

El Acuerdo de Escazú y su proyección en el Derecho penal ambiental argentino

Gustavo Eduardo Aboso¹

1. Introducción

La preservación del medio ambiente es un deber positivo del Estado regulado en el art. 41 de la Constitución Nacional que establece los presupuestos mínimos de protección orientados hacia el uso racional de los recursos y el desarrollo económico sustentable por parte de la sociedad. A diferencia de otros campos del derecho, en la parcela ambiental el cuidado integral del medioambiente tiene una proyección intergeneracional que la convierte en una saludable excepción, ya que el uso de los recursos naturales no debe traspasar el límite de lo racional y necesario, dejando atrás la vieja política depredadora que caracterizó a la etapa de la colonización, reverdecida en nuestros días con el neocolonialismo, cuestión sobre la que ya nos hemos explayado en otro lugar².

El objeto del presente trabajo se vincula de manera directa con la entrada en vigencia del Acuerdo de Escazú en el marco regional de América Latina y el Caribe en materia de protección del medio ambiente. Su importancia viene dada porque es el primer acuerdo marco en estas latitudes que fortalece la conservación del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales al fortalecer los presupuestos mínimos establecidos en el citado art. 41 de la Constitución Nacional. En ese sentido, el Acuerdo de Escazú se concentra en tres aspectos sustanciales del acceso público a la información, la participación ciudadana y la justicia.

Nosotros nos abocaremos a tratar solamente la última, es decir, el acceso a la justicia, porque desde el punto de vista de la tutela jurídica del ambiente en general es la que le otorga mayor operatividad a los presupuestos mínimos fijados en la Constitución Nacional. Es verdad que alguien podría decir que el acceso a la información y la participación ciudadana en la toma de decisiones de las instituciones públicas en materia de desarrollo ambiental también son importantes, pero en nuestro leal entender si todas ellas fallan, como suele suceder, la instancia judicial se erige como un muy buen antídoto contra la

¹ Doctor en Derecho (UNED- Madrid). Defensor de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor de posgrado de Derecho Penal (UBA, Universidad Austral, Universidad de Belgrano, Universidad Nacional Mar del Plata y Universidad del Salvador). Director del Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal de EIDial. Este trabajo esta basado en la disertación realizada en el “CONVERSATORIO SOBRE EL ACUERDO REGIONAL DE ESCAZÚ”, organizado por el Centro de Formación Judicial del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires durante los meses de abril, mayo y junio de 2021.

² ABOSO, Gustavo E., *Derecho penal ambiental*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

arbitrariedad, la corrupción y la ineficiencia estatal en todos sus niveles en materia de salvaguarda del medioambiente.

A continuación analizaremos de manera breve, pero esquemática, cuál es la situación jurídica actual en materia de Derecho penal ambiental y cuáles son los proyectos de reforma que tienen estado parlamentario con el objeto de tomar cabal dimensión de la importancia y trascendencia del Acuerdo de Escazú para nuestra legislación ambiental. Si bien es cierto que ese acuerdo regional no se refiere de manera enfática a los aspectos procesales del régimen penal, no menos importante es subrayar el hecho de que traza una línea programática sobre qué modelo de justicia ambiental estaríamos necesitando.

Eso entronca de manera decisiva con los proyectos de ley que se están tratando en el Senado en la actualidad, ya que si bien nuestra legislación penal es altamente deficitaria en la tutela del medioambiente, otro gran déficit normativo se presenta desde el punto de vista de la administración de justicia, ya que si bien comienzan a crear fiscalías especializadas en materia ambiental, por ejemplo, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Unidad Fiscal Especializada en Materia Ambiental (UFEMA); a nivel federal, la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra el Medio Ambiente (UFIMA), en México, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA); lo cierto es que todavía está ausente la creación de un fuero especial, con un procedimiento y un lenguaje propio de la materia de protección, que permita articular de manera racional los recursos humanos y técnicos necesarios para satisfacer los presupuestos mínimos establecidos en nuestra Carta Magna, la ley General del Ambiente (ley 25.675) y las leyes provinciales que constituyen la red nodal de protección del medioambiente en nuestro país.

En ese sentido, debemos aclarar que en la reunión conjunta realizada el pasado 19 de abril por las presidencias de las comisiones de Justicia y Asuntos Penales, y de Ambiente y Desarrollo Sustentable, en la que participamos en calidad de especialistas invitados, se debatieron cuatro proyectos de reforma en materia ambiental: el primero, propuesto por la senadora Gladys González (Buenos Aires- Junto por el Cambio); el segundo, por el senador Alfredo Luenzo (Chubut- Frente de Todos); el tercero, el de la senadora Lucía Crexell (Movimiento Neuquino); y, el último, el del senador Antonio Rodas (Chaco-Frente de Todos). En lo sucesivo nos habremos de referir a cada uno de los proyectos por el apellido del senador que lo propuso.

2. La protección penal del medioambiente en la legislación argentina

La primera impresión que uno se lleva cuando analiza el arsenal punitivo que compone el sistema jurídico argentino es la diáspora normativa que existe en materia de delitos ambientales. Perplejidad seguida de desconcierto son las primeras sensaciones que uno recoge cuando analiza la variedad de normas penales que existen en nuestra legislación y ninguna de ellas se refiere de manera directa a la protección integral del medioambiente. La desazón aumenta cuando de la lectura de las leyes

especiales que atienden a aspectos puntillosos de la presunta tutela ambiental surge de manera repetida la persona física como centro de gravedad de todo el sistema jurídico penal ambiental.

Los penalistas con vocación ambiental solemos recurrir a la ley 24.051, llamada “ley de residuos peligrosos”, como mascarón de proa para adentrarnos en las aguas turbias de un Derecho penal en ciernes que se resiste a reconocer la autonomía del medio ambiente como bien jurídico multifacético y cuando cree que esa factura normativa lo podría hacer, enseguida uno puede advertir que el medioambiente está asociado de manera asimétrica con la protección de la salud pública. Muchos excelentes autores medioambientales sostienen con claridad dogmática que el bien jurídico tutelado por esa ley es la salud pública, exégesis que viene impuesta de la propia letra de la ley especial que remite a la escala penal prevista en el art. 200 del Código Penal que protege precisamente ese bien jurídico colectivo.

Más allá de esa adecuada apreciación interpretativa, nosotros hemos sostenido en otro lugar que las modalidades dolosa e imprudente del delito de contaminación previstas en los arts. 55 y 56 de esa ley 24.051, presuponen la afectación directa de los factores abióticos y bióticos que integran el ecosistema en general³.

Dentro de la columna de déficit normativo de nuestra legislación penal se registra la falta de uniformidad en la concretización de los intereses jurídico-penales tutelados. La efectiva defensa del medioambiente en su conjunto, desde una perspectiva integral o sistémica como de la que parte nuestro texto constitucional, requiere una política criminal medioambiental también sustentable normativamente. Existe una marcada tendencia expansiva en el Derecho penal por la multiplicación de tipos penales que conduce a una exacerbación de la amenaza punitiva primaria que termina por autofrustrarse ante la ausencia de directrices claras sobre qué es lo que se quiere proteger, el porqué y el cómo. En el campo del Derecho penal medioambiental, esa tendencia universal se refleja de manera más prístina por la falta de un eje central en la tutela del medioambiente de lo que resulta una codificación ambigua, parcial y, por ende, incompleta desde lo sistémico que persiste en invisibilizar el problema central.

Así pues, es sencillo advertir en nuestra legislación punitiva que esa ambigüedad sistémica se traduce en la praxis en una legislación inorgánica que atiende más a las urgencias del momento que a la idea de una tutela penal más intensa y orientada hacia los desafíos basales que se presentan en la protección integral del medioambiente. Pongamos un ejemplo para graficar esta valoración: la ley 27.330, sancionada en 2016, prohíbe la carrera de perros y sanciona con una pena de prisión de tres meses a cuatro años y multa de pesos cuatro mil (\$ 4.000) hasta pesos ochenta mil (\$ 80.000) al que organizare, promoviere, facilitare o realizare una carrera de esa naturaleza. Esa ley se sancionó como resultado de la

³ ABOSO, *Derecho penal ambiental*.

difusión masiva de carreras clandestinas de galgos y el triste final que les esperaba a los animales que participaban de ellas, ya que eran sacrificados o directamente expoliados hasta la muerte. Esa cruel e insensible conducta llevada a cabo por personas inescrupulosas alimentadas por una codicia malsana basada en el maltrato dispensado a los perros adaptados para las carreras de apuestas tuvo como reacción una respuesta punitiva concreta ante el estupor de la opinión pública.

Sin embargo, este caso nos puede servir como botón de muestra para poner a la luz la falta de coordinación en la política criminal nacional en materia de protección de los animales que, en definitiva, integra el elenco más amplio de la tutela de los elementos bióticos que componen el medioambiente, incluso existe un sector de la doctrina que aboga con mayor fuerza por la elaboración de un derecho animal intersectorial que promueva la defensa efectiva de los animales como lo que son: seres sintientes.

Ahora bien, la primera duda que surge es definir el contenido material del interés jurídico-penal tutelado. No debe olvidarse en este tópico que, como ya anticipamos, todo nuestro universo jurídico gira alrededor de una concepción dominante antropocéntrica⁴, en especial en el Derecho penal, el concepto neural del amparo de los intereses de la persona física ocupa una posición hegemónica, poco dispuesta a compartirla con otros sujetos dignos de esa protección. Como consecuencia de ello, cabe interrogarse cuál es entonces el bien jurídico protegido por la citada ley 27.330, en otras palabras, sobre qué se basa la legitimación de la amenaza de pena en el ejercicio del *ius puniendi* en cabeza del Estado. Una respuesta apresurada identificará el bienestar integral de los perros que son utilizados como material descartable en la organización y ejecución de carreras por dinero. Si bien esa respuesta puede resultar adecuada, enseguida surge otra duda que consiste en explicar cuál es la relación que tiene la protección del bienestar integral de los perros con el modelo punitivo vigente que entroniza al ser humano como eje axiológico del sistema. Acá la respuesta uno podría ensayar es que, además del bienestar de los perros, se quiere preservar un sentimiento de empatía de los seres humanos con otros sujetos vivientes y sintientes, en definitiva, la existencia de una natural predisposición en el ser humano a empatizar con otros seres vivientes por razones diversas, entre ellas, la familiaridad o el vínculo estrecho que existe entre el ser humano y el animal domesticado en este caso forjado durante milenios.

El lector podrá advertir sin mayores ambages que esa justificación puede ser convincente, pero cuando se procura armonizarla con los principios rectores del Derecho penal surgen dudas irresolubles en su actual orientación político-criminal. ¿No se estaría desbordando el cauce

⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis, "Die vergessene Freiheit: Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 86. Jahrg., Heft 2 (2003), pp. 125 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, Juan María, "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras", *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 19, 1996, pp. 289 y ss.

natural del Derecho penal al intentar abarcar otras relaciones, estados, intereses o sujetos distintos a los vinculados al ser humano? ¿Es una razón autónoma suficiente acudir al Derecho penal para proteger a otros sujetos sintientes o, incluso de manera integral, las relaciones simbióticas que se desarrollan y reproducen en el sistema ambiental? ¿No sería una respuesta más eficiente acudir a una legislación contravencional o de naturaleza administrativo-sancionatoria para rellenar esa necesidad de tutela jurídica?

Regresando al caso de la legislación penal canina, un agudo observador podría señalar que el maltrato y la explotación de los perros que participan de las carreras por dinero tienen por único objeto la maximización depravada de la codicia a costa del sacrificio del animal, algo que también ocurre, pero en distinta escala, con la explotación irracional de los recursos naturales y el medioambiente en general. La tala indiscriminada de bosques que acelera el proceso de desertificación; el uso de los incendios intencionales como técnica ancestral para preparar el cultivo de los campos y la previsible falta de control sobre su propagación destruye bosques enteros; la contaminación ambiental en general provocada por el neocapitalismo industrial orientada hacia la explotación depredadora de los recursos naturales auspicia una destrucción general del ambiente, en definitiva, la acción destructiva del hombre sobre su entorno natural, que en las últimas décadas aceleró de manera dramática la probabilidad de la extinción masiva de la vida humana en este planeta, demuestra la necesidad de reformular las bases tradicionales sobre las que se asienta nuestra política criminal para incluir en la agenda penal la preservación del medioambiente.

Para reforzar esa concepción podemos coincidir con los autores que sostienen que la protección jurídico-penal del medioambiente es una necesidad estructural del Derecho penal, puesto que es una condición de posibilidad de la existencia de los demás bienes jurídicos individuales y colectivos. La ecuación es sencilla: si no recurrimos a los mecanismos de resguardo penal del medioambiente que permiten aplicar las medidas más severas que prevé el sistema jurídico para prevenir su destrucción, entonces la preservación de la vida humana en el mundo tal como lo conocemos resultará una quimera. Por ese motivo, se habla que la tutela del medioambiente como arquetipo del sistema jurídico penal en la protección de los demás bienes jurídicos de manera indistinta a su naturaleza⁵.

Una consecuencia de lo apuntado es que en el caso de la ley 27.330 la necesidad político-criminal de la incriminación de la organización y realización de las carreras de perros no gravita en sancionar la codicia desmedida basada en la expoliación de los perros, sino que se invierten los términos de la ecuación y se logra mayor transparencia normativa al

⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, "La destrucción ambiental como arquetipo del delito", *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Esteban Pérez Alonso, Estanislao Arana García, Pedro Mercado Pacheco y José Luis Serrano Moreno (editores), Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 429 y ss.

hablar de manera directa y sin tapujos de la protección del bienestar de los perros frente a la expoliación humana. Ese orden de prelación no está exento de críticas frente a la situación actual del pensamiento penal cuya tendencia unidimensional le impide aceptar, como ya anticipamos, otros sujetos dignos de tutela que no sean el ser humano.

Al problema descrito sobre la necesidad en el amparo penal del ambiente y los elementos que la componen y el giro copernicano que implicaría aceptar la tutela extensiva de la fauna, la flora, el agua, el suelo, el aire, la atmósfera, sus relaciones simbióticas, en definitiva, el ambiente en general como una realidad holística, se le suma el modo de hacerlo (el cómo). En ese aspecto, debemos recordar que el Derecho penal bascula entre los principios de legalidad, lesividad, *ultima ratio* o excepcionalidad y la necesidad político criminal de la amenaza primaria y su imposición efectiva.

Regresemos a nuestro ejemplo de la ley 27.330. Una vez solucionado la cuestión de la concretización del interés jurídico-penalmente tutelado, es decir, el bienestar del perro dejando de lado la codicia humana, aflora de inmediato otro escollo que consiste en explicar el solapamiento normativo que existe en nuestra legislación punitiva en materia de protección de los derechos de los animales.

Al respecto, debemos traer a colación que la ley 14.346, denominada “Ley de Maltrato Animal”, que data de 1954, ya prevé en su redacción las acciones de maltrato y crueldad de los animales, vale decir, cabe interrogarse si era necesario sancionar una ley que tenga por objeto la misma materia de protección.

Una rápida lectura de las disposiciones penales que integran la ley 14.346 podría arrojar como resultado provisorio que algunas de las conductas vinculadas con la explotación de los perros en las carreras de apuestas ya estaban sancionadas, por ejemplo, la falta de alimentación suficiente para lograr que el perro se acostumbre a cazar su carnada (en general, conejos que son encerrados en la misma jaula con los perros), el azuzarlos para desarrollar mayor velocidad, el hacerlos ejercitarse en jornadas excesivas, el estimularlos con drogas y así podríamos seguir enumerando algunas acciones punibles más descriptas en la citada ley.

En definitiva, uno podría cuestionar si la política criminal en materia de derecho animal es la más adecuada, ya que si bien todos estamos de acuerdo en la necesidad de proteger el bienestar de los perros frente a la explotación humana consistente en su participación en carreras de apuestas, también se podría argumentar el porqué de no modificar en definitiva una ley tan vetusta como la ley 14.346 y regular de manera armónica y de forma integral la tutela de los animales en general.

Esa política criminal de regular de manera sectorizada y partiendo de la base de una legislación de emergencia para acallar las críticas de la opinión pública está lejos de los estándares normales que uno puede y debe esperar de la protección sistémica de los animales.

A la denunciada yuxtaposición de normas penales que concurren en el caso de la punición de la carrera de perros se suma otra relación disruptiva con las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión de las acciones típicas descritas. Puede advertirse nuevamente que existe una relación asimétrica en la tutela punitiva dispensada a los perros de carrera en relación con otros animales, por ejemplo, los caballos, los felinos, por sólo mencionar algunos. Tomemos para nuestro propósito a los primeros, es decir, los caballos, que todos sabemos y está bien documentado que son una de las especies que mayor utilidad le ha prestado al hombre a lo largo de su historia y que también sufre del mismo maltrato y crueldad aplicado al perro. Mientras que el *canis familiaris* goza de una protección autónoma y privilegiada en la referida ley 27.330 (pena de prisión de hasta cuatro años y multa), en el caso del resto de los congéneres animales eso no sucede porque la ley 14.346 sólo sanciona con pena de prisión de un año y no está prevista la pena pecuniaria.

¿Cuál es la razón de ese tratamiento punitivo diferenciado? Es un interrogante sin respuesta. Lo correcto y más adecuado hubiera sido reformar de manera integral el universo del Derecho penal animal y dotarlo de cierto grado de homogeneidad normativa que hoy en día está ausente. En los últimos tiempos los esfuerzos de los defensores de los derechos de los animales han bregado de manera uniforme en la lucha por el reconocimiento de ciertos derechos inalienables basados en su condición de seres sintientes. Excede el marco de este trabajo referirnos de manera detallada a esa auténtica cruzada en aras de la tutela efectiva y el acceso a la justicia de los seres sintientes, pero nos contentamos con señalar acá que el cotejo de las sanciones punitivas previstas entre ambas leyes (14.346 y 27.330) crea un marco de desigualdad en la necesidad de la protección efectiva de los animales que, si se quiere, a la luz del art. 16 de la Constitución Nacional, no encontraría reparo alguno para justificarla.

3. El problema de la identificación del contaminador pagador

Una cuestión inextricable en materia de atribución de responsabilidad penal por contaminación se vincula con la identificación del sujeto contaminador⁶. En general, nuestra legislación anodina no resuelve de manera satisfactoria esa situación, porque está diseñada sobre la base de una imputación meramente individual. Pasamos a explicar. El problema de la contaminación ambiental originada en la explotación industrial, y con ello queremos incluir a la explotación minera de modo particular, es que las leyes penales están desarrolladas y proyectadas dentro de un paradigma de imputación individual. Así pues, cuando ocurre una contaminación ambiental, tomemos por ejemplo lo que ocurrió en Veladero, provincia de San Juan, en septiembre de 2015, cuando la rotura de una válvula de un sistema de tuberías provocó el

⁶ BREUER, Barbara, *Der Im- und Export von Abfällen innerhalb der Europäischen Union aus umweltstrafrechtlicher Sicht*, *Schriften zum Strafrecht*, Heft 110, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 38 y ss.

derrame de líquidos que contenían cianuro, sustancia utilizada para la cianuración del oro. El derrame líquido contaminó varios ríos de la zona. Exactamente un año después, en septiembre de 2016, se produjo uno de los peores incidentes ambientales en la historia de nuestro país en la misma zona y por parte de la misma empresa minera al derramarse el líquido cianurado que culminó en la suspensión de las actividades de la empresa responsable⁷.

Frente a esta dramática situación, la justicia provincial sustanció un proceso penal contra los empleados de la empresa bajo la imputación de contaminación imprudente prevista en el art. 56 de la ley 24.051, pero no extendió la responsabilidad a los funcionarios provinciales con competencia ambiental. Al mismo tiempo, la justicia federal le imputó a distintos funcionarios ambientales nacionales la responsabilidad penal por la contaminación imprudente basada en la falta de control de las actividades de la empresa. Hasta la fecha no se han dictado condenas.

La perspectiva clásica de la investigación penal indica que debe seguirse el modelo de imputación llamado *bottom-up* que predica en el marco de la determinación de las responsabilidades dentro del seno de una empresa proceder desde la base, es decir, partiendo desde los empleados o meros ejecutores, y ascender en la escala jerárquica hasta culminar en el centro de la toma de decisiones. Ese modelo de imputación resulta anacrónico y poco eficiente, porque en general no logra superar ciertos escollos básicos como lo son la falta de individualización de la persona o las personas que ejecutaron la acción típica de contaminación, el tiempo que insume esa forma de investigación -en general demanda años- y los magros resultados que se consiguen, porque casi siempre se llega a un *cul-de-sac* que impide avanzar en el sentido de determinar las responsabilidades jerárquicas.

El modelo alternativo y sugerido en este trabajo consiste en centrar la investigación en la propia empresa⁸. Frente a ello existen al menos dos posibilidades: la primera, en aquellos sistemas jurídicos que carecen de una responsabilidad penal de la persona jurídica, es decir, de la empresa, el modelo de imputación denominado *top down* ofrece la simpleza investigativa de concentrarse en el centro de la toma de decisiones de una organización jerarquizada y compartimentada. La división de trabajo en el modelo convencional de la organización de la empresa en el mundo capitalista ofrece ventajas para la producción, pero desventajas para la

⁷ CSJN, *Fallos*: 339:1331. “Fundación Ciudadanos Independientes c/ San Juan, Provincia de, Estado Nacional y otros s/ acción ambiental meramente declarativa”, de 20/9/2016.

⁸ EHRHARDT, Anne, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Bd. 13, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, pp. 147 y ss.; TIEDEMANN, Klaus, “Zur quantitativen und vergleichenden Erfassung von Wirtschaftskriminalität”, *Juristenzeitung*, 35. Jahrg., Vol. N° 5/6 (1980), pp. 206; SCHÜNEMANN, Bernd, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, *Obras*, t. II, Colección Autores de Derecho Penal dirigida por Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 115 y ss.

investigación. En lugar de que el fiscal intente escudriñar la maraña de relaciones jerárquicas que se establecen en el seno de una empresa, indagar sobre las funciones asignadas y el sistema de control interno de las actividades, todo lo cual demanda un tiempo inestimable para la pesquisa, lo aconsejable sería directamente basarse en un modelo orgánico en el que los directores representan el centro neurálgico de la toma de decisiones y los empleados o dependientes son el músculo de la empresa.

Por razones de espacio no podemos seguir profundizando en ese modelo de imputación, pero debemos acotar nuestro estudio a la descripción de otro modelo alternativo de imputación que descansa directamente en responsabilizar a la empresa como sujeto autónomo, diferenciado de sus integrantes, y así establecer las bases para una teoría de la imputación social de la empresa. En ese sentido, la antigua distinción entre los sistemas jurídicos que reconocían o negaban la responsabilidad penal de la persona jurídica ha quedado en desuso. El brocardo *societas delinquere non potest* que estuvo vigente durante siglos en el sistema continental europeo y cuyo origen se remonta hasta el Derecho penal romano ha quedado desactualizado con los vientos de reforma que insuflaron la adopción del paradigma inverso, es decir, la aceptación de la responsabilidad penal de la empresa. Salvo en Alemania⁹, en el resto de los países que integran la Unión Europea la admisión de esa forma de responsabilidad colectiva fue fruto de la necesidad de armonizar un espacio jurídico común en el que se evidenciaron ciertas disrupciones en lo relativo a la responsabilidad penal de la empresa¹⁰.

El modelo de responsabilidad propia de la empresa ha ganado adeptos en los sistemas jurídicos penales. En la Argentina, ese modelo de imputación fue acogido en la ley 27.401 en materia de corrupción pública al establecer reglas de imputación, derechos y garantías de la empresa cohechante, sumado a la adopción de un sistema de integridad (*compliance*) para salvaguardar la responsabilidad de la empresa por los hechos delictivos cometidos por cuenta y cargo de los directivos.

Esa forma de responsabilidad colectiva se reprodujo también en el ámbito de los delitos económicos (arts. 304 y 313 del Código Penal), los delitos tributarios (art. 14 de la ley 24.769 en función de la reforma introducida por la ley 26.735), los delitos aduaneros (arts. 887 y 888), entre otros ámbitos del Derecho penal.

En el caso de los delitos ambientales, *in fortiori*, en el caso de la contaminación industrial, la regulación de la responsabilidad penal de la

⁹ TIEDEMANN, Klaus, “Wirtschaftsstrafrecht in Europa. Eine wertende Bestandsaufnahme aus Anlass der spanischen Teilreform 2010”, *Festschrift für Hans Achenbach*, Uwe Hellmann und Christian Schröder (Hrsg.), Müller, Heidelberg, 2011, pp. 567 y ss.

¹⁰ PIETH, Mark/IVORY, Radha, “Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview”, *Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence, and Risk*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 9, Mark Pieth and Radha Ivory (Editors), Springer, Berlin, 2011, pp. 4 y ss.

empresa es una necesidad político-criminal para lograr una mayor eficacia en la tutela de los bienes jurídicos colectivos en juego, sumado a que en la realidad socio-económica son las empresas por antonomasia las que están al frente del sistema de explotación, producción, distribución y comercialización de recursos, bienes y servicios, en consecuencia, si quiere evitarse caer en un Derecho penal simbólico, la empresa contaminante surge como el sujeto preeminente en la liza contra la lesión o puesta en peligro del medioambiente, sus componentes y relaciones simbióticas.

4. La responsabilidad penal del funcionario con competencia ambiental

Otra cuestión íntimamente vinculada con la criminalización de las conductas que atentan contra el bien jurídico multifacético medioambiente es la determinación de la responsabilidad especial del funcionario con competencia ambiental¹¹.

En ese caso existen dos modelos de imputación: el primero, que podemos denominar el modelo español, regula entre las disposiciones que tutelan el medioambiente una responsabilidad especial del funcionario con competencia ambiental.

El art. 329 del Código penal español sanciona a “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio.”

El modelo alternativo es el alemán, que rehúye de una regulación especial en materia de responsabilidad del funcionario ambiental y aplica las reglas de participación criminal.

En nuestra opinión, el segundo modelo resulta ser el más conveniente en razón de que los antecedentes parlamentarios, nos referimos al anteproyecto de 2012 y el proyecto de 2019 del Código Penal, ofrecen una solución de compromiso que pasa por regular de manera autónoma una responsabilidad especial del funcionario ambiental, en concordancia con el modelo español, pero ese actuar doloso del funcionario en infracción a sus deberes institucionales será sancionado con una pena inferior a la

¹¹ IMMEL, Burkhard, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht. Umweltuntreue, Europäische Hochschulschriften, Reihe II Rechtswissenschaft*, Bd. 650, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987, pp. 72 y ss, pp. 259 y ss.; TRIFFTERER, Otto, *Umweltstrafrecht. Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*, Nomos, Baden Baden, 1980, pp. 136 y ss.; WOHLERS, Wolfgang, “Der Erlaß rechtsfehlerhafter Genehmigungsbescheide als Grundlage mittelbare Täterschaft”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 108 (1996), Heft 1, pp. 62 y ss.; SCHÖNKE, Adolf/SCHROEDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., Beck, München, 2014, vor § 324, marg. 35; GÜRBÜZ, *Zur Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, Europäische Hochschulschriften, Bd. 2115, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, pp. 229 y ss.

prevista en el delito de contaminación dolosa, vale decir, termina siendo favorecido con un tratamiento punitivo diferenciado al establecido para el contaminador, cuando el contenido de lo injusto típico de esa infracción especial cometido por el funcionario abarca no sólo la lesión de sus deberes institucionales, que se traduce en la especie en la posición de garante en la indemnidad del medioambiente, sino que, además, se agrega el resultado disvalioso de la contaminación.

El Estado le confía al funcionario ambiental la delicada misión de velar por el medioambiente como reflejo del deber positivo originado en el art. 41 de la Constitución Nacional. Ese deber institucional, basado en el conocimiento y la capacidad especiales que tiene la persona que ejercerá ese cargo con el objeto de brindar una tutela integral al medioambiente, se infringe de manera dolosa cuando se autoriza una actividad contaminante, se omite realizar la denuncia o directamente se incumple en el ejercicio del poder de policía ambiental, que se traduce en la falta de implementación de medidas cautelares preventivas como lo es la clausura inmediata de la actividad o del establecimiento ante la comprobación de infracciones al ordenamiento vigente en materia de seguridad ambiental.

Tal como está regulada generalmente esa infracción dolosa del deber institucional de proteger la integridad del medioambiente, no cabe duda que esa disposición presupone la existencia de un acuerdo venal entre el empresario y el funcionario ambiental, que si bien podrá dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso de delitos de cohecho y el de infidelidad dolosa en el cumplimiento de los deberes institucionales de control en materia ambiental (¿concurso material o ideal?), lo disvalioso de esa infracción dolosa de los deberes institucionales debería estar sancionado con mayor pena, o bien recurrir a las reglas de la participación criminal (arts. 45 y 46 del Código Penal).

5. La dependencia del Derecho penal del derecho administrativo

Una de las peculiaridades del Derecho penal ambiental consiste en su dependencia excesiva del Derecho administrativo¹². En general, el contenido de lo injusto del delito de contaminación, por ejemplo, está asociado a la infracción de normas ambientales de distinto cuño, sea leyes o reglamentos, pero siempre la licitud o ilicitud de una conducta

¹²REINDL-KRAUSKOPF, Susanne/SALIMI, Farsam, *Umweltstrafrecht, Eine systematische Darstellung des gerichtlichen Umweltstrafrechts*, Verlag Österreich, Wien, 2013, pp. 7 y ss.; HOFMANN, Hasso, "Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts", *Juristenzeitung*, 43. Jahrg., Vol. N° 6 (1988), p. 278; SALIGER, Frank, "Grundfragen des heutigen Umweltstrafrechts", *Das Umweltstrafrecht nach dem 45. Strafrechtsänderungsgesetz*, Michael Kloepfer und Martin Heger (Hrsg.), Schriften zum Umweltrecht, Bd. 184, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, pp. 17 y ss.; TIEDEMANN, Klaus, "Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber - Ein Überblick aus Anlaß des Inkrafttretens des 2. WiKG am 1. 8. 1986", *Juristenzeitung*, 41. Jahrg., Vol. N° 19 (1986), pp. 865 y ss.; KÜHL, Kristian, "Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts, insbesondere im Umweltstrafrecht", *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Wilfried Küper (Hrsg.), Walter de Gruyter, Berlin, 1987, pp. 825 y ss.

está sujeta al contraste con la normativa ambiental, en especial, en lo que respecta a la observancia de las normas de seguridad ambiental.

Esa dependencia excesiva y casi consustancial con el cuerpo normativo ambiental expone al Derecho penal a dos cuestiones espinosas y que pueden derivar en un déficit de ejecución (*Vollzugsdefiziten*)¹³ que comprometa la función del control punitivo sobre esa actividad tan extensa, por un lado, mientras que esa relación de dependencia puede derivar en alterar la función primaria del Derecho penal al transformarlo en un ariete en el ejercicio del poder de policía ambiental mediante la sanción de meras inobservancias administrativas como delitos, por el otro.

A todo ello se suma que debe atenderse de manera prioritaria a la complejidad de la comprobación de la relación de causalidad en los delitos ambientales frente a la explotación industrial, en donde la individualización del autor puede caer en un abismo de imprecisiones y dudas cuando existan relaciones causales complejas producto del proceso de acumulación de elementos contaminantes. Ello deriva, en definitiva, en la dependencia del juez de la opinión de los expertos en materia ambiental que intervengan para definir los procesos multicausales que casi siempre podrán conducir a la falta de certeza y, por ende, a la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

6. Los proyectos de ley en materia penal ambiental

Luego del necesario repaso sobre la realidad jurídica de nuestro país en materia de criminalidad ambiental y los principales problemas a los que se enfrenta una regulación eficiente y al mismo tiempo eficaz de los delitos ambientales, podemos pasar revista al contenido de los proyectos de ley debatidos en las citadas comisiones del Senado para analizar sus fortalezas y debilidades.

La primera opinión es altamente positiva. La existencia de al menos cuatro proyectos de ley en materia ambiental evidencia un interés actual sobre ese delicado tema y la necesidad de dejar atrás décadas de olvido de la mano de una legislación anticuada y ausente de coherencia interna.

En general, los proyectos resaltan la necesidad de una regulación integral del Derecho penal ambiental y subrayan el contenido material de los bienes jurídicos en juego en mayor o menor amplitud, pero lo trascendente es que se abandona una concepción antropocéntrica en la identificación de los intereses jurídico-penales en juego por otra perspectiva eco-antropocéntrica que favorece una mejor identificación de

¹³ HERRMANN, Joachim, "Die Rolle des Strafrechts beim Umweltschutz in der Bundesrepublik Deutschland", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 91 (1979), Heft 2, pp. 281 y ss.; TRIFFTERER, *Umweltstrafrecht. Einführung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*, p. 32; ALBRECHT, Hans-Jörg/HEINE, Günter/MEINBERG, Volker, "Umweltschutz durch Strafrecht? Empirische und rechtsvergleichende Untersuchungsvorhaben zum Umweltstrafrecht und zur Umweltkriminalität", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 96 (1984), Heft 4, pp. 943 y ss.

los intereses y las relaciones simbióticas que existen entre ellos. Cuando se habla de la tutela penal del medioambiente (proyectos González, Crexell y Rodas) o se le yuxtapone la naturaleza (proyecto Luenzo), se reconoce de manera primordial que el ambiente en general pasa a ocupar un papel preeminente en el campo de la delincuencia de cuello verde¹⁴.

Debe subrayarse lo apropiado de regular en capítulos distintos, pero todos ellos conectados de manera indisoluble con la protección integral del medioambiente, las conductas que atentan contra el ambiente mediante la contaminación, la biodiversidad, la fauna y la flora, con especial incidencia del amparo de los bosques nativos, incluso se incluye el patrimonio genético como un bien jurídico autónomo digno de tutela penal, en sentido inverso a lo que ocurre con el patrimonio genético humano, cuya anomia resulta inescrutable hasta la fecha.

Cabe aclarar que el proyecto de la senadora González tomó como modelo legislativo el proyecto de código penal presentado en 2019 por parte del último gobierno saliente; mientras que el proyecto presentado por el senador Rodas hace lo propio al basarse en el anteproyecto de 2012, en especial, el Título XI, que reproduce los tipos penales allí enumerados. El resto de los proyectos presentan una dinámica propia que en su conjunto está debidamente orientada hacia la protección efectiva del medioambiente.

En algún proyecto puede observarse también que se ha tenido como modelo orientativo al código penal español, en especial, al regular las distintas conductas que integran el arco punitivo de acciones lesivas contra el medioambiente.

En un segundo nivel de análisis, debemos ocuparnos de la forma de la regulación de los delitos ambientales. De los cuatro proyectos en curso, sólo uno, el del senador Rodas, sigue una dirección distinta al regular en una ley especial la materia de la criminalidad ambiental.

Como oportunamente lo expresamos, en la actual situación normativa en la que nuestro código penal cumplirá este año su primer centenario y a la luz de las sucesivas tentativas de reformas integrales que han fracasado por la ausencia de consenso político, la introducción de un novísimo título sobre los delitos contra el medioambiente podría dar lugar a una mayor confusión sistémica de la que ya existe en la actualidad. Conviene destacar, más allá de lo que a continuación se agregue, que el reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa es una condición insoslayable en el ámbito de la criminalidad ambiental, de lo contrario seguiremos encorsetados en el modelo de demanda que sólo se concentra en la simplificación de la investigación judicial a los casos menos lesivos, o como nosotros denominamos: el “modelo del camión atmosférico”.

¹⁴ MEURER, Dieter, “Umweltschutz durch Umweltstrafrecht? ”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 34/1998, p. 2067. En este sentido, HÜMBS-KRUSCHE, Magret/KRUSCHE, Matthias, “Die Effektivität gesetzgeberischer Initiativen im Umweltstrafrecht”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 17. Jahrg., Heft 3 (1984), p. 62.

En consecuencia, la elección de una ley penal especial de tutela del medio ambiente sería más conveniente en el actual estado de situación jurídico, salvo que una futura reforma integral del código penal permita incluir en su seno una regulación específica de esa materia.

En el caso de la contaminación ambiental originada en la explotación industrial, todos y cada uno de los proyectos con tratamiento parlamentario se ocupan de definir de manera cabal esa cuestión recurriendo a la técnica de cuantificar la gravedad del caso en razón de un principio de proporcionalidad basado en el peligro o riesgo creado para la salud pública, o directamente cuando se produjere la muerte.

En el proyecto de la senadora Crexell, se establece un parámetro normativo del daño ambiental fruto de la contaminación al cuantificar como grave. Entendemos que esa pauta de gravedad para distinguir las conductas punibles de las no punibles, o por lo menos que deberían caer en el ámbito del derecho administrativo sancionador, resulta por lo demás apropiado para evitar un desborde en el cauce punitivo que desemboque en la sustanciación de procesos penales por daños insignificantes y el consecuente atiborramiento de los tribunales. Todo ello conspiraba contra un adecuado y eficiente servicio de justicia en materia de salvaguarda del medioambiente que ahora viene impuesto a nivel regional por el Acuerdo de Escazú, que si bien no se refiere de manera concreta al fuero penal, lo cierto es que sienta las bases para dotar de mayor operatividad el deber positivo del Estado en la protección integral del medioambiente como derechos colectivo e individual de tercera generación.

Por lo demás, el contenido de lo injusto material de la conducta contaminante está integrado en todos los proyectos de ley por la inobservancia de las leyes y/o reglamentos nacionales o provinciales, lo que incluye de manera obligada el ejercicio abusivo de un derecho o autorización concedida por la autoridad competente en materia ambiental.

Es importante resaltar que la infracción de deberes positivos de cuidado del medioambiente por parte del sujeto activo (empresa) que se traduce en la especie en la realización de actividades industriales no autorizadas o excediendo el permiso, concesión o autorización otorgado por la autoridad competente en la materia (provincial o nacional) resulta más ajustada a la realidad socio-económica de una actividad caracterizada por una alta regulación normativa en términos de seguridad ambiental. Para ello debemos tener en cuenta que hoy en día cualquier forma de actividad industrial, *in fortiori*, cuando ella tenga una incidencia directa en la preservación del medioambiente y el desarrollo sustentable, está condicionada por una panoplia de leyes, reglamentos, directivas o simplemente usos y costumbres orientados hacia un modelo preventivo del daño ambiental.

También debe tenerse en cuenta que cuando se exige que la contaminación alcance cierto grado de gravedad se recoge de manera

directa una realidad innegable que consiste en reconocer que toda actividad industrial contamina en mayor o menor medida, más allá de los anhelos que impregnan el cuerpo normativo que integra la tutela ambiental.

Una explotación minera genera de modo invariable una contaminación acumulativa basada en la explotación de recursos no renovables. Esa explotación industrial es una fuente de peligro para el medioambiente. El Estado tiene el deber positivo de controlar esa actividad y asegurar que esa explotación sea sustentable y lo menos contaminante posible para el medioambiente y la salud de la población. Por lo tanto, el introducir en el tipo penal del delito de contaminación ambiental la condición de la gravedad del daño (desvalor de resultado) es una pauta normativa lícita que influye de manera decisiva en la selección de casos sobre los cuales el ministerio público fiscal deberá actuar dentro del modelo del principio acusatorio hoy vigente en la mayoría de los códigos penales.

Precisamente vinculado al tema de la regulación de la responsabilidad penal de la empresa, únicamente dos de los proyectos presentados atienden de manera distinta esa cuestión tan vital para la criminalización de los atentados contra el medioambiente.

Mientras que el proyecto del senador Rodas lo hace de manera genérica mediante una cláusula de extensión de responsabilidad a las personas jurídicas por las conductas contaminantes previstas en el Capítulo Primero; el proyecto de la senadora Crexell prevé, en su art. 208 quater, la aplicación de sanciones conjuntas o alternativas a la persona jurídica que hubiese intervenido en beneficio propio. Las penas que se prevén incluyen desde la clásica pena de multa, la suspensión de actividades o prohibición de participar en licitaciones, la disolución hasta la publicación de la sentencia condenatoria firme. La aplicación de la pena de disolución se puede dejar de lado cuando el mantenimiento de la actividad fuere indispensable o impostergable, es decir, por razones de interés público o social.

Por su parte, el proyecto del senador Luenzo incluye una cláusula del actuar en nombre de otro, en consonancia con lo previsto en el art. 57 de la ley 24.051, cuando la infracción ambiental haya sido realizada por decisión de una persona jurídica.

En términos de balance provisorio de los proyectos enumerados que contienen una cláusula de responsabilidad penal de la persona jurídica podemos agregar que ninguno de los proyectos resulta convincente desde la perspectiva de una regulación autónoma de la responsabilidad de la empresa.

El proyecto de ley especial del senador Rodas basado en el anteproyecto de código penal de 2012 presenta la dificultad de no ofrecer criterios de imputación para la actuación de la persona jurídica, de modo singular debemos recordar que el citado anteproyecto de 2012 no preveía en su normativa esa forma de responsabilidad colectiva.

En cuanto al proyecto de la senadora Crexell, sin duda cumple con los estándares exigidos en materia de taxatividad de los criterios de imputación penal para la empresa al recoger la técnica legislativa ya utilizada en la redacción de la determinación de la responsabilidad penal colectiva en la ley 27.401. Sin embargo, faltaría aclarar o agregar la posibilidad de imitar el sistema de integridad previsto en ella, sumado a los aspectos particulares de orden constitucional vinculados con la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio de la persona jurídica acusada de delito ambiental.

Por último, respecto de la regulación de la infidelidad del funcionario ambiental, casi todos los proyectos de ley (senadores Luenzo, Crexell y Rodas) prevén en su seno normativo un tipo especial de violación dolosa de los deberes positivos en materia ambiental por parte del funcionario competente.

Como ya adelantamos, esta previsión resulta contraproducente para los fines retributivos y preventivos asignados a la pena, ya que se crea un marco de impunidad o tolerancia a la actuación del funcionario con competencia ambiental que autoriza de manera dolosa o a sabiendas una actividad industrial contaminante, o bien incumpla con su mandato de tutela del medioambiente al omitir la aplicación de la normativa legal o reglamentaria vigente en materia de seguridad ambiental.

El límite superior de la escala penal prevista para el delito de infidelidad del funcionario ambiental no supera el promedio de los tres años de prisión en los proyectos analizados, mientras que como correlato la pena del delito doloso de contaminación establece un arco punitivo que va desde los ocho años hasta los cinco años de prisión en su máxima expresión, sin contar con la concurrencia de causales de agravación de la pena en razón de la gravedad del daño ambiental.

Salvo en el proyecto del senador Luenzo que regula en el art. 318 una figura agravada de infidelidad del funcionario ambiental en el obrar doloso en la aprobación de un informe de impacto ambiental en inobservancia de la ley o el reglamento aplicable, en general las penas de prisión y la de inhabilitación especial conjuntas son demasiado benévolas para la trascendencia y la significancia del actuar en violación de los deberes positivos del funcionario ambiental que con su accionar no solo infringe esos deberes funcionales en el ejercicio de su competencia, sino que también contribuye de manera directa en la contaminación dolosa de los terceros a los que debería controlar y así lesiona el bien jurídico tutelado medioambiente que debería proteger.

7. La trascendencia del Acuerdo de Escazú para el derecho ambiental argentino

Luego del repaso sobre el estado actual de la cuestión jurídico-penal en nuestro país y el análisis de las fortalezas y debilidades de los proyectos de ley medioambientales en materia penal, corresponde ahora dedicarnos de manera breve a la larga luz que proyecta el citado Acuerdo de Escazú en nuestro sistema judicial.

Seguramente no se le habrá escapado al lector que más allá de las buenas voluntades que existen en materia de regular de manera sistémica el derecho penal ambiental y la necesidad de sancionar de manera urgente a las personas jurídicas que son los verdaderos agentes contaminantes, amén de no crear un santuario de impunidad para los funcionarios ambientales corruptos o que incumplen con sus deberes institucionales, existe otro aspecto de la misma cuestión que todavía no ha sido analizado y que se vincula con el sentido y el alcance del Acuerdo de Escazú y su impacto en la estructura del Poder Judicial y la necesidad de adoptar de manera urgente una política institucional que haga realidad el espíritu que guio la mano que redactó el primer tratado regional sobre la protección del ambiente en general.

Unas breves apostillas sobre la incidencia real del Acuerdo de Escazú.

La primera y más obvia. La necesidad de crear un fuero especial ambiental. Si ese fuero debe ser multicompetencia o no es algo que deberán resolver el Poder Legislativo nacional y provinciales, pero no cabe duda que una efectiva protección del medioambiente debe ir acompañada de la creación de una estructura judicial acorde a los tiempos que corren. Esa es la tendencia en general que existe en nuestro país y en el mundo de crear fiscalías especializadas (v. gr., UFEMA) y tribunales ambientales (por ejemplo, en nuestro país, la provincia de Jujuy creó los primeros juzgados ambientales mediante la ley 5899/2015; la provincia de Córdoba habilitó el primer juzgado de faltas ambiental; en El Salvador con el decreto 684 se puso en funciones la Jurisdicción Ambiental; algo similar ocurre en Chile mediante la ley 20.600; Costa Rica y la Ley Orgánica del Ambiente, ley 7554), amén del proyecto de ley para crear el fuero ambiental a nivel federal en Argentina¹⁵. En particular, creemos que la mejor solución es crear una jurisdicción ambiental integral, que posibilite al acusador público optar por la vía penal, civil o administrativa, en función de la naturaleza y la gravedad del caso. De esa manera se evita la sempiterna burocracia judicial en la adopción de medidas cautelares como la clausura de establecimientos o actividades contaminantes hasta la más extrema el dictado de encarcelamientos preventivos o prohibición de salir del país. Se quiere evitarse la falta de respuesta judicial frente a la contaminación ambiental, entonces debe concentrarse todos los recursos humanos y técnicos en un único fuero que pueda decidir de manera temprana y con la urgencia que amerita el caso sin caer en el conflicto de competencias o, lo que es aún peor, de jurisdicción.

Sobre esto último, el Acuerdo de Escazú fija las directrices fundamentales del problema de la jurisdicción ambiental, en especial, al promover la creación del defensor oficial ambiental, cuya misión especial será la de representar los intereses medioambientales fruto de una concepción ecocéntrica. En nuestro parecer, esa función debe estar enfocada de manera primordial en la tutela general del ambiente, ya que la tutela de los derechos individuales de las personas afectadas por la actividad

¹⁵ S-212/18.

contaminante ya se encuentran debidamente resguardadas y aseguradas no sólo por la actividad del fiscal, la posibilidad de asumir la calidad de querellante, sino que la ley 27.372 que regula los derechos y garantías de la víctima de delito crea el cargo de defensor oficial victimal para asegurar el resguardo de los derechos de la víctima. En consecuencia, debemos tener cuidado de complejizar el proceso ambiental en general, y el penal en particular, con la suma aritmética de actores que transforme un procedimiento rápido y eficaz en uno moroso e ineficiente.

En ese aspecto, el art. 8 del Acuerdo de Escazú establece la necesidad de asegurar el acceso a la justicia en asuntos ambientales, de un modo singular, ese acceso a la justicia deberá contar, según su apartado 3, inciso a), con “órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental [...]”. De esa manera, el acuerdo regional fija una cláusula programática aplicable a cada uno de los Estados parte que importa la implementación de un servicio de justicia de excepción en asuntos ambientales. Los principios de efectividad, oportunidad, publicidad, transparencia, imparcialidad y sin costos prohibitivos constituyen las directrices del proceso ambiental.

La jurisdicción con competencia ambiental viene impuesta por la naturaleza y el alcance de los intereses jurídicos en juego. No sólo frente a la contaminación ambiental ya consumada y lo imperioso de adoptar medidas preventivas que impiden que el daño ambiental alcance cotas irreversibles, sino desde el análisis de los aspectos más sencillos vinculados con el acceso a la información y el deber institucional del Estado de suministrarla (art. 5 del Acuerdo de Escazú), que incluye, a nuestro juicio, el deber de solicitar a terceros privados la información necesaria y adecuada para determinar la viabilidad ambiental del proyecto.

Desde una perspectiva ecocéntrica, el art. 9 del Acuerdo de Escazú establece la necesidad de “garantizar un entorno seguro y propicio en que las personas, grupos y organizaciones que promueven y defienden los derechos humanos en asuntos ambientales puedan actuar sin amenazas, restricciones e inseguridad”. Esa concepción viene confirmada por lo estipulado en el art. 8, apartado 3, inciso c), que garantiza la “legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente, de conformidad con la legislación nacional.” En definitiva, el acuerdo regional recurre a la participación de los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales que, desde la proyección punitiva, debería traducirse en la creación de cargos de defensores oficiales ambientales, más allá de la actuación concertada con otras organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa del medioambiente.

Por último, una cuestión de particular trascendencia es la adopción de un sistema de resolución de conflictos alternativo, entre nosotros, a la sanción punitiva. En efecto, el Acuerdo de Escazú establece el deber de promover “mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la

mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias.”

Esta cláusula recepta el sistema de la justicia restaurativa cuyas bondades pueden ser de gran provecho en materia de daño ambiental. Basta decir que el art. 59, inciso 6, del Código Penal regula como causal de extinción de la acción pública la aplicación de la conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad a las leyes procesales vigentes, es decir, el sistema punitivo en su conjunto, si para ello incluimos al derecho contravencional (arts. 40 y 41 CABA), renuncia a la solución convencional del binomio absolución/condena, que generalmente no deja satisfechas a las partes, y en su lugar promueve el consenso en la búsqueda de soluciones más ajustadas a la realidad e intereses de los principales actores del proceso, con especial referencia a la condición de víctima (ley 27.372).

Sin embargo, de los cuatro proyectos de ley sobre Derecho penal ambiental, uno de ellos rechaza de manera expresa la posibilidad de admitir la mediación o la conciliación frente a la contaminación o el daño ambiental. En nuestra opinión, la justicia restaurativa expresada en la implementación de los mecanismos de resolución de conflictos alternativos a la pena pueden ser de mucha eficacia si se tiene en cuenta la perentoriedad impuesta por el delito ecológico. Si uno debe esperar la culminación del proceso en general, que en materia ambiental puede demandar años como lo demuestra nuestra realidad circundante, la absolución o la condena, o bien la obligación de reparar en cabeza del sujeto contaminador puede frustrar las expectativas de las personas afectadas y las necesidad de las relaciones simbióticas entre los componentes que integran el ambiente en general.

Quizá el viejo refrán “mejor un mal arreglo que un buen juicio” puede aplicarse de manera consistente con la realidad medioambiental. La empresa contaminadora puede desaparecer, abandonar sus actividades en nuestro país o directamente insolventarse o sufrir quebranto económico, en definitiva, en cualquiera de las hipótesis enumeradas, se frustró la posibilidad de una reparación integral del medio ambiente. En consecuencia, aplicando una *Realpolitik*, una vez que se provoca un daño ambiental, lo más urgente es detener las consecuencias negativas de la contaminación y lograr una rápida solución para los intereses de los afectados y el medioambiente. Ambos objetivos pueden satisfacerse de manera adecuada y proporcional si el sujeto contaminador es convocado para participar de los mecanismos de solución de conflictos como la mediación o la conciliación, y así obtener una respuesta más eficaz.

La solución actual pasa por procesar a los empleados, ejecutivos de rango inferior de la empresa contaminadora por los delitos de contaminación imprudente (art. 56 ley 24.051), mientras que los funcionarios ambientales provinciales o nacionales podrán responder por el incumplimiento de los deberes de funcionario público (art. 249 del Código Penal), en el mejor de los casos, salvo que puede comprobarse una situación de colusión (arts. 256 y 258 del Código Penal y ley 27.401). En

cualquier caso, la solución dista de ser satisfactoria y menos aún cumple con los estándares fijados por nuestro sistema jurídico para lograr una reparación integral del daño ambiental.

8. Reflexión final

La entrada en vigencia el pasado 22 de abril de este año del Acuerdo de Escazú, ratificado por nuestro país el 25 de septiembre de 2019, ofrece nuevas herramientas jurídicas para salvaguardar el medio ambiente y lograr una participación ciudadana con mayor conciencia ambiental. El acceso a la información, la participación en los procesos en donde se debate de manera transparente y pública los proyectos ambientales; el acceso a la información adecuada sobre los riesgos inherentes a la actividad industrial, cuyo deber institucional reposa en cabeza del Estado nacional o provincial, permite proyectar de manera más ajustada una evaluación del potencial daño ecológico; así como el derecho al acceso a la justicia especializada para hacer operativo el ejercicio de los derechos enumerados en el acuerdo regional vinculados con la tutela integral del ambiente representan un salto cualitativo en la misión constitucional en la protección integral del medio ambiente, al mismo tiempo que, desde el punto de vista cuantitativo, cristaliza la base sólida sobre la que se construirá todo el edificio de la tutela efectiva del medioambiente como derecho de tercera generación.

De singular importancia es el hecho de la necesidad de diseñar y poner en funcionamiento una justicia ambiental o justicia *verde*. El Acuerdo de Escazú fortalece esa visión institucional con el agregado de la creación del defensor de derechos humanos en materia ambiental, que si bien promueve la intervención de personas, asociaciones o instituciones dedicadas a la salvaguarda de los derechos ambientales, entendemos que en el caso de la competencia múltiple que puede tener asignada esa justicia ambiental sería adecuado la creación de un cargo de defensor oficial del ambiente para legitimar de manera activa los derechos colectivos con el objeto de representar al mismo ambiente, en un sentido holístico, como sujeto activo del proceso. Recuérdese que la reparación de los daños ocasionados a las personas físicas a causa de la contaminación ambiental sólo soluciona una parte del problema, pero no el problema de fondo constituido por la afectación del entorno ambiental, con arreglo a lo previsto en nuestro art. 41 de la Constitución Nacional.

Respecto de los proyectos de ley en materia ambiental con estado parlamentario, el balance es positivo. El debate en la Cámara Alta de los cuatro proyectos referidos es un buen síntoma de la necesidad político-criminal de actualizar el Derecho penal ambiental en el sistema jurídico argentino que estaba condenado al ostracismo mediante una legislación de emergencia fragmentada e ineficaz para hacer frente a los nuevos desafíos de la contaminación industrial y los nuevos actores que se suman al elenco en la protección integral del medioambiente.

La necesidad de asumir una postura eco-antropocéntrica es ineludible. Deberá evitarse caer, como lo han hecho algunas legislaciones penales

en el derecho comparado, en el abuso de la construcción de delitos de peligro abstracto o en la categorización de delito las meras desobediencias administrativas con el único propósito de reforzar el ejercicio del poder de policía en cabeza de la autoridad de contralor ambiental.

No es necesario, a nuestro juicio, una regulación especial de la responsabilidad del funcionario ambiental, por lo menos, en los proyectos que la incluyen, la escala punitiva seleccionada le tiende un puente de impunidad frente a la participación necesaria en la contaminación dolosa ajena, amén de que esa actuación infiel estará vinculada de manera indiscutible con el soborno público a cargo de la empresa contaminante.

Last, but not least, si se pretende diseñar una política criminal eficiente en la lucha contra la criminalidad verde será necesario incorporar la regulación de la responsabilidad penal de la empresa como sujeto contaminante indiscutido, cuyas capacidades económica y tecnológica son las que mejor la posicionan para desarrollar una explotación racional y sustentable del medioambiente al integrar un consorcio mixto virtuoso junto al Estado con el objeto primordial de asegurar los derechos colectivo e individual de un ambiente sano amparado por nuestra constitución.