

**TITULO: ANALISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.**

**TEMA: PARTE ESPECIAL: DELITOS CONTRA EL AMBIENTE:** Contaminación y otros daños al ambiente -arts. 444 a 445-, Delitos contra la biodiversidad -arts. 446 a 452-, Delitos contra la fauna silvestre u otros animales -arts. 453 a 456-, Maltrato y crueldad con animales -art. 457,- Delitos contra los bosques nativos y protectores -art. 458-, Delitos contra el patrimonio genético -art. 459-, Definiciones y disposiciones generales arts. 460 y 461.

**AUTORES: FERNANDA PRACK, NICOLAS QUINN Y LORENA RUIZ PAZ**

#### **1.- Generalidades vinculadas con la reforma propuesta**

El Título XXIII incorpora los “Delitos contra el ambiente”, comprendiendo los delitos de Contaminación y otros daños al ambiente (Capítulo 1); Delitos contra la biodiversidad (Capítulo 2); Delitos contra la fauna silvestre u otros animales (Capítulo 3); Maltrato y crueldad con animales (Capítulo 4); Delitos contra los boques nativos y protectores (Capítulo 5) y Delitos contra el patrimonio genético (Capítulo 6). Los Capítulos 7 y 8, contienen definiciones y disposiciones generales, respectivamente.

El cuidado del planeta en general, en todas sus manifestaciones, ha calado en la conciencia social, con idas y vueltas en los Estados –nacionales, provinciales y municipales-, y no resulta en absoluto extraño que nuestros hijos nos exijan actos que acompañen ese cuidado que, por el catastrófico descuido o destrucción de la actividad humana, resulta una emergencia impostergable.

Desde ese punto, se abre el debate a un nuevo Proyecto de Código Penal, en cuyo Título XXIII se presentan los “Delitos contra el Ambiente”.

Como primera observación, entendemos como paso imprescindible y positivo, que en el presente proyecto (P. 2018 a partir de ahora), se deje de hablar del “medio ambiente”, y se entienda al “ambiente” –sin aditamentos innecesarios- como el objeto de protección.

Así, se corre el eje histórico de protección que, en materia penal al tratarse el tema “ambiental”, tenía por objeto principal la protección la “salud” de las personas y coloca al “ambiente” como quicio esencial alrededor del cual girará la extensa e intensa malla de protección legal y sanción penal del ambiente como bien independiente a ser protegido.

Otro aspecto positivo a considerar desde el ámbito metodológico de legislación, es que se ha evitado y superado la costumbre de apelar a una ley especial. Las leyes especiales contenían las pretendidas disposiciones autosuficientes en la materia –en este caso ambiental- con alguna norma de carácter penal; en cambio, en el P. 2018 se observa la clara intención de que las disposiciones contenidas sean autosuficientes en materia penal, aun cuando resulte necesario dilucidar elementos normativos para conocer de manera adecuada, de acuerdo con el principio de legalidad contenido en el artículo 18 y concordantes de la Constitución Nacional, cada artículo en su cabal significación y el título *in totum* en su armónica interpretación.

Ahora bien, esta circunstancia –la inclusión pretendidamente “autosuficiente” de la materia ambiental- trae aparejada una contracara que cuenta con matices que merecen una reflexión más prudente.

En efecto, resulta evidente que la materia “ambiental” ha cobrado, desde hace tiempo, notable e imprescindible relevancia. Desde todos y cada uno de los ámbitos en que es tratada, nos invade una sensación de preocupación, decepción, sorpresa y una inmediata necesidad de actuación, a nivel local, regional y global.

Es por ello que se entiende la impronta de abarcar y atacar el problema desde una mirada completa, abarcativa y totalizante. Es que, desde este presupuesto, no es otro el camino a seguir, si tenemos en consideración que gran parte de las conductas que destruyen nuestro planeta, el agua, el suelo y el aire comienzan con actos insignificantes. Ni bien damos un paso más allá de ese primer acto inocuo, se nos presenta el panorama en su real dimensión. Aquella “insignificancia” deriva en una sumatoria, en una adición, que transforma a los actos acumulativos, desde el primero hasta el último, en aptos para poner en peligro o vulnerar el bien jurídico que se pretende proteger: el ambiente.

Dicho panorama no puede perderse de vista.

Pero, a su vez, impone al legislador una prudencia afinada. Desdeñar el cuidado que exige una legislación adecuada para una eficaz protección, puede hacer incurrir al creador de normas en un exceso de celo y en una consecuente producción de una verdadera normativa “de emergencia”, que podrá presentar aristas con cuestionamientos constitucionales en un Estado Social y Democrático de Derecho.

No afirmamos que en el P. 2018 se tuerce la Constitución. Simplemente alertamos sobre el peligro que puede encarnar y que debe ser considerado. Como hemos dicho, intentar legislar absolutamente todo, todas las conductas posibles, desde la primera a la última, debe encender las luces de peligro, si no en este análisis primigenio, en un estudio ulterior de necesaria discusión.

Otro de los puntos que merece ser señalado, es aquél que se verifica en la redacción de todos los tipos penales, al afirmar: “*El que, infringiendo leyes o reglamentos nacionales o provinciales especiales protectores del ambiente ...*”, circunstancia que nos indica una norma penal en blanco que, recordemos, se da cuando el tipo penal se construye con referencia a una norma complementaria a la penal. En el caso, por lo específico de la temática, por lo extenso, variado y diverso del territorio nacional, su suelo, subsuelo, agua, aire, flora y fauna, y por el carácter federal de la normativa adecuada a cada geografía, resulta imprescindible la remisión a leyes y reglamentos nacionales o provinciales.

A ello, debe sumarse que la remisión “en blanco”, da una garantía de que los actos entendidos como “inocuos” no se verán comprendidos en las sanciones penales. Se cuenta así con una valla de contención que, sin perjuicio de otros tipos de reacciones estatales que pudieran darse, garantizan que no será cualquier acto etiquetado como de carácter ambiental el que será criminalizado.

## **2.- *Los tipos penales que incluye el proyecto***

**2.1.-** En el Capítulo 1 se observa que se ha abandonado el verbo “contaminare”, que ha quedado fijado en el título del “Capítulo” –Contaminación y otros daños al ambiente-, y ha sido desplazado por toda una serie de conductas específicas.

- En su oportunidad la ley 24.051 de desechos peligrosos utilizó –en su art. 55- el verbo “contaminara”, aunque lo hizo acompañado por “envenenare” y “adulterare” como conductas típicas, siempre que fueran “de un modo peligroso para la salud”.

- El Proyecto Zaffaroni (P. 2012), por su parte, incluía en el cuerpo principal a la “contaminación” y en su artículo 204 indicaba que sería penado “quien violando leyes o reglamentos (...) contaminare...” (verificar el “peligro para la salud”)

- El “Proyecto Ferrajoli”, como se conoce el presentado en 2007, estipulaba en su artículo 206 como “contaminación”, que sería penado al que contaminare, degradare – gravemente- superando los límites normativos en perjuicio de la integridad ecológica de los sistemas naturales, protegiendo la “integridad ecológica de los sistemas naturales”.

Así, el P. 2018 tipifica “el que (...) provoque o realice” ocho conductas distintas que afecten negativamente la atmósfera, suelo, subsuelo o aguas. Las conductas son las de provocar o realizar emisiones, vertidos, vibraciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, inyecciones o depósitos. Para comprender el tipo penal, deberá acudirse a disposiciones ajenas a la propia norma que definan los términos utilizados en la ley. No parece ser una enunciación descriptiva, sino que parece tratarse de un *numerus clausus*, pues no incluye “o cualquier otra ...”, que indica el carácter meramente enunciativo. Pero a su vez se muestra como extensa y abarcativa.

Impone que se causen “daños graves”, indicación que intensifica aquella observación realizada *supra* sobre la valla inferior de conductas inocuas y que especifica aún más la intensidad real con la que debe contar la conducta típica.

Este punto profundiza la idea de que el P. 2018 se aparta de una consideración de “delito de peligro abstracto” y se acerca más a lo que se entiende como “delito de peligro concreto” o incluso podría ser tenido como delito de “lesión” (daño).

El problema, en los delitos ambientales, es que el primer acto, aparentemente inocuo, afecta al bien jurídico de la misma forma que el último acto. La sumatoria de todos ellos lleva al aspecto del ambiente afectado al estado final. Pero todos ellos tienen injerencia en el resultado. Por eso, deberá interpretarse cuidadosamente si “daños graves” es una conducta final mínima que fue realizada sobre un presupuesto ya contaminado –por

ejemplo-, o también lo será una conducta inicial de igual intensidad pero realizada sobre un presupuesto prístino y no contaminado. O si ninguno de los dos casos es el comprendido en la norma y el acto “en sí” debe ser considerado apto para provocar “daños graves” en el ambiente de acuerdo a la infracción normativa señalada. Ésta última parece ser la solución que más se ajusta al sentido de la norma.

De todas formas, la mensuración de la pena, a la cual haremos referencia en breve, nos hace pensar que el abanico de supuestos, puede estar abierto a las otras posturas.

La alarma con relación a las legislaciones de “emergencia” a la que ya hemos hecho referencia, se reflejan en una cierta sorpresa que causa la pena que se atribuye a las conductas básicas: de 1 mes a 5 años de prisión –más multa-. La brecha que existe entre el mínimo y el máximo parece indicar que una gama demasiado amplia de conductas quedan incluidas en la norma penal, y que quedará a criterio del juzgador el aplicarle el monto de pena de acuerdo al criterio de proporcionalidad que estime pertinente.

Para aquellos casos en los que se utilicen residuos “legalmente calificados” como radiactivos, peligrosos o industriales para desarrollar las conductas tipificadas, las penas se modifican y ascienden a 2 a 10 años de prisión y de 3 a 10 años cuando, ahora sí, exista algún peligro para la “salud humana”.

Los casos de muerte llevan a mensurar la pena de entre 10 a 25 años de prisión, dejando expresamente asentado que “no rige” para vehículos automotores, ferroviarios, aéreos o marítimos.

Con relación a los culposos, el art. 445 del P.2018 reducen las penas “en un tercio”, por lo que sería de 20 días a 40 meses de prisión.

El Proyecto “Zaffaroni” estipulaba para los delitos culposos –art. 204.5. 2ª parte-, la reducción de 1/3 del mínimo y la 1/2 del máximo para todos los delitos. El tipo básico, implica así una pena de 1 a 4 años de prisión.

El Proyecto “Ferrajoli”, por su parte, estipulaba –art. 207- penas de 1 mes a 2 años de prisión para el caso en que los hechos fueran culposos.

Ya hemos hablado de lo inconveniente de una mensuración tan amplia de la pena, con mínimos tan bajos y máximos altos y las dificultades que ello acarrea.

Repetimos aquí lo ya reflexionado en ese aspecto, aunque si tal estándar fuera utilizado con prudencia, podría hacer justicia de manera proporcional para cada caso que se presente. El afán de abarcarlo todo y de criminalizarlo todo es el “peligro” que debe tener siempre atento a quien debe aplicar la norma con la medida del caso.

**2. 2.-** Por otra parte, el Capítulo 3 del anteproyecto analizado, incorpora los delitos contra la fauna silvestre u otros animales. La conducta prohibida es la de cazar o pescar animales de la fauna silvestre en período de veda, en extinción o peligro de extinción o migratorias –en cualquier tiempo- en campo ajeno sin autorización o en lugares prohibidos o protegidos y utilizando armas, artes o medios prohibidos.

Tal como se observa, se sigue sustancialmente el P. 2012, manteniéndose las conductas de la Ley 22.421 de Conservación de la Fauna, pero elevando las penas y reestructurando los artículos en forma más precisa (tal como lo había hecho el mencionado anteproyecto).

Cabe señalar que la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (aprobado por ley 22.344) regula el comercio de especies en extinción o peligro, reconociendo que la *"fauna silvestre"* constituye *"un elemento irremplazable en los sistemas naturales de la tierra, tiene que ser protegida por esta generación y las venideras"*. Contiene tres apéndices que incluyen el listado de especies en peligro de extinción, aquellas que si bien en la actualidad no se encuentran necesariamente en peligro de extinción, podrían llegar a esa situación a menos que el comercio esté sujeto a una reglamentación; otras especies no afectadas por el comercio, que también deberán sujetarse a reglamentación y todas las especies que cualquiera de los estados parte manifieste que se hallan sometidas a reglamentación dentro de su jurisdicción.

Los estados parte, asimismo, se comprometen a sancionar el comercio o la posesión de tales especímenes y a prever la confiscación o devolución al Estado de exportación de dichos especímenes.

Volviendo al P. 2018, cabe señalar que, a continuación se incorporan determinadas conductas no previstas bajo la Ley 22.421, siguiendo en este punto, también, el anteproyecto de 2012.

Los nuevos comportamientos que se tipifican son los de: impedir o dificultar la migración de animales de la fauna silvestre, acuática o de una especie en peligro de extinción; alterar o procurar alterar genéticamente una especie silvestre o en peligro de extinción y dañar o destruir un nido, refugio, o criadero natural o alterar su hábitat.

También se prevé una agravante que corresponde a los arts. 25 y 26 de la ley 22.421 y al inc. 3 del P. 2012 (en ambos supuestos, a diferencia de la ley vigente, para la aplicación de la agravante en el caso de la utilización de armas, artes o medios prohibidos se requiere que éstos sean idóneos para provocar “perjuicios en la especie de la fauna silvestre o en un área protegida”; ampliando la punibilidad agravada que tanto en el P. 2006 como en el 2012 se limitaba a medios especialmente dañosos).

Por otra parte, se mantiene la conducta del art. 27 de la Ley 22421, pero a diferencia de lo que se reguló en el P. 2012 no se exige un beneficio para el agente.

Existen algunos pocos antecedentes jurisprudenciales vinculados con las conductas que ya se encontraban contenidas en la mencionada ley de Conservación de la Fauna. En este sentido, sobre la constitucionalidad de esta ley dictada durante el último gobierno de facto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expresó en favor de la constitucionalidad de la ley 22.421, en el fallo “Pignataro” (Fallos: 314:1257).

Por otro lado, la ley 26.447 modificó el art. 35 de la Ley 22.421, extendiendo la aplicación de sus normas penales a los parques y reservas nacionales.

**2. 3.-** A continuación, el P. 2018 incorporó las conductas previstas por la antigua Ley de Maltrato y Actos de Crueldad a los animales (Ley 14346; tal como lo había hecho el P. 2012). En este mismo capítulo se incorpora la más reciente prohibición de carrera de perros (Ley 27.339).

Con respecto a las figuras contenidas en la primera ley indicada, éstas son incorporadas en forma prácticamente idéntica con una pena mayor, agravando la sanción

para los casos de actos de crueldad (para los cuales la ley vigente prevé una pena de quince días a un año, al igual que para la conducta de infligir malos tratos; el P. 2018 prevé una pena máxima de dos años para los malos tratos y de hasta 4 años para la realización de actos de crueldad). La clásica distinción entre actos de maltrato y actos de crueldad que contiene la ley vigente fue incorporada en el art. 460, inc. 3 y 4, respectivamente, al tratarse las definiciones vinculadas con el título.

Tal como se señaló en la exposición de motivos del P. 2012 en el derecho comparado la punición de estas conductas se encuentra prevista desde el siglo XIX y su importancia quedó plasmada en la Declaración Universal de los Derechos del Animal (UNESCO), luego adoptada por la ONU en 1978.

Por su parte, la prohibición de carreras de perros se incorpora con una pena menor a la actualmente prevista de 4 años y multa (el P. 2018 prevé la misma pena que para los malos tratos con un máximo de hasta 2 años).

En ambos casos, se trata de delitos cuya competencia para ser investigados y juzgados ha sido transferida por la Nación a la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

**2. 4.-** El art. 458 del P. 2018 regula en dos apartados de 3 incisos cada uno, los delitos contra los bosques nativos y protectores. Sigue con matices el P. 2012. El P. 2006 regulaba en forma más breve el daño en formaciones vegetales (ver art. 210).

Si bien el capítulo alude a “bosques nativos y protectores” la regulación parece ser un poco más amplia ya que en ocasiones refiere a la “flora silvestre”, “ejemplares de flora de una especie protegida o en peligro de extinción.”

El proyecto de 2006 sancionaba el daño forestal, mientras el P. 2012 incorpora más conductas que son seguidas por este anteproyecto pero con una redacción distinta. De esta manera se incrimina la conducta de talar bosques en términos similares al proyecto de Zaffaroni y es en este proyecto en el que se incorporan las penas ya que la ley 26.331 sólo contempla sanciones administrativas.



**2. 5.-** Finalmente, el Capítulo 6 trata los delitos contra el Patrimonio Genético. Si bien el Título de los delitos contra el ambiente posee un capítulo dedicado a “definiciones” (capítulo 7), en él nada se dice en relación a patrimonio genético; por lo que consideramos que podría resultar de gran utilidad contar con su definición en dicho capítulo.

Cabe aclarar que el P. 2012 incorporó la mención de los recursos genéticos al regular los delitos contra la fauna silvestre, acuática u otros animales. Así, el inc. 2, ap. d) del art. 206 mencionado más arriba, proyectaba sancionar a quien comerciare o de cualquier forma se beneficiare de los especímenes, restos, productos o partes de los recursos genéticos de la fauna silvestre.

Al respecto, la ley 27.246 que aprueba el protocolo de Nagoya (sobre el acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio sobre la diversidad biológica, celebrado en Nagoya, Japón, el 29 de octubre de 2010 y consta de 36 artículos y un anexo) tiene como principal objetivo la participación justa y objetiva de la utilización de los recursos genéticos. En él se reconoce la importancia de proporcionar seguridad jurídica respecto al acceso a los recursos genéticos, y destaca la importancia de los recursos genéticos para la seguridad alimentaria, la salud pública, la conservación de la diversidad biológica y la mitigación del cambio climático y a la adaptación a este.

El artículo 2 de dicho convenio estipula que por “utilización de recursos genéticos” se entiende la realización de actividades de investigación y desarrollo sobre la composición genética y/o composición bioquímica de los recursos genéticos.

En consecuencia, el artículo 459 del proyecto 2018 recepta la protección prevista por la ley 27.246 imponiendo pena de prisión de uno a seis años y doce a setenta y dos días-multa al que “sustrajere o comercializare maliciosamente recursos genéticos”. Puede destacarse la presencia del término “maliciosamente” que es el que limita la conducta permitida.

### **3.- Conclusiones preliminares**

- 3. 1.** Desde un aspecto terminológico, pero que entendemos como estructural, vemos como positivo que el bien jurídico a proteger sea “el ambiente” y no “el medio ambiente”.
- 3. 2.** Asimismo que la protección sea del “ambiente” en sí y no sólo cuando estuviera referido a la salud humana.
- 3. 3.** Desde un punto de vista metodológico, la inclusión de los tipos contra el “ambiente” en el cuerpo del Código Penal y no incluidos aparte en una ley especial debe ser destacada.
- 3. 4.** Ya con relación a los tipos penales, la referencia a “... *la infracción a la norma nacional o provincial en general...*”, garantiza que la extensión, diversidad y particularidad de cada región verá protegido su ambiente, de acuerdo a su propia realidad, sin depender de una sola norma general, circunstancia que torna a la protección en posible y garantiza el carácter, no formal sino verdaderamente federal de la norma.
- 3. 5.** La caracterización de “*daños graves*” como elemento del tipo penal implica que, a pesar de la mensuración mínima tan baja de la pena (1 mes de prisión), se excluyan conductas inocuas. Habrá que ver, por un lado, qué contenido se le otorga a “graves” para que se supere un derecho penal simbólico y, por otro, la necesidad de que intervenga el derecho penal en casos que podrían ser entendidos como de “peligro abstracto” pero cuya sumatoria causarían un daño grave al ambiente.
- 3. 6.** Consideramos necesario asegurar que la amplitud de la pena a aplicar (1 mes a 5 años de prisión), no se transforme en una verdadera disposición “de emergencia” y que, sorteando el requisito de “daño grave” requerido, cualquier conducta pueda ser considerada como tal. Así, la trilogía: a) la infracción a la norma nacional o provincial en general: b) requisito de “daño grave”; c) pena de 1 a 5 años de prisión, deberá ser armonizada de forma proporcional y de conformidad con la prudencia pertinente en un Estado Social y Democrático de Derecho.
- 3. 7.** Las penas previstas para las agravantes y formas culposas, más allá de lo ya observado respecto de las penas en el tipo básico, se observan como proporcionales a ese tipo básico.