemplados en la ley 24051, rompe con el mito de un irremediable problema causal y la importancia radica en que, si consideramos que en algunos casos el número de variables es elevado y por ende necesitamos determinar el hecho estadísticamente, la defensa no podrá alegar un solo contraejemplo para impedir la necesidad de la relación entre la supuesta causa y el efecto.

Cabe destacar que, en virtud de la complejidad de los asuntos referidos al Régimen Penal de la ley 24051, resalta a simple vista que en muchos casos es viable demostrar que la categoría de determinación que corresponde aplicar es la estadística, no la causal.

4. Estadística vs. in dubio pro reo

Precisamente, en forma similar a lo expuesto en el reconocido caso *Colza*²¹⁶, se plantea una disyuntiva entre estadística y certeza.

Parte de la doctrina sostiene que la estadística no puede cumplir con los requisitos necesarios para no violar el principio *in dubio pro reo*²¹⁷.

Sin embargo, seguimos a Pérez Barberá quien sostiene que el principio del *in dubio pro reo* debe “amoldarse” a las particularidades epistemológicas de cada caso.

Creemos en fin, como Bunge, que la determinación causal y la estadística tienen, cada una de ellas, su respectivo ámbito de aplicación, y que cada una de ellas es, en su sector, tan segura y a la vez tan imperfecta como la otra.

En ámbitos de determinación causal, por lo tanto, “certeza” significa que el enunciado que conforma el explanandum de la explicación no ha podido hasta el momento ser falsado. Sigue siendo una hipótesis, apoyada en leyes que también son hipótesis, pero se trata de una hipótesis que ha adquirido tal grado de verosimilitud que el juez no puede, respecto de ella, permitirse dudar. Pero si podrá y deberá dudar si se presenta tan sólo un caso que pueda tener algún efecto....”

Por su parte, en ámbitos de determinación estadística “certeza” significa que el enunciado que conforma el explanandum tiene una correlación estadística fuerte con los antecedentes fácticos y legales del explanans. “Correlación estadística fuerte”, bien podemos denominar “correlación estadística segura”, significa como sostienen Klimovsky e Hidalgo, que no existe ninguna variable de prueba que demuestre la irrelevancia del antecedente conformado por el explanans) respecto del consecuente (conformado por el explanandum).”²¹⁸

Aquí se intenta defender la idea de que es válido y aconsejable admitir que, las leyes de la mecánica cuántica (necesariamente estadísticas) pueden tener, en ciertos ámbitos (como el de los movimientos cotidianos de los hombres), mucho menos poder explicativo que las leyes causales que surgen de la mecánica newtoniana, y admitir en consecuencia que ambos tipos de leyes pueden, por así decirlo, convivir pacíficamente, aplicándose unas u otras según corresponda de acuerdo con las características de cada sector. De allí que tampoco sea aceptable la postura opuesta, que minimiza o relativiza valor de las explicaciones estadísticas: “todo aquel que, por continuar apegado al paradigma causal, tienda a considerar que no posible lograr explicaciones concluyentes mediante leyes estadísticas, debe saber que

razón conforme a un paradigma largamente superado en la filosofía de la ciencia y que lo que defiende no es más que una ingenuidad epistemológica.²¹⁹

En definitiva, en un caso donde intervienen leyes estadísticas, basta con demostrar que existe una correlación estadística fuerte (o segura) entre antecedente y consecuente para no violar el principio in dubio pro reo. Esto es: que ninguna variable de prueba demuestre la irrelevancia estadística de antecedente con el consecuente.

Para analizarlo en un ejemplo:

Miembros de cinco familias residentes todas ellas en las cercanías de un transformador de energía eléctrica que contiene un nivel elevado de PCB, han contraído recientemente cáncer.

Se sabe que uno de los efectos posibles del PCB en los humanos es la producción de cáncer.

Si las empresas fabricantes de transformadores y demás aparatos que contienen PCB fueran denunciadas penalmente, seguramente alegarían en su defensa que el hecho de que en otras familias residentes en la misma zona no se hayan detectado casos de cáncer impide afirmar con certeza que el PCB fue la causa de esa enfermedad y que, por ende, no pueden ser incriminados en virtud del respeto al principio in dubio pro reo.

Si el magistrado buscaría una relación de determinación causal entre el PCB y el cáncer, equivaldría a sostener que “El cáncer siempre es producido por PCB” ó “El PCB siempre produce cáncer”

Al no existir estas premisas universales, una correcta interpretación debe ser aquella que contemple un número mayor de variables: la estadística.

¿Y cuál es el beneficio de aplicar la relación de determinación estadística? Que una sentencia incriminatoria basada en una correlación estadística fuerte no violenta la garantía constitucional del in dubio pro reo.

De este modo, para demostrar que el líquido del PCB determinara el cáncer de miembros de la familia A, B y C aunque D y E de la zona no lo tengan, basta con demostrar que fuera del PCB no existe ninguna otra razón por la cual estas personas hayan contraído cáncer en el mismo período en el mismo espacio.

Consideramos que en Argentina existen casos que, mas allá de la dificultad probatoria, el encasillamiento conceptual dificulta la resolución de los casos.

Es por ello que creemos necesario entender y considerar que es posible lograr explicaciones concluyentes mediante leyes estadísticas remitiendo a un método como el expuesto que explica porqué es correcto la aplicación de la estadística en casos del Derecho Penal.

La jurisprudencia de nuestro país, en cambio, demuestra criterios contrarios. La Cámara Federal de San Martín, en autos “Gaitán, Nicasio s/inf. ley 24.051”, determinó que, no obstante que los peritajes realizados en los domicilios vecinos indicaban que la contaminación de las napas de origen industrial incidían directamente sobre la higiene y seguridad de los habitantes de la zona, no era posible probar el nexo causal entre el presunto agente contaminante (efluentes industriales) con el resultado (agua corriente contaminada), puesto que se encontraban con el inconveniente de poder determinar cuál es la influencia, si el único agente provocador de la contaminación era el vertido de la empresa cuestionada, y si así era, si ese vertido lo era en cantidad suficiente como para provocar el resultado dañoso²²⁰.

En relación a la imputación objetiva, y, conforme a los principios propios de la explicación estadística, “incremento del riesgo” significaría “relevancia estadística del antecedente respecto del resultado típico”, lo cual sólo podrá afirmarse si, acerca de tal relevancia, no existe ninguna duda (= certeza estadística).

Desde el punto de vista procesal es preciso acotar que, sin perjuicio de lo que aconseje cada estrategia defensiva en particular, es el Ministerio Público el único obligado a demostrar que no hay ninguna duda acerca de la relevancia estadística del antecedente respecto del consecuente. Esta es una tarea ciertamente posible (epistemológica y probatoriamente posible), pero de ninguna manera una tarea sen-

214. Dejamos de lado otros tipos de leyes (teleológicas, funcionales etc) para centrarnos en las referentes al tema de análisis.

215. PEREZ BARBERA “Derecho Penal..” ob cit pag 185

216. PEREZ BARBERA, “Derecho Penal”. Ob cit pag 188.

217. Ibidem pag 191

218. En el caso del aceite de Colza, los recurrentes negaban la relación de causalidad entre la distribución del aceite de colza con anilina al 2 por ciento y el síndrome tóxico padecido por las personas que figuran como afectadas, sosteniéndose que en ningún momento pudo determinarse cuál era la molécula o el agente tóxico que provocó la enfermedad. Frente a ello, el tribunal consideró que las defensas se basaban en la imposibilidad de afirmar una ley general de causalidad, a lo que argumentó que no era posible discutir la causalidad en el caso concreto cuando podía sostenerse una ley general de causalidad, cuyos elementos sí podían constatar. Precisamente, la Sala II que resolvió el caso, entendió que existía una base de correlación entre el antecedente de la ingestión y las consecuencias de la muerte o lesiones y entendió esta circunstancia como el presupuesto determinante de la afirmación de causalidad, pues el número de casos en los que se había demostrado esa correlación fue suficientemente relevante. BACIGALUPO, “Derecho Penal” ob cit pag 260

219. Así ONETTO, “Delitos contra el”, ob cit pag 672

220. PEREZ BARBERA, “Derecho Penal, ob cit pag 195.

cilla. Pues, contrariamente a lo que podría parecer a primera vista, también respecto de la determinación estadística el *in dubio pro reo* es sumamente exigente: descartar toda variable de prueba que pueda poner en duda la relevancia estadística de un suceso respecto de un resultado típico requiere una investigación extremadamente meticulosa, de vasto alcance, normalmente a cargo de especialistas (peritos) y, por lo tanto, permanentemente sujeta a la crítica de quien opere como contraparte. Y así debe ser, pues la condena de un ciudadano, en cualquier ámbito de determinación, sólo puede ser legítima si se ha despejado todo margen de duda²²¹.

5. Las autorizaciones administrativas

Como venimos analizando, el centro de la teoría de la imputación objetiva que adherimos se ubica en la idea de elevación del riesgo por sobre el nivel permitido, transformándolo en un riesgo prohibido, y por ende, jurídicamente relevante.

Cuando hablamos de riesgo, y dentro de la imputación objetiva, se plantea un problema discutido en gran escala por la doctrina: ¿Puede considerarse riesgo relevante una conducta autorizada administrativamente?

En otras palabras: ¿Sería típica una conducta que ponga en peligro concreto la salud de las personas si tal conducta ha sido autorizada por una norma administrativa?

Este problema reconduce, inevitablemente, al debate sobre la accesoriedad o no del derecho penal respecto del administrativo

5.a) La dependencia del derecho penal respecto al administrativo

Quienes sostienen la dependencia del derecho penal con el administrativo y por ende afirman que el derecho criminal no debe entrometerse en ámbitos autorizados administrativamente²²² basan sus premisas en las siguientes bases:

- en virtud de la unidad del ordenamiento jurídico, no debe producirse una contradicción valorativa como la que resultaría de la confluencia de la referida prohibición penal y permisión administrativa.
- por el principio de subsidiariedad y *última ratio*, el Derecho Penal no puede prohibir lo que el Derecho Administrativo permite de modo eficaz en sectores ya regulados por éste.
- al legislador penal le ha de resultar difícil determinar de modo abstracto a partir de qué grado, por ejemplo, una contaminación del aire deja de ser admisible y se hace intolerable²²³.

En este sentido Mahiques sostiene que en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, la norma administrativa que autoriza la manipulación de residuos dentro de determinados parámetros, implica el establecimiento de un nivel de riesgo jurídicamente permitido. "Por ende, la conducta causalmente contaminante, que sin embargo se mueva dentro de dicho plano de riesgo permitido, resulta atípica²²⁴."

Destaca Rodríguez Ramos que "secundariedad y accesoriedad de la norma penal, en este campo deriva, pues, de modo preeminente de razones político criminales de eficacia, pues es tan complejo y normativo el orbe ambiental que la ley penal sólo será aplicable si opera en apoyo de leyes y reglamentos administrativos que, de modo claro, determinen entre otras cosas el ámbito de lo lícito y de lo ilícito. El derecho penal ambiental es secundario, en el sentido de que corresponde a las normas penales el papel primario de su protección y accesorio en cuanto que su función tutelar sólo puede realizarse apoyando la normativa administrativa que de modo principal y directo regula y ampara la realidad ambiental²²⁴."

En base a esta postura entenderíamos que los límites marcados por los reglamentos administrativos estarían fijando, con carácter inamovible, los límites del riesgo permitido. Es decir, una conducta autorizada administrativamente deviene atípica.

5.b) La independencia del Derecho Penal respecto al administrativo

Seguimos a Silva Sánchez²²⁵ quien insiste en que los argumentos que se defienden afirmando la dependencia no son concluyentes, habida cuenta de que la unidad del ordenamiento jurídico se salvaría

221. *Ibidem* pag 193

222. Criterios semejantes se adoptaron en la causa "Averiguación contaminación Río Reconquista", C. Fed. San Martín Sala I, 26/8/92, JA 1993-I -199 y en la causa "Alba SA" C. Fed. San Martín, sala 1a, 17/9/93, JA 1993-11-470

223. Cfr PEREZ BARBERA "Causalidad y Determinabilidad" ob cit pag 123

224. La doctrina alemana se expidió a favor de la accesoriedad penal al derecho administrativo. TIEDEMANN sostiene que no es penalmente responsable quien actúa en virtud a una autorización jurídicamente válida, consecuentemente: es penalmente responsable quien realiza la conducta contaminante sin la autorización requerida, aún cuando se encontrase calificado para obtenerla e incluso también resulta responsable si tuvo dicha autorización pero su lapso de duración venció y el agente persistió en la actividad contaminante, cit por KALNAY ob cit punto 5

225. MAHIQUES, "Leyes penales..." Ob cit pag 291

acudiendo a la norma de que la ley superior deroga a la inferior, y como la ley penal es superior no habría inconveniente alguno.

Tampoco estaría en crisis el principio de última ratio, ya que se estarían castigando conductas de peligro y no las mismas conductas que tiene en cuenta el Derecho Administrativo.

Donna sostiene que, de considerarse la dependencia, la Administración tendría en sus manos la creación de los llamados espacios de riesgos permitidos que llevarían a la atipicidad de ciertas conductas²²⁶. Pero, como hemos analizado ut supra en este Capítulo, la idea del riesgo permitido no está en manos de la Administración, como se pretende, ya que llevarían a vaciar de contenido el tipo pena.

En conclusión creemos que los reglamentos administrativos son solo “indicadores” pero no permiten conducir en forma taxativa a la falta de imputación.

Creemos que existe supremacía del tipo penal frente a la autorización administrativa. Sin embargo debemos aclarar que en caso de exceder la contaminación los límites de la autorización administrativa, dicha situación no implica que encuadre necesariamente en derecho criminal: tiene que existir a tal fin un peligro concreto a la salud de las personas.

En este sentido Reyes Alvarado afirma que: “(...) si bien la desaprobación de un riesgo depende de una ponderación entre la conducta efectivamente desarrollada y aquella que debería haberse desplegado para la evitación del resultado, no es necesariamente el cumplimiento de determinada reglamentación lo que indica, que se actuó conforme a ese deber. En efecto, existen oportunidades en las cuales pese a un estricto cumplimiento de la reglamentación se genera un riesgo jurídicamente desaprobado (...); y, enseguida, concluye su razonamiento refiriendo que: el literal cumplimiento de una reglamentación sirve tan sólo como indicador de una eventual conformación de riesgo permitido, pues la inclusión de una conducta en esa categoría “sólo podrá ser (...) afirmada cuando sobre la base de ese hecho indicador se proceda al análisis de cada situación concreta”²²⁷.

Debemos recordar que la descripción de la acción reprimida penalmente que realiza el art 55 LRP no presupone la falta administrativa.

En forma coincidente la jurisprudencia se ha expedido en torno a que el permiso administrativo no justifica ni dispensa la comisión de un hecho ilícito.

La C. Fed. San Martín ha señalado que “no es admisible la pretensión de anteponer a normas legales dictadas por el Congreso Nacional en ejercicio de sus facultades constitucionales, el contenido de decretos destinados a regular actividades de la Administración” para concluir que “debe rechazarse el planteo sobre legalidad de vertidos contemplados en la norma administrativa, si al mismo tiempo constituyen conductas punibles por la ley represiva, pues aun cuando en el plexo de normas administrativas se contemple la posibilidad del vertido de tales desechos, con un régimen de sanciones propias de su naturaleza, ello no implica una autorización o disculpa para quien por dicha vía cometa un delito previsto en la ley penal”

“El arrojar sustancias aptas para propagar una enfermedad contagiosa y peligrosa para la salud no puede ser permitido -causal de justificación- ni dispensado -causal de inculpabilidad- por una disposición jurídica de rango inferior a una ley”²²⁸.

No obstante, en el fallo Wentzel se tuvo presente que “A los efectos previstos en el art. 55 ley 24051, el cumplimiento de los niveles que exigen las disposiciones de índole administrativa tendrá incidencia en el campo de la culpabilidad, pero de ningún modo podrá operar per se como causal de atipicidad o de justificación”²²⁹.

Afirmando nuestra postura, el Fallo Alba sostuvo que violar una reglamentación no significa en forma automática un delito penal “En materia de contaminación ambiental, cabe señalar que la aplicación de los tipos penales no deviene de una mera referencia a excesos en los parámetros autorizados por las

226. Conf. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “Protección penal del ambiente”, Revista de Derecho Público, Comentarios a la Legislación Penal, Edersa, Madrid, 1982, 1.1, ps. 261 y ss cit por BUOMPADRE “La protección... ob cit pag 201 Del mismo modo Gustavo COSTA considera que “a la luz de tales parámetros parece claro que si lo relativo al ambiente reviste la característica de ser transversal a todo el quehacer social, rechinaría como incongruente un paralelismo de absoluta independencia entre lo regulado en el ámbito administrativo y lo que se sanciona penalmente (¿autismo legal?). un primer modelo que, en general carece de aceptación COSTA, Mario Gustavo: “Ambiente, delito y proceso penal” Simposio de Jueces FARN 2005 pag 177

227. Citado por DONNA ibidem pag 331

228. DONNA, “Daño... ob cit pag 330

229. Cfr REYES ALVARADO, Imputación objetiva, 2a edición, Temis, Bogotá, 1996, pags. 117 a 119. Es interesante el ejemplo que utiliza el autor para demostrar su aserto: “quien conduciendo reglamentariamente un auto, nada hace para evitar atropellar a una persona ebria que imprudentemente trata de cruzar la calle con el semáforo peatonal en luz roja; en casos como este, si bien el conductor podría decir que poseía permiso de conducción, que guiaba su vehículo dentro del límite de velocidad permitido y además disfrutaba de prioridad frente al transeúnte, habrá creado un riesgo desaprobado porque habiendo notado la presencia del ebrio su deber no se agotaba con el solo cumplimiento estricto de las normas de tráfico sino que le era exigible el desarrollo de una maniobra evasiva para eludir la colisión” (pags. 117/118). Cit por CESANO “Consideraciones... ob cit pag 280

reglamentaciones pertinentes de modo que, sobrepasados dichos límites, corresponda encuadrar sin más penalmente la conducta responsable "del vertido"²³⁰.

Esa tarea, consistente en desentrañar el exceso en el riesgo permitido en cada caso, es propia del juzgador y, para ello, la misma norma le brinda un elemento del tipo insoslayable: la determinación del peligro concreto para la salud de las personas.

Empero, para establecer dicho aspecto, la reglamentación administrativa sólo aportará una de las pautas de evaluación, ya que será el trabajo de expertos en las ciencias involucradas, el que brinde adecuada ilustración.

En suma, si bien es lícito apelar a la normativa administrativa para determinar el riesgo permitido, éstas solo deben ser consideradas como indicadores.

6. Exigencias Probatorias

Hemos sostenido en el presente capítulo que el principal problema en la resolución de casos penales ambientales es el encasillamiento conceptual que exige una determinación causal entre acción y resultado.

Por ello explicamos que es necesario evolucionar y entender que es posible lograr explicaciones concluyentes mediante leyes estadísticas.

Empero, no desconocemos que los delitos ambientales poseen características complejas y que se requiere una minuciosa labor en la recolección de pruebas.

La extracción de muestras en casos de contaminación ha generado abundante jurisprudencia sobre todo respecto a las insuficiencias de los recaudos formales y a la oportunidad de su práctica.

Consecuentemente es preciso conocer los requisitos que se exigen en materia probatoria para la correcta imputación de un hecho a los fines de no violentar el principio in dubio pro reo, y por ello consideramos conveniente realizar un pequeño recorrido por los principales argumentos jurisprudenciales de nuestro país.

Desde los años 90 la justicia comenzó a intervenir activamente en defensa de la salud pública mediante el cuidado del medio ambiente sin desconocer los conflictos que acarrea "Este Tribunal no deja de advertir las dificultades que ofrece la prueba de que se trata, sobre una materia novedosa para la justicia penal, pero ello no puede ir en desmedro de los derechos de los imputados, los cuales hubiesen podido ser preservados mediante un procedimiento de extracción y peritaje incuestionables, que sólo sugirieran la procedencia de la instrucción del sumario, pero que, luego de levantado el secreto de las actuaciones, otorgase la posibilidad de reproducción judicial de dichos peritajes, con intervención de las partes y expertos idóneos"²³¹.

Igualmente la jurisprudencia se ha expedido desde los primeros casos de contaminación señalando los puntos sobre los cuales debe recaer la pericia: "En efecto, no se ha ordenado prueba tendiente a demostrar la calidad de las aguas del arroyo Claro antes de la desembocadura del caño de desagüe, para cotejar su estado con el agregado que los efluentes le aportan; luego, no se ha establecido si en dicho caño desagotan otras empresas -la defensa denuncia que lo hacen otras dos-; tampoco si las sustancias halladas en las muestras corresponden únicamente al desecho industrial o constituyen el resultado de su mezcla o fusión con los agentes que aporte el curso de agua; en su caso, tampoco se ha determinado cuál es su influencia en el medio ambiente y, especialmente, en la salud pública"²³².

Por otra parte en el fallo Armetal²³³ el tribunal realiza un aporte sobre la actividad pericial, principalmente en lo que se refiere a la toma de muestras para la determinación de la existencia de contaminación "Tal descripción relativa al modo en que se llevó a cabo la diligencia, no ilustra sobre las dimensiones del cubículo, ni los niveles de agua y estado de reposo o evacuación de los efluentes contenidos en la referida cámara: si ésta es receptora exclusiva de los líquidos que emanan de Armetal, o bien si desembocan en ella otros efluentes de algún otro origen... Tales falencias en los registros conspiran contra la efectiva averiguación de la verdad por la falta de precisión sobre el real origen de los efluentes sospechados de contener desechos contaminantes".

En cuanto a la recolección de muestras en la cámara del desagüe existente fuera de Armetal, se enumera una serie de inexactitudes que constituyen un óbice para la imputación del hecho ilícito en cuestión "Tal descripción relativa al modo en que se llevó a cabo la diligencia, no ilustra sobre las dimensiones del

230. 26/8/92- "Constantini, Rodolfo y otros, Averiguación contaminación Río Reconquista", JA 1993-1-199

231. C. Federal de San Martín sala 1a, 16/10/92, "Wentzel, Jochen E. y otro", JA 1993-111-10

232. C. Fed. San Martín, sala 1°, 17/9/93, "Alba S.A.", JA 1993 -II-470

233. Constantini, Rodolfo y otros sobre averiguación de contaminación en el río Reconquista Sentencia de fecha 26/8/1992, JA 1993-I-199 En el expediente se investigó el vertido al mencionado río y sus afluentes de sustancias contaminantes por tres frigoríficos y dos empresas químicas ubicados en su cercanía

cubículo, ni los niveles de agua y estado de reposo o evacuación de los efluentes contenidos en la referida cámara: si ésta es receptora exclusiva de los líquidos que emanan de Armetal, o bien si desembocan en ella otros efluentes de algún otro origen... Tales falencias en los registros conspiran contra la efectiva averiguación de la verdad por la falta de precisión sobre el real origen de los efluentes sospechados de contener desechos contaminantes”.

De la misma forma, es objeto de reproche el plazo temporal que separara la toma de una y otra muestra “La extracción realizada en la cámara ubicada en la parte exterior de la empresa Armetal debió ser simultánea a la de la instalada en su interior... La coetaneidad sugerida seguramente hubiera propiciado que la sospecha inicial se consolidara con un razonable grado de certeza o se desvaneciera y hubiera contribuido a que los pronunciamientos consecuentes hayan sido la lógica derivación de los resultados incorporados”.

En *Walas, Cristian A. y otros*²³⁴ se destacó la profusa intervención de organismos administrativos o privados con participación estatal pero desafortunadamente, dicha actuación fue defectuosa a los fines de la constatación de la existencia de delitos, repitiéndose las fallas que este tribunal tuviera oportunidad de señalar en las sentencias anteriormente comentadas²³⁵.

En definitiva y como corolario de lo expuesto al hacer referencia a la idoneidad de las pericias, debemos analizar esta cualidad desde dos ópticas diferentes -a pesar de que, como veremos, se hallan íntimamente entrelazadas- pero con la misma trascendencia: la idoneidad desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista técnico²³⁶.

El costado jurídico de la actividad pericial se relaciona con el concepto de debido proceso legal y con todo el plexo garantista contenido en los textos constitucionales. En concreto, se debe procurar -y controlar- la regularidad (en el sentido de “legalidad”) en la obtención de las pruebas.

Desde el lado técnico, la actividad del Ministerio Público debe coadyuvar a que la producción de la prueba pericial sea eficaz, es decir que sus resultados tengan directa y precisa vinculación con el ilícito investigado

“La utilidad de la experticia dependerá de la correcta extracción de las muestras, debiéndose tener presente que cualquiera sea el resultado pericial, pero con mayor razón si éste es incriminante, ha de ser consecuencia atribuible indubitablemente al accionar de alguien determinado, sea que se trate de una persona física o de un ente societario”²³⁷.

6.a) Puntos de pericia

Sin pretender agotarlos, nos atrevemos a indicar algunos puntos que deberían considerarse en pos de obtener estudios técnicos apropiados y eficaces.

- Es fundamental un prolijo y detenido análisis de las figuras delictivas relacionadas con el medio ambiente para poder determinar con claridad cuáles son los diferentes elementos integrativos del tipo penal y, a partir de ello, estar en condiciones de proponer las pericias que informen con precisión la existencia de cada uno de esos extremos.

Esta consigna, que bien podría ser tachada de obvia, no siempre se ve satisfecha en forma acabada y ello ha sido -en muchos casos- la causa del fracaso en la instrucción de causas por delitos ambientales.

234. A., “Marcando pautas en materia de delitos ambientales”. Contra la resolución disponiendo la prisión preventiva de los procesados por el delito del art. 55 ley 24051, se deduce recurso de nulidad y apelación. El expediente versa sobre la contaminación del arroyo Claro, que se habría ocasionado en virtud de emanaciones de líquidos que desde las instalaciones de Alba S.A. llegaban a aquél a través de un extenso caño de desagüe.

235. Sentencia de fecha 4/6/1993, pronunciada por la sala 2ª, JA 1994-I-576 Llega la cuestión a conocimiento de la alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el procesamiento ordenado. Se tiende a determinar si la empresa Armetal Industria Argentina de Metales S.A. arrojaba al arroyo Las Tunas efluentes líquidos provocando su contaminación.

236. Sentencia de fecha 24/10/1995 Contra la sentencia condenatoria dictada contra los imputados se interpuso recurso de nulidad y apelación. En primera instancia se tuvo por acreditado que la empresa Sulfatos Argentinos S.A. contaminó, al producir sales de sulfato de aluminio, en los términos del art. 55 ley 24051. Saneamiento y Control del Medio dependiente del Ministerio de Salud de la provincia de Bs. As, inspecciones y tomas de muestras por parte de Obras Sanitarias de la Nación y de la Secretaría de Recursos Naturales y Medio Humano de la Nación, y finalmente la toma de muestras e informes brindados por la Administración General de Obras Sanitarias de la provincia de Bs. As.

237. En relación a la toma de muestras se dijo: “Es necesario poner de resalto, por una parte, las notorias falencias de control que se aprecian en los procedimientos de toma de muestras efectuados a fs. 19 y 20, los que se han cumplido de manera tal que resultó imposible conocer los sitios precisos de la extracción sino la calidad de los continentes en que se resguardó el material, así como que tampoco se contó con la participación de testigos”. Asimismo “la información técnica consecuente producida a fs. 21 y 37, se llevó a cabo fuera del control y vigilancia de las partes, sin siquiera haberse dispuesto la reserva de muestras testigos o contra muestras”. Por lo que atañe a los informes producidos, se reprochó: “Se ha omitido indicar además, cuáles hayan podido ser las aptitudes de hipotética peligrosidad de esos materiales”.

- Una vez cumplido con el paso anterior es preciso encomendar la tarea de estudio a los expertos en la forma más clara y completa posible. Los puntos de pericia deben ser propuestos con precisión y en forma certera: las respuestas de los expertos a las preguntas efectuadas no deben dejar lugar a dudas o interpretaciones ambiguas.
- Resulta pertinente que cuando se encarga la misión pericial se recomiende un especial cuidado en la toma, rotulado, conservación y transporte de muestras, con el propósito de que los expertos tomen conciencia de la real significación del encargo que se les efectúa.

Asimismo, la toma de contramuestras sirve para resguardar los derechos del sujeto sospechado -quien puede realizar su propio peritaje de tal material- como así también para asegurar la existencia de una muestra adicional para el caso de que la primera sea perdida o inutilizada.

6.b) Convenio con instituciones científicas

Para finalizar y con el objeto de sugerir caminos prácticos para llegar a la concreción de las medidas aquí planteadas, creemos que resulta importante la celebración de convenios entre el Ministerio Público (o los Poderes Judiciales) y las instituciones que reúnen a técnicos y científicos relacionados con la materia ambiental²³⁸.

De esta manera, se puede recurrir a un amplísimo abanico de especialidades sin tener que incorporar idóneos a las filas del Poder Judicial como parte de los cuerpos periciales estables.

A partir entonces de la suscripción de tales acuerdos con centros gubernativos de investigación (a nivel provincial o nacional), universidades, escuelas tecnológicas, u ONG's previamente calificadas por su seriedad etc., los Ministerios Públicos podrán contar con nóminas o listados de las especialidades disponibles, lo que ayudará al momento de tener que ofrecer un estudio pericial específico en el proceso en que se intervenga.

Capítulo IX

1. Conclusiones

El Capítulo IX de la Ley de Residuos Peligrosos ha sido la base del presente trabajo que curiosamente finaliza en el homónimo del mismo.

Luego de años de investigación, recolección, lectura, análisis, entrevistas y cambio de opiniones hemos logrado entender la función del derecho penal en la protección del medio ambiente e interpretar la normativa existente en nuestro país.

Creemos que más allá de las posturas que se exhiben diariamente sobre la necesidad de proteger o no penalmente al medio ambiente, la normativa vigente debe ser respetada.

Hemos analizado que nuestra Constitución busca una vía de reparación por sobre la vía de represión tan exigida mediática y socialmente en nuestros días en los que se pretende usar a un Derecho Penal simbólico en busca de soluciones ilusorias que distan de la correcta aplicación de justicia.

Debe exigirse por lo tanto la prevención del medio ambiente mediante otras disciplinas del derecho y respetar la función subsidiaria y fortalecedora de la eficacia de las mismas del derecho penal como última ratio del sistema jurídico.

Y es justamente mediante la correcta interpretación de las normas el camino para aplicar el Derecho Penal en virtud de su función.

En idéntico sentido se ha expedido nuestra Corte Suprema en materia penal ambiental en la causa "Lubricentro"²³⁹, "La labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de los términos de la ley, que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma".

Por ello, luego de un exhaustivo análisis estamos en condiciones de plantear las conclusiones finales de lo estudiado a los fines de optimizar la aplicación del sistema criminal en el ámbito de protección del medio ambiente mediante la correcta interpretación de la normativa de nuestro país.

Exponemos como resumen nuestra posición respecto a los temas planteados en cada capítulo:

238. Cfr. CAMPS, E NOLFI, "La importancia..." ob cit punto 3

239. Sentencia de fecha 31/5/1993, pronunciada por la sala 2ª, JA 1994-I-573 En el expediente se investiga la contaminación ambiental provocada en la zona de El Talar por Corni Fundiciones. "Metalúrgica Corni" Sucari, Carlos y otros"

Función del Derecho penal:

- Debe respetarse el carácter retributivo y de última ratio del Derecho penal.
- No debe extenderse el Derecho penal hacia la protección de bienes futuros.

Constitución Nacional como marco de referencia

- La Constitución Nacional delimita la actividad punitiva del Estado sobre un bien jurídico.
- No existe en el art 41 de nuestra Constitución Nacional un mandato de protección penal del medio ambiente a diferencia de lo establecido por otras Constituciones.
- Nuestra constitución exige una vía de reparación por sobre la vía de represión

El objeto tutelable

- El medio ambiente es un bien jurídico antropocéntrico.
- Debe respetarse la teoría personal del Bien Jurídico y en consecuencia la sanción penal sólo de justificaría si se pone en peligro concreto la vida o la salud humana.

Vigencia de ley 24051

- La ley 25.612 se aplica a los residuos industriales y a los derivados de actividades de servicio. Una porción de este universo, los residuos peligrosos, se regulan por el régimen específico establecido por la ley 24.051, que en nuestra opinión se mantiene vigente, salvo aquellos aspectos regulados por la ley 24.051 que también estén regulados, pero en forma distinta por la ley 25.612 (norma posterior) siempre que sean operativos.

Naturaleza de ley 24051

- La ley 24051 es mixta, aunque predominantemente federal. El contenido de los arts. 55 a 57 (Capítulo IX Régimen Penal que analizamos en el presente trabajo) no pudo haber emanado, en cambio, sino de facultades contenidas en el art. 67 inc. 11 de la C.N texto 1853, constituyen, en consecuencia, normas sustantivas de fondo, de derecho común.

Bien jurídico protegido

- La Ley 24051 protege el bien jurídico salud pública.
 - Las normas penales proyectadas en la Ley 24051 significaban en el momento de su dictado una modificación directa del art. 200 del Código Penal, sin alterar la rúbrica respectiva (el resguardo a la salud pública).
 - Cuando el art. 55 se refiere a: "el suelo, el agua, la atmósfera y el medio ambiente en general", lo hace sólo para definir las objetividades materiales del delito sobre las que debe recaer la conducta punible
 - La ubicación sistemática del precepto "medio ambiente" en la norma refleja la ausencia de su autonomía y su protección indirecta mediante el amparo de la salud pública.
- El medio ambiente no está protegido penalmente sino sólo en forma indirecta mediante el resguardo de la salud pública.

Concurso aparente con el Código Penal

- El Capítulo IX de la ley 24051 es ampliatoria del Capítulo Quinto del Título VII del Código Penal: "Delitos contra la salud pública" por lo tanto sus figuras se excluyen por especialidad en virtud del concurso aparente.
- El art 200 del Código Penal se superpone al art 55 de la Ley de Residuos Peligrosos, salvo en aquellos casos en que la adulteración o el envenenamiento de aguas potables ocurra mediante desechos no contemplados por la mencionada ley.

El residuo peligroso

- La autoridad de aplicación no viola el principio de legalidad al actualizar anualmente los Anexos I y II de la Ley de Residuos Peligrosos.
- La conducta no será típica si no está contenida en los Anexos I y II, sea en su redacción original o con las actualizaciones que la autoridad de aplicación (art. 64) hubiese agregado.
- La lista de sustancias peligrosas de la Ley 24051 es taxativa no enunciativa
- No es fundamental el elemento económico para definir la calidad de residuo en la actualidad, sobre todo a la luz de los elementos de la prevención y la precaución.

Objetividades materiales

- El medio ambiente (junto con el suelo, el agua y la atmósfera) es el objeto material sobre el cual recae físicamente la acción delictiva; no identificándose con el bien jurídico penalmente tutelado (Salud Pública).

Momento consumativo

- La ley 24051 requiere la producción de un peligro concreto para la salud pública.
- Si no existe peligro para la salud no existe el delito, aun cuando exista una verdadera adulteración de los componentes ambientales.

Responsabilidad de las personas jurídicas

- Es incompleta la redacción del artículo 57 de la ley de Residuos Peligrosos para ser considerado como una cláusula de actuación en lugar de otro
- En virtud de la deficiente redacción del art 57, los delitos de comisión por omisión, brindan una solución adecuada a la responsabilidad prevista en dicho artículo.
- La sola demostración de estar en uno de los cargos del ente jurídico cuya actividad se desplegó y constituyó un perjuicio para el medio ambiente no será por sí prueba decisiva en su contra sino que se deberá probar en cada caso una participación actual, en el hecho punible.
- Las limitaciones que derivan del principio de legalidad permiten fundar la responsabilidad sólo en aquellos casos en que existe una relación de dominio efectivo sobre la causa del resultado

Competencia

- Aunque solamente una jurisdicción territorial resulte afectada, la competencia es federal porque la ley lo dispone, porque los compromisos internacionales de la República así lo imponen y porque en la contaminación ambiental -por ínfima que sea— está comprometido un interés nacional y abarcador.

Conexión entre conducta y resultado. La estadística en delitos ambientales

- El error de considerar que la certeza del vínculo entre conducta y resultado es imposible de probar en temas ambientales reside en afirmar que indefectiblemente entre conducta y resultado la conexión deba ser causal.
- La conexión necesaria que debe existir entre conducta y consecuente en los delitos ambientales puede ser estadística sin que ello signifique minimizar la certeza necesaria para la imputación.
- La teoría de la imputación objetiva es la mejor herramienta para el análisis de los delitos ambientales.
- En materia ambiental, el uso de la estadística adquiere especial importancia, en virtud que una defensa usual de quien causa daños ecológicos consiste en alegar la imposibilidad de demostrar -con la certeza que exige el principio in dubio pro reo -que la conducta en cuestión ha causado efectivamente el daño investigado
- En ámbitos donde se manifiestan un número elevado de variables – como en los casos ambientales - se impone, como necesaria y excluyente, la hipótesis probabilística
- Al determinar un hecho estadísticamente, la defensa no podrá alegar un solo contraejemplo para impedir la necesidad de la relación entre la supuesta causa y el efecto
- El principio del in dubio pro reo debe amoldarse a las particularidades epistemológicas de cada caso.
- La determinación causal y la estadística tienen, cada una de ellas, su respectivo ámbito de aplicación, y que cada una de ellas es, en su sector, tan segura y a la vez tan imperfecta como la otra
- Es necesario entender y considerar jurídicamente que es posible y correcto lograr explicaciones concluyentes mediante leyes estadísticas en el Derecho Penal.
- En relación a la imputación objetiva, y, conforme a los principios propios de la explicación estadística, “incremento del riesgo” significa “relevancia estadística del antecedente respecto del resultado típico”.

Autorizaciones administrativas

- Existe supremacía del tipo penal frente a autorización administrativa
- Si bien es lícito apelar a la normativa administrativa para determinar el riesgo permitido, éstas solo deben ser consideradas como indicadores.
- Exceder los límites de una autorización administrativa no implica necesariamente que encuadre el hecho en un tipo penal.

Actividad probatoria

- ❑ Se debe procurar -y controlar- la regularidad (en el sentido de “legalidad”) en la obtención de las pruebas al investigar los casos ambientales.
- ❑ La extracción de las muestras debe realizarse correctamente para que el resultado pericial sea consecuencia atribuible indubitablemente al accionar de alguien determinado, sea que se trate de una persona física o de un ente societario
- ❑ Para mejorar la actividad del Ministerio Público sería propicio realizar convenios con instituciones científicas y ONG’s para la producción de las pericias.

2. Propuesta Final

Habiendo realizado una reseña de los principales argumentos defendidos en la presente tesis, es manifiesto que el efecto propio de las acciones criminales contempladas que protegen a la salud pública, tienen una repercusión incuestionable en el ambiente en el que todos habitamos.

Consideramos errónea la postura de parte de la doctrina al utilizar el método de peligro abstracto en la ley 24051 a fin de evitar los inconvenientes que acarrea la dificultosa tarea de imputar la acción al presunto autor en delitos complejos como los ambientales.

Creemos que la ley 24051 puede ser efectiva - y por ende una buena herramienta en el cuidado del medio ambiente - sin necesidad de recurrir a tipos abstractos que a nuestro criterio violan el verdadero rol del derecho criminal.

Opinamos que debe respetarse la normativa exigiendo la comprobación de un peligro concreto a la salud pública. Es decir, que a través del ataque al medio ambiente se puedan afectar o, al menos, poner en peligro concreto intereses jurídicos individuales, como la vida o la salud de las personas.

En relación a los problemas en el ámbito de la imputación la propuesta de la presente tesis radica en no aferrarnos a la idea de una relación “causal” para investigar en todos los casos la conexión necesaria entre acto y resultado de los delitos penados por la ley de Residuos Peligrosos.

Afirmamos que la conexión necesaria que debe existir entre conducta y consecuente en los delitos ambientales puede ser estadística sin que ello signifique minimizar la certeza necesaria para la imputación

Hemos explicado que en ámbitos donde se manifiestan un número elevado de variables se impone, como necesaria y excluyente, la hipótesis probabilística. Esto, llevado al terreno de los delitos contemplados en la ley 24051, rompe con el mito de un irremediable problema causal y la importancia radica en que, si consideramos que en algunos casos el número de variables es elevado y por ende necesitamos determinar el hecho estadísticamente, la defensa no podrá alegar un solo contraejemplo – a diferencia de en la relación causal - para impedir la necesidad de la relación entre la supuesta causa y el efecto.

Sostenemos que la estadística cumple con los requisitos necesarios para no violar el principio in dubio pro reo exigiéndose entre acción y resultado una “correlación estadística fuerte”. Es decir que ninguna variable de prueba demuestre la irrelevancia estadística de antecedente con el consecuente.

Consideramos que en Argentina existen casos que, más allá de la dificultad probatoria y pericial, el encasillamiento conceptual dificulta la resolución de los casos. Por ello explicamos que es necesario evolucionar y entender que es posible lograr explicaciones concluyentes mediante leyes probabilísticas.

Concluimos que en materia ambiental, el uso de la estadística, no sólo corresponde en muchos casos sino que es una herramienta fundamental para lograr una efectiva y real aplicación del Capítulo IX de la ley 24051 sin violentar el carácter retributivo propio del Derecho Penal.

Proponemos

- Adoptar el principio de mínima intervención o última ratio del derecho penal como piedra fundamental del análisis del hecho punible
- Ser concientes que el medio ambiente no está tutelado penalmente en nuestro país.
- Aplicar correctamente las leyes penales ambientales mediante una adecuada interpretación de sus normas.
- Incorporar la estadística como conexión necesaria en algunos casos ambientales entendiendo que ello no significa minimizar la certeza necesaria para la imputación.

Resta señalar que es escasa la bibliografía puntual existente sobre el Régimen penal de los Residuos peligrosos y es abundante las demandas que ingresan respecto a violaciones de los art 55 a 57 de ley 24051.

Consideramos incluso que, ante la gran exigencia y mayor conciencia sobre la necesidad de solución de los problemas ambientales en la actualidad, las denuncias se incrementarán, lo que exige un profundo conocimiento de la normativa aplicable.

No obstante, reiteramos, no todo daño al medio ambiente conlleva una sanción penal. Si no existe peligro para la salud, no existe delito, aun cuando exista una verdadera alteración de los componentes ambientales.

No creemos necesario el dictado de nuevos tipos penales ni consideramos que la normativa existente es simbólica. Debemos dejar de lado la creencia que el derecho penal ambiental es ineficaz cuando no se recurre a la figura del peligro abstracto

Hay que tomar conciencia que la prevención de los daños al medio ambiente es tarea exclusiva del derecho administrativo, y la reparación del mismo en caso de siniestro forma parte de nuestro derecho civil.

Respecto al derecho Penal, el mismo podrá – como vimos- ayudar en la sanción de aquellos tipos en los que el ambiente aparezca como medio para dañar a la salud pública.

Finalmente, estamos convencidos de que una interpretación restringida de las normas no significa la ineficacia del Derecho Penal, y, siguiendo las palabras del reconocido autor Edgardo Alberto Donna²⁴⁰, afirmamos que “algunos principios no se violan, ya que no es el Derecho Penal el que habrá de solucionar los problemas del ambiente, sino que éste es sólo el último y menos eficiente medio de hacer tomar conciencia a la población de la gravedad de la contaminación de nuestro ambiente. Es que, hay que insistir en la idea: se debe ser prudente: nada justifica atentar contra la dignidad del hombre.”

240. Cfr. CAMPS “La importancia... ob cit pto 4

241. (La Ley, 2000-C, 236; DJ, 2000-3-600; RCyS, 2001-559)

242. DONNA, Edgardo Alberto, y MOSSET ITURRASPE “Daño Ambiental”. Tomo II. Ed. Rubinzal Culzoni. Bs.As. 1999

Bibliografía

1. ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS, Residuos Peligrosos, La Ley B 1996 pag 1645
2. ALBANO Osvaldo O. "Inconstitucionalidad del tipo penal genérico, en la aplicación de la ley de residuos peligrosos", JA, 1994,
3. ALCÁCER GUIRAO, Rafael; "La Protección del Futuro y Los Daños Cumulativos" Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2005, núm. 07-01 RECPC 04-08 (2002) www.criminet.ugr.es
4. BACIGALUPO, Enrique. Dir. La instrumentación técnico - legislativa de la protección penal del medio ambiente. "Derecho Penal Económico". Ed. Hammurabi. 2000 Bs.As
5. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal, Parte General, 2da ed, Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 1999
6. BALCARCE, Fabián I. Dir."BUOMPADRE, Jorge Eduardo- RIVAS, Liliana Amanda: "La Protección Penal del medio ambiente"; Derecho Penal Económico tomo 2. Ed, Mediterránea, Córdoba, 2004
7. BALCARCE, Fabián I. Dir: CESANO, José Daniel: "Consideraciones político criminales y dogmáticas en torno de la ley de residuos peligrosos" Derecho Penal Económico tomo 2. Ed, Mediterránea, Córdoba, 2004
8. BALCARCE, Fabián I (Dir) – CESANO, José Daniel "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Republica Argentina" Derecho Penal Económico tomo 1. Ed, Mediterránea, Córdoba, 2003
9. BRUSCO, Andrea: "La relación entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo para la aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental. Mecanismos de coordinación e interacción" Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina- Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental, Edición a cargo de María Eugenia Di Paola FARN, 2003
10. BUOMPADRE, Jorge Eduardo- RIVAS, Liliana Amanda: "La Protección Penal del medio ambiente" BALCARCE, Fabián I. Dir; "Derecho Penal Económico", tomo 2. Ed, Mediterránea, Córdoba, 2004
11. CASTAÑON DEL VALLE, Manuel: "Algunas reflexiones sobre la legitimación popular ambiental en la protección penal del medio ambiente". Revista de Derecho Ambiental N° 3 Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.
12. CAFFERATTA, Néstor A: "Antijuricidad, autoría y responsabilidad penal en la ley 24051. Régimen probatorio" Lexis Nexis JA 1995-II-319
13. CAFFERATTA, Néstor A. "Apuntes acerca de la Ley de Gestión integral de Residuos Industriales y de actividades de servicio", JA, Derecho Ambiental, 2002-III, fascículo n° 4;
14. CAFERRATTA, Néstor A.: "Otra vez sobre la competencia judicial penal ambiental". La Ley 2004-B,386
15. CAFFERATTA, Néstor A. "Ley 25612 de Gestión Integral de residuos industriales y de actividades de servicios" www.cicacz.org.ar
16. CAFFERATTA, Néstor A. Jurisprudencia penal ambiental DJ 2002-3, 917
17. CAMPS, Carlos E- NOLFI, Luis M: "Importancia del Ministerio Público en el Derecho Penal Ambiental" Lexis Nexis JA 1996-IV-902
18. CARRERA Daniel P. (director), Estudio de las figuras delictivas, Tomo 1 y 2 , Advocatus, Córdoba, 1994
19. CESANO, José D: "Persona jurídica y criminalidad ambiental: algunas consideraciones dogmáticas y político criminales con relación al art 57 ley 24051" JA, 2003 III 1222
20. CRUDEN, John C.: "Aplicación y cumplimiento de las normas ambientales en el departamento de Justicia de los Estados Unidos y el rol del Poder Judicial en su aplicación"
21. COSTA, Mario Gustavo: "Ambiente, delito y proceso penal" Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental Material de Trabajo y Declaración de Buenos Aires FARN 2003
22. DI PAOLA, María Eugenia: "La gestión de los residuos considerados peligrosos y la cuestión jurisdiccional" Suplemento de Derecho Ambiental. Farn- La Ley. Año V N° 1 Mayo, Bs. As, 1998
23. DIEZ RIPOLES, José Luis, " De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado" Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología" RECPC 07-01 (2005) www.criminet.ugr.es
24. DONNA, Edgardo Alberto: "¿Es posible el Derecho Penal Liberal? Delitos contra las personas – I Revista De Derecho Penal 2003-1 ED. Rubinzal Culzoni, Bs As 2003
25. DROMI, Roberto - MENEM, Eduardo: "La Constitución Reformada Comentada" Editorial Ciudad Argentina, 1994
26. ESAIN, José- GARCIA MINELLA, Gabriela :." El derrame de petróleo en las costas de Magdalena:

- Breves consideraciones acerca de las figuras penales y la justicia competente en la Ley Nacional de Residuos Peligrosos (Ley 24051) Lexis Nexis JA 2004- II- 314
27. GASIPÍ, Pablo Luis: "La competencia de los jueces federales para juzgar los delitos contra el ambiente". Revista El Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Dir. Carlos A. Mahiques. Bs. As Febrero 2003
 28. GATTI, Walter O.: "Los regímenes administrativo y penal de la ley 24051: su aplicación en supuestos derrames accidentales de sustancias hidrocarburíferas" Revista de Derecho Ambiental. Dir. Néstor A. Cafferatta. Enero/ Marzo. Bs As. 2005
 29. GELLI, María Angélica "La competencia de las provincias en materia ambiental " La Ley .-1997-E-805
 30. GOMEZ, Antonio Gustavo: "La acción penal ambiental" Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina- Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental, Edición a cargo de María Eugenia Di Paola FARN, 2003
 31. HEFENDEHL, Roland: "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?" Revista electrónica de Derecho Penal y criminología 4-14 (2002) www.criminet.ugr.es
 32. JAKOBS, Gunter: "¿Qué protege el Derecho Penal, Bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Traducción de Manuel Cancio Meliá. Ed. Jurídicas Cuyo. Mendoza. 2001
 33. KALNAY, Jorge David: "Algunas consideraciones sobre e derecho pena ambiental argentino: Legislación doctrina y jurisprudencia" Suplemento de Derecho Ambiental. Farn- La Ley. Año V N° 1 Mayo, Bs. As, 1998
 34. LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "Código Civil Anotado, T1 ED Abeledo Perrot, Bs. As 1979
 35. Libro Homenaje al Prof. Günter Jakobs.: "El funcionalismo en el Derecho Penal". Univ. Ex de Colombia. Eduardo Montealegre Lynett coordinador. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. 2003
 36. LIBSTER, Mauricio H, "Delitos ecológicos", 2da edición, Ed Depalma, Bs As, 2000
 37. MAHIQUES, Carlos A. Dir. : "Leyes Penales Especiales". Tomo 1 Ed. Fabián J Di Plácido, Buenos Aires, 2004
 38. MOLLO, Cecilia N: "Derecho Penal: Problemática Penal Ambiental", Vrbe et ivs Revista de Opinión Jurídica. Dirige: J. S. De Stefano Edición N° 1
 39. MOSSET ITURRASPE, Jorge – HUTCHINSON, Tomás – DONNA, Edgardo Alberto – Daño Ambiental, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1999
 40. OCHOA, Carlos Arturo: "Régimen legal de los Residuos Peligrosos. Ley 24.051", Foro de Córdoba, Año V – N° 21 - 1994
 41. ONETTO, María Valeria: " Delitos contra el medio ambiente. El problema de la causalidad en los delitos ambientales y su influencia en la Política Criminal. ¿Protección penal del medio ambiente vs. in dubio pro reo? Revista Nueva doctrina Penal 2003/3. Ed. Del Puerto Srl. Bs. As.
 42. PASSOS DE FREITAS, Vladimir: "Control Social y política criminal en el medio ambiente. La experiencia en Brasil" Lexis Nexis JA 2002-III-994
 43. PEREZ BARBERÁ, Gabriel "Causalidad y Determinabilidad" HOMENAJE A CLAUS ROXIN. AAVV. Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Lerner, Córdoba, Argentina, 2001.
 44. PEREZ BARBERÁ, Gabriel: "Derecho Penal y Medio Ambiente. El Supuesto Problema Causal". Revista de derecho Penal integrado. Año IV. N° 7. 2003
 45. PÉREZ BARBERÁ, "Principio de culpabilidad, imputación objetiva y delitos cualificados por el resultado", Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología Nueva Serie, N° 3, Lerner, Córdoba, 2000,
 46. REUSSI RIVA POSSE, Carlos: "Los tipos delictivos en la ley de residuos peligrosos 24051", La Ley 1995, D, 1424
 47. REYNA ALFARO, Luis Miguel "La protección Penal del Medio Ambiente" Revista de derecho penal, procesal penal y criminología año 2 N° 4 ediciones jurídicas Cuyo, 2003
 48. RODRIGUEZ, Carlos A.: "El Derecho Ambiental y el art. 41 de la Constitución Nacional". Revista de Derecho Ambiental N° 3 Lexis Nexis Bs As. 2005
 49. RUIZ, José E: "Visión jurisprudencial de las exigencias probatorias en la aplicación de los tipos penales ambientales" Lexis Nexis JA 2002- III-1041
 50. SAMPEDRO, Camilo: "Consideraciones político- criminales en torno al derecho penal ambiental" Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina- Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental, Edición a cargo de María Eugenia Di Paola FARN, 2003
 51. SCHÜNEMANN, Bernd "Sobre la dogmática y la política crimina del derecho penal del derecho penal del medio ambiente", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia I Penal. Año V, N° 9-A, Ad-Hoc, Bs. As., 1999
 52. SOBENES, Roxana: "La acción Penal ambiental (Legitimación, Medidas de Urgencia y Prueba, Costos

- y costas, Alcance de la Sentencia) Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina- Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental, Edición a cargo de María Eugenia Di Paola FARN, 2003
53. SOSA, Víctor M: "Ambiente y Derecho Penal", Revista de Derecho ambiental N° 3 Lexis Nexis Bs As.2005
54. ULRICH BECK. La sociedad del riesgo global. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002 capítulo 7 "Retorno a la sociedad del riesgo: teoría, política, críticas y programas de investigación"
55. VALLS, Mario F, "Los tribunales siguen discutiendo cuando corresponde la competencia federal que consagra la ley 24051" La Ley Simposio de Jueces y Fiscales de América Latina- Aplicación y Cumplimiento de la Normativa Ambiental, Edición a cargo de María Eugenia Di Paola FARN, 2003

