

Protección penal del ambiente y del patrimonio cultural

Mariana Catalano
Mariano Borinsky

Prólogo del Dr. Ricardo Lorenzetti


ediciones**Didot**

ÍNDICE

PRÓLOGO	15
PRESENTACIÓN	21
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL AMBIENTAL	25
1. Noción de ambiente.....	25
2. La intervención del derecho penal en materia ambiental	40
3. Características del Derecho Penal Ambiental	43
4. La regulación del delito ambiental en el Derecho Comparado	44
CAPÍTULO II. DERECHO ADMINISTRATIVO Y DERECHO PENAL. EL ENCUADRE OBJETIVO	69
1. Influencia histórica. Evolución y diagramas de una relación necesaria. Accesoriedad de norma y de acto. Tipos de accesoriedad	69
2. La técnica de las leyes penales en blanco. Su constitucionalidad	80
3. El delito ambiental como figura de peligro o de lesión	86
4. Otras notas	92
CAPÍTULO III. ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD	95
1. Criterios de atribución de responsabilidad en el ámbito de los delitos ambientales.....	95
2. Causales de justificación y excluyentes de culpabilidad.....	116
3. Situación de los funcionarios públicos	119
4. Situación de los pueblos originarios	121
CAPÍTULO IV. EL DELITO AMBIENTAL EN EL DERECHO ARGENTINO	125
Primera parte: Normas de aproximación en el Código Penal	125
Segunda parte. Previsiones penales en leyes especiales	143
CAPÍTULO V. LEY DE RESIDUOS PELIGROSOS	175
1. El delito ambiental en la Ley de Residuos Peligrosos.....	175

2. La noción de residuo peligroso	176
3. La figura del art. 55.....	178
4. Figura culposa del art. 56	190
5. Los residuos patológicos	192
6. La persona jurídica como responsable de la contaminación con residuos peligrosos	193
7. Competencia judicial	197
 CAPÍTULO VI. DELITO AMBIENTAL EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL (DECRETO PEN 103/17)	 199
1. Contaminación: enfoque analítico	199
2. Delitos contra la biodiversidad	215
3. Delitos contra la fauna silvestre u otros animales	235
4. Maltrato y crueldad con animales.....	243
5. Delitos contra los bosques nativos y protectores.....	245
6. Delitos contra el patrimonio genético.....	248
7. Definiciones	250
8. Disposiciones generales.....	255
 CAPÍTULO VII. PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO ARQUEOLÓGICO Y PALEONTOLÓGICO EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PENAL	 259
1. Patrimonio arqueológico y paleontológico. Necesidad de protección y antecedentes	259
2. Delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico	261
3. Hurto y robo.....	267
4. Daño	274
 CAPÍTULO VIII. CRIMINALIDAD AMBIENTAL EMPRESARIA	 281
1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: antecedentes	281
2. La ley 27.401. Análisis.....	299
3. Empresas contaminantes, su responsabilidad ambiental a la luz de la ley 24.051.....	319

4. Responsabilidad de las personas jurídicas en el proyecto de Código Penal	324
CAPÍTULO IX. LA PRUEBA EN LOS DELITOS AMBIENTALES	329
1. Dificultad probatoria en el delito ambiental	329
2. Preeminencia de la prueba científica.....	333
3. Nuevas técnicas de investigación en el Código Procesal Penal Federal	341
CAPÍTULO X. OTRAS CUESTIONES PROCESALES	379
1. Perfil de la justicia penal ambiental en nuestro país: juicios abreviados y condenaciones condicionales	379
2. La suspensión del juicio a prueba por delito ambiental	382
3. El rol del juez penal ambiental. Un área ambiental en la Corte Suprema.....	396
4. Impacto del Código Procesal Penal Federal	400
ABREVIATURAS	417
BIBLIOGRAFÍA	419
AUTORES DE LA OBRA	435

PRÓLOGO

La aparición de un libro es siempre un motivo de festejo en el mundo académico, judicial y, en este caso, también para el público en general.

Esta obra llena un vacío que pocos se animaron a abordar porque presenta una complejidad extraordinaria, ya que implica internarse en las profundidades de conceptos jurídicos como “Ambiente”, “Patrimonio Cultural” y “Derecho Penal”, que no solo están en permanente elaboración, sino que, hasta ahora, parecían alejados entre sí.

La protección del ambiente y del patrimonio cultural excede el ámbito jurídico. Por tal motivo, dada la excelencia con que este texto trata el tema, puede ser utilizado en diversos ámbitos.

Los autores reúnen los mejores méritos para el desarrollo de la cuestión.

La Dra. Mariana Inés Catalano es actualmente Jueza de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta y tiene una extensa trayectoria en materia penal y ambiental, concretada en el dictado de conferencias en numerosas universidades. Esta conjunción entre lo judicial y lo académico brinda una experiencia inmejorable para abordar las complejidades del tema que plantea el libro. Por otra parte, su tesis doctoral ha sido enfocada en aspectos relacionados con la “justicia colectiva”, que tiene una relación directa con este tema.

El Dr. Mariano Hernán Borinsky es Juez de la Cámara Federal de Casación Penal y posee una gran experiencia académica mediante el dictado de cátedras en las universidades de Buenos Aires, Di Tella y Austral. Es autor, además, de numerosas publicaciones. En los últimos años ha sumado un gran trabajo como legislador, al liderar la comisión redactora del Proyecto de Reforma al Código Penal (Decreto 103/17).

También se debe agradecer el trabajo de sumarios de jurisprudencia de Santiago Inchausti, Patricia Pistoni Sanz y Sabrina Segurel.

La participación del Dr. Borinsky en la redacción del Proyecto de Reforma al Código Penal aporta un valor importante para el estudio de este tema, porque la primera cuestión que surge es la diferencia entre la dispersión legislativa actual y la sistematicidad del “proyecto Borinsky”.

En efecto, los autores se ocupan de un análisis minucioso y exhaustivo de todas las normas aplicables en materia penal y ambiental, definiendo los distintos elementos de la tipicidad en cada supuesto.

Para tener una idea de lo que este arduo trabajo significa, se trata de las leyes referidas a los siguientes temas: “Usurpación de aguas; Daños; Incendio

y otros estragos; Delitos vinculados a la actividad nuclear; Envenenamiento o adulteración de aguas o sustancias alimenticias o medicinales; Propagación de enfermedades; Violación de medidas para impedir una epidemia; Violación de reglas de policía sanitaria animal. Leyes especiales de defensa de la riqueza forestal; protección de los animales, maltrato y actos de crueldad animal; protección de fauna silvestre. Carreras de perros; Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico; Residuos Peligrosos". A ello se agregan los tratados internacionales vigentes.

Esa labor no es sencilla, porque se trata de un diálogo de fuentes muy diversas que en el ámbito penal es muy difícil, porque siempre se encuentra con la limitación referida a la tipicidad y, por lo tanto, a la libertad.

Ello motiva que se deba abordar, por ejemplo, el problema de las leyes penales en blanco. Es muy importante este aspecto porque existen delitos descriptos para cuya especificidad hay que recurrir a interpretaciones del derecho administrativo ambiental, que, a su vez, pueden cambiar y mejorar o perjudicar la posición del imputado. Se debe aplicar entonces, como bien lo dicen los autores, el principio general de la ley penal más benigna. En este sentido, es un gran acierto del libro explicar la relación entre derecho penal y derecho administrativo, que es decisiva en la regulación ambiental.

En cambio, cuando se trata la regulación de los delitos ambientales en el proyecto de Código Penal, la regulación es clara y sistemática, porque se armonizaron 900 leyes especiales, lo cual indica claramente que debería ser sancionado para evitar la inseguridad actual.

El segundo paso en la argumentación, luego de definir el sistema legal aplicable, es delimitar el bien jurídico protegido.

Los autores definen el ambiente como un bien jurídico tutelado, lo cual es un aspecto muy controvertido para la doctrina histórica del derecho penal. Hasta bien entrado el siglo XX, los delitos eran definidos exclusivamente en relación con bienes individuales. En nuestros tiempos aparecieron bienes colectivos, cada vez con más frecuencia, primero en el ámbito económico y luego en relación con el ambiente.

Ello plantea una serie de preocupaciones jurídicas, ya que para algunos se trata de bienes muy abstractos e indefinidos. Por eso los autores citan a Hassemer para orientar la discusión hacia la protección de aquellos bienes que brinden la posibilidad de servir a intereses individuales. Pero hay que considerar que, si es así, en realidad se tutela un bien colectivo solo en cuanto interesa al individuo. El libro da una exhaustiva explicación de este punto.

El debate es interesante y sigue abierto, y se muestra claramente en relación con los animales.

Los autores dedican a este tema unas reflexiones extensas.

La primera parte explica lo que hoy se considera la "ética" en cuanto a los animales, que significa reconocerles protección, lo cual es admitido plenamente en el derecho argentino.

En la segunda parte se discute si para ello es necesario considerarlos sujetos de derecho, inclinándose por la tesis afirmativa y afirmando que se perdió una oportunidad de incluir este estatus en la reforma del Código Civil y Comercial del año 2015, porque no se lo supo ver.

En este aspecto nos parece necesaria una breve explicación.

El tema fue visto y analizado en la reforma del derecho privado y se advirtió que conceder titularidad a los animales o a la Naturaleza no se ajusta a nuestra Constitución ni a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Para esclarecer este problema conviene distinguir entre la necesidad de proteger un bien y los instrumentos para lograrlo, en cada ámbito, y en tal sentido es posible identificar las siguientes alternativas:

1. El sistema jurídico no confiere ninguna acción para proteger la naturaleza, porque es un tema de políticas públicas;
2. Las personas tienen derechos individuales a un ambiente sano y por ello pueden accionar;
3. La Naturaleza o sus partes, sin ser sujetos de derecho, son bienes colectivos jurídicos tutelados y pueden accionar a todos aquellos a quienes se les da legitimación;
4. La Naturaleza o sus partes son sujetos de derecho y pueden accionar mediante representantes.

La primera opción es tradicionalmente aceptada por muchos países que sostienen que el problema es de carácter político o económico y, por lo tanto, no es materia justiciable.

La segunda alternativa es la que más desarrollo ha tenido en los últimos años, consagrando un derecho de las personas al ambiente sano, y como consecuencia de ese ejercicio, la naturaleza resulta protegida indirectamente.

La tercera alternativa es la que reconoce los bienes colectivos y legitima a las personas, asociaciones o al propio Estado para accionar, tal como funciona en los sistemas argentino, brasileño, en una clara tendencia creciente a dicho reconocimiento. La diferencia con los dos anteriores es importante, porque no se trata de un derecho subjetivo, sino de una legitimación para proteger un bien colectivo. En consecuencia, la decisión judicial se enfoca en la tutela del bien y no en la satisfacción del individuo.

Esta alternativa es la que recoge nuestra Constitución, y la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema.

La cuarta, que mencionan los autores, reconoce derechos a la Naturaleza o sus partes. En este caso hay una diferencia con el anterior: no solo se trata de un bien jurídico protegido, sino de un sujeto de derecho. En gran medida quiebra sustancialmente una tradición jurídica porque no hay derechos de quienes no son personas. Esta cuestión no es menor, porque para muchos sistemas jurídicos importa una transformación difícil de aceptar y con consecuencias muy

complejas en una gran variedad de campos. El resultado no difiere demasiado de la tercera opción, ya que, en definitiva, se protege a la Naturaleza.

El obstáculo no es solo normativo, sino también de conveniencia. Si un río, un orangután o un pez son sujetos de derecho, tienen derechos y deberes. Si se inunda una ciudad habría que admitir que el río es responsable; y el mismo animal debería ser juzgado y condenado si lesiona a una persona.

Por estas razones en la reforma del Código Civil y Comercial se adoptó (art. 14) el sistema vigente en la Constitución (arts. 42 y 43), que reconoce derechos de incidencia colectiva y legitimación para obrar, lo que también es consistente con los fallos de la Corte desde “Mendoza” en adelante.

Luego de adoptar una posición en relación con el bien ambiental, los autores investigan los elementos jurídicos de los bienes culturales.

En este sentido, diferencian el patrimonio natural del cultural. Sostienen que el primero es dinámico y el segundo, más estático, “independientemente de la interacción que se plasma entre quienes lo aprecian (por ejemplo, quien mira un cuadro o visita un museo)”.

Es muy valioso el análisis que se hace sobre material genético. En este aspecto, el “proyecto Borinsky”¹ dentro del Título XXIII de “Delitos contra el ambiente”, contiene un capítulo (6°), de único artículo (459), relativo a los “Delitos contra el patrimonio genético”, que enuncia que “se impondrá prisión de UNO (1) a SEIS (6) años y DOCE (12) a SETENTA Y DOS (72) días-multa, al que, sin autorización, excediendo la que tuviere, o infringiendo leyes o reglamentos nacionales o provinciales especiales sustrajere o comercializare maliciosamente recursos genéticos”.

Los autores presentan un debate interesante sobre si se trata de un peligro abstracto, que es una postura mayoritaria en la doctrina europea, dadas las dificultades de demostrar el nexo causal. En contra, autores como Zaffaroni manifiestan que es un debilitamiento del bien jurídico protegido. Por eso una segunda postura concibe al delito ecológico como de peligro concreto, que es el “resultado riesgoso” como tal, lo cual implica trasladar el problema al ámbito probatorio. Los autores se inclinan por calificarlo como de peligrosidad concreta, con una amplia argumentación al respecto. Es importante señalar que el Proyecto citado establece (art. 1, inciso c) el principio de “Ofensividad. No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico”, lo que es una regla general. Complementariamente se dispone, en el título XI, una completa regulación de los Delitos contra el Ambiente, la Fauna y la Flora.

La definición de los delitos implica que, *a posteriori*, se deba decidir quién es el responsable. Este aspecto es muy debatido en el derecho penal ambiental, ya que la mayoría de los daños son causados por personas jurídicas. La

¹ Proyecto de Reforma del Código Penal, Decreto PEN 103/2017, Comisión Presidida por el Dr. Mariano Borinsky.

tradición penal siempre estuvo más vinculada a las personas físicas y por eso se precisa de una dogmática diferente que los autores desarrollan muy bien.

Los autores analizan con profundidad algunos aspectos técnicos relevantes. Por ejemplo, es habitual que quien daña al ambiente no tenga la intención de provocar ese daño, sino más bien aprovecharse de un recurso. Esto plantea aspectos problemáticos en el ámbito penal.

En materia de acciones es importante todo el desarrollo dedicado a la prevención del riesgo, la idea de facilitar la prueba de la relación causal.

Uno de los tantos valores que presenta este libro es la cita permanente del derecho comparado, principalmente de Europa y América Latina. Examinar las experiencias de otros países de cultura legal similar es muy importante cuando se trata de un tema novedoso.

A modo de conclusión, estimo que este libro es de lectura obligada, ya que cubre un vacío en la literatura de modo muy completo, abordando todos los aspectos y con un nivel de excelencia y seriedad encomiable.

Ricardo Luis Lorenzetti

Marzo 2021

PRESENTACIÓN

Imposible seguir negando, en los tiempos que corren, la necesidad de preservar el medio ambiente y el acervo arqueológico y paleontológico; así como la importancia creciente del Derecho Penal como su última instancia de salvaguarda.

En el caso del delito ambiental, por cuanto el entorno natural, la biodiversidad y recursos vitales como el agua constituyen presupuestos existenciales: la vida misma de los seres vivos, actuales y futuros depende de su existencia en condiciones aceptables. A partir de allí, centrados ya en el ser humano, mientras mayor sea la preservación en equilibrio con un desarrollo sostenible, mayor será la calidad de vida.

En paralelo, nos hemos ocupado del patrimonio cultural por cuanto, salvo en la prevalencia del factor antropocéntrico que en esta área se distingue, comparte notas esenciales con la eco-criminalidad: bien jurídico protegido pluri-individual o masivo, pluri-ofensividad o afectación simultánea de distintos intereses, dificultad de recomposición, víctimas presentes y futuras.

Los bienes culturales determinan la identidad de los pueblos, describen sus tradiciones y creencias, vitalizan la diversidad y testimonian el avance del género humano. Tal es la envergadura de estos bienes y el efecto desculturizante de la devastación y el latrocinio, que durante los años de barbarie fueron los más preciados botines de guerra. No habría historia universal sin ellos, ni más ni menos.

La presencia del Derecho Penal en ambas áreas ha sido espasmódica, incluso más tibia en lo que concierne al caudal cultural; por ello se impone un desarrollo legislativo sistematizado y moderno, que permita al Estado (a través de la justicia) respaldar desde atrás, como *última ratio*, pero con firmeza y eficacia, su indispensable tutela.

Hay variadas y muy valiosas obras de derecho ambiental, incluidas las de nuestro prologuista, el Dr. Ricardo Lorenzetti, incansable defensor de estos valores y precursor de una fecunda escuela de Derecho Ambiental en nuestro país.

Sin embargo, pocas abordan el derecho ambiental junto a la cuestión cultural desde la faz penal.

Insistimos: siempre con un rol subsidiario, el derecho penal de preservación ambiental y cultural debe estar, debe estudiarse y repensarse, pues será el protagonista cuando todos los demás frenos y regulaciones existentes en

estas materias (que son muchas) fracasen, lo que lamentablemente ocurre con mayor frecuencia de lo que se piensa.

La obra se compone de diez capítulos. El Capítulo I tiene un fin introductorio a nociones elementales como ambiente y sus connotaciones en tanto bien jurídico protegido, características del delito ambiental y rasgos del derecho penal ambiental, pasando revista por el derecho comparado.

En el Capítulo II se aborda la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, que signa la técnica legislativa del delito ambiental, desdoblándose en accesoriedad administrativa de norma y acto, esta última presente también en algunos supuestos de delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico.

A ello le sigue el abordaje de núcleos relativos a la atribución de responsabilidad (Capítulo III), analizando los diversos criterios relacionados con la imputación a las personas jurídicas como así también la responsabilidad penal individual, de ámbito local y comparado. Se completa el cuadro dogmático con la antijuridicidad y culpabilidad en función de ejemplos de la materia. Se hace un breve repaso de la situación de los funcionarios públicos y de los pueblos originarios.

El Capítulo IV se dedica a explorar el delito ambiental en el Derecho Argentino, a través de las normas de aproximación existentes en el Código Penal (Primera parte). Se examinan delitos relacionados con la propiedad (usurpación de aguas, daños) y con la seguridad (incendio y otros estragos) y salud pública (envenenamiento o adulteración de aguas), incluidos algunos de plena actualidad relacionados con la pandemia del Covid-19, tales como la propagación de enfermedades y violación de medidas para impedir una epidemia, para finalizar con la violación de reglas de policía sanitaria animal. Luego se examinan las previsiones penales en leyes especiales (Segunda parte), y se concluye con un análisis de la ley 25.743 de Protección del patrimonio arqueológico y paleontológico.

El Capítulo V enteramente se expone sobre el régimen penal de la Ley de Residuos Peligrosos, analizando las figuras allí previstas (versión dolosa y culposa), la posibilidad de imputar a las empresas por contaminación y la competencia judicial.

A continuación, los Capítulos VI y VII abordan, con detenimiento, consulta de fuentes y comparación con las normas vigentes, los Títulos XXIII y XXIV del Proyecto de Reforma al Código Penal presentado en el Senado de la Nación el 25 de marzo de 2019, relativos al Delito ambiental y Protección del patrimonio arqueológico y paleontológico, con desglose de cada precepto y sus implicancias.

Este enfoque se completa, en el Capítulo VIII, con el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia ambiental.

Finalmente, los Capítulos IX y X se dedican a las cuestiones procesales, el primero a todo lo relativo a la prueba en los delitos ambientales, partiendo de

precisar las razones de su dificultad probatoria (sobre todo en casos de contaminación), y el segundo, a analizar salidas alternativas como juicio abreviado, *probation*, el Estado como querellante y otros asuntos de interés.

A modo de anexo, convencidos de la importancia del “derecho judicial” y el aporte de la visión práctica como complemento del bagaje teórico, se incluye una sección interactiva digital de sumarios de jurisprudencia, a cargo de los abogados Santiago Inchausti, Patricia Pistoni Sanz y Sabrina Segurel, sin perjuicio de la sucinta referencia a algunos *leading cases* de ineludible mención en el desarrollo de ciertos tópicos. Agradecemos la colaboración de Mónica Núñez.

Por último, una especial mención al Dr. Ricardo Lorenzetti por habernos honrado con su prólogo y a Ediciones Didot, por haber confiado en nosotros.

Salta y ciudad de Buenos Aires, otoño de 2021

Los autores