

**Elías Germán Grafeuille**

**Delitos Penales  
contra el Medioambiente**  
*Inicio de un debate necesario*



**Juris online**

*información y capacitación jurídica desde 1952*

[www.editorialjuris.com](http://www.editorialjuris.com)

**INSTITUCIÓN FORMADORA DE MEDIACIÓN N° 27**  
Según Resolución N° 28 del Ministerio de Justicia y DD.HH. de Santa Fe

### **JURIS ONLINE**

Doctrina, jurisprudencia y libros por suscripción:  
consulta ilimitada de:

- JURISPRUDENCIA rosarina, provincial y nacional.
- DOCTRINA seleccionada de autores locales y nacionales.
- E-BOOKS GRATUITOS E-BOOKS PARA SOCIOS
- MODELOS de contratos y escritos judiciales
- Descuento en compra de libros y cursos

Para suscribirse  
ingrese a [www.editorialjuris.com](http://www.editorialjuris.com), cliquee  
en "ACCESO", "SOY NUEVO", y siga las instrucciones

Puede realizar búsquedas de prueba, sin cargo, en  
[www.editorialjuris.com](http://www.editorialjuris.com)

### **LIBRERÍA JURIS**

- Todas las editoriales jurídicas. Envíos a todo el país y al exterior**
- Todas las tarjetas de crédito en cuotas, telefónicamente.
- Transferencia bancaria. -Mercado pago

### **CENTRO DE ESPECIALIZACIÓN JURÍDICA JURIS**

Desde 1984, cursos jurídicos teórico-prácticos  
de entrenamiento profesional. Capacitación jurídica.

#### **CONSULTAS**

Las 24 hs.  341 6543087  [editorial@editorialjuris.com](mailto:editorial@editorialjuris.com)

#### **REDES SOCIALES: Juris online**

Instagram - Facebook - LinkedIn - Twitter



© Copyright by  
EDITORIAL LIBRERÍA JURIS  
de Luis Maesano

Moreno 1580 / S2000DLF Rosario  
Telefax 0341-4267301/2  
República Argentina  
editorial@editorialjuris.com  
www.editorialjuris.com

Edición diciembre 2020

Hecho el depósito que marca la ley 11.723.  
Derechos reservados.  
Prohibida su reproducción total o parcial.

edición rústica.

ISBN 978-950-817-438-3



Grafeuille, Elías Germán  
Delitos penales contra el medioambiente : inicio de un debate necesario / Elías Germán Grafeuille. - 1a ed. -  
Rosario : Juris, 2021.  
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga  
ISBN 978-950-817-438-3

1. Derecho Penal. 2. Derecho Ambiental. I. Título.  
CDD 345.0245



## ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo por Juan Manuel Almada</i> .....	8
<i>Agradecimiento</i> .....	10
<i>Palabras iniciales</i> .....	11
CAPÍTULO 1	
<i>Aproximación del Derecho Penal a la tutela del ambiente</i> .....	17
I. Primeras ideas - bien jurídico-penal a salvaguardar .....	17
II. Los delitos de peligro en la sociedad de riesgo y el ilícito ambiental .....	27
CAPÍTULO 2	
<i>El Derecho Ambiental dentro de la Constitución Nacional</i> .....	35
I. El texto de la Carta Magna y lo ambiental según su alcance .....	35
I.1 Derecho al ambiente y su correlato deber de preservarlo .....	37
I.2 El estado de la protección del ambiente antes y después de la reforma constitucional .....	40
II. Los alcances de poseer en la Constitución Nacional un Derecho al ambiente .....	43
II.1 Ambiente sano .....	44
II.2 Ambiente equilibrado.....	45
II.3 Apto para el desarrollo humano .....	46
II.4 Apto para las generaciones futuras .....	47
II.5 Su desarrollo sustentable .....	48
III. El Derecho constitucional al ambiente y las capacidades de su naturaleza jurídica .....	49
III.1 Ambiente como derecho subjetivo .....	49
III.2 La caracterización del ambiente en el marco constitucional .....	51
III.3 Deber de preservación .....	52

CAPÍTULO 3	
<i>El problema de los delitos ambientales y la administración estatal</i> .....	55
I. Situaciones incipientes de la cuestión .....	55
II. La interrelación entre lo administrativo y lo penal .....	56
III. La articulación de los ordenamientos en disputa .....	58
III.1 El ambiental y el administrativo .....	58
III.2 El administrativo y el penal .....	61
IV. Pensamientos finales .....	67
CAPÍTULO 4	
<i>El comportamiento típico y el injusto como presupuesto de atribución penal ambiental</i> .....	69
I. La acción contextual que subyace a los delitos e incluso a los medioambientales .....	69
II. La realización del tipo .....	72
III. La realización del tipo en los ilícitos ambientales .....	75
IV. El dolo y la imprudencia .....	77
V. El dolo y la imprudencia en los ilícitos ambientales .....	83
VI. Escenario de las causas de justificación .....	85
VII. Escenario de las causas de justificación en los ilícitos ambientales .....	90
CAPÍTULO 5	
<i>La culpabilidad y el marco de la misma en los reproches medioambientales</i> .....	93
I. Un pequeño desarrollo histórico con conceptualizaciones elementales .....	93
II. Determinación de culpabilidad que se acompaña .....	96
III. Excuso y ampliación respecto de lo ambiental .....	99
<i>Frases conclusivas</i> .....	105
BIBLIOGRAFÍA .....	110

## **Elías Germán Grafeuille**

Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), Doctor en Derecho (Universidad Católica Argentina), Magíster en Drogadependencia (Universidad Nacional de Córdoba), Diplomado en Delitos de Crimen Organizado (Universidad de Buenos Aires), Procurador (Universidad Nacional de Córdoba), y maestrando en Derecho Penal (Universidad Nacional del Litoral). Autor y coautor de libros. Autor de varios artículos doctrinarios, miembro de Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y disertante en varios seminarios de capacitación.

# **Delitos Penales contra el Medioambiente**

## ***Inicio de un debate necesario***



Juris online  
información y capacitación jurídica desde 1952  
[www.editorialjuris.com](http://www.editorialjuris.com)

## PRÓLOGO

Uno de los debates más importantes que atraviesan las diferentes ciencias en la actualidad es la preservación del medioambiente. En los últimos años, ha crecido de manera exponencial la importancia que las comunidades le otorgan al ambiente como así también a la necesidad de protegerlo. No sería descabellado pensar que uno de los grandes desafíos que enfrenta hoy la humanidad es la generación de verdaderos equilibrios entre el crecimiento económico y la protección de nuestro hábitat.

Ahora bien, cuando una comunidad identifica que cierto bien merece su tutela, existen diferentes herramientas a su disposición para cuidarlo y preservarlo. Dentro de ellas, sin lugar a dudas está la sanción de leyes. Ellas tendrán por objeto identificar ese bien, definir el alcance de la protección y determinar cuáles son los diversos mecanismos que se tienen para lograrlo. Dentro de los diferentes tipos de leyes a los que se puede recurrir a la hora de proteger bienes que son socialmente relevantes, el derecho penal puede resultar particularmente útil.

Quienes estudian derecho penal y particularmente dogmática penal, acuden a esta rama del ordenamiento jurídico en la creencia de que, cuando un bien o un derecho es incluido dentro de sus preceptos, este adquiere una protección especial y ello es así por cuanto quien lo menoscaba obtiene una consecuencia jurídica disvaliosa, comúnmente conocida como pena. Es por ello que este libro resulta de

una particular importancia, ya que busca analizar y dar respuesta a algunos interrogantes que pueden surgir al incorporar la protección de un bien jurídico como el medioambiente dentro de las prescripciones del derecho penal.

Criminalizar conductas es una tarea complicada ya que existen múltiples aristas que hay que atender. Algunas son propias de la técnica penal, mientras que otras se relacionan con las características del bien jurídico que se pretende custodiar. A su vez, frente a cada nueva legislación penal, surgen debates e implicancias antropológicas, sociológicas y hasta económicas. Grafeuille procura en su libro estudiar estas problemáticas, dando precisiones conceptuales de un tema que, como se dijo, resulta de suma importancia para el desarrollo de nuestra vida. De esta manera, en el texto podremos encontrar precisiones sobre qué entendemos por medioambiente como bien jurídico a tutelar, cuál es el contenido del Derecho Ambiental y por qué surge como imperiosa su protección y su deber de preservación. Encontraremos también un interesante recorrido por las posiciones más novedosas y actuales de la teoría penal alemana, que va tejiendo las bases para lo que luego será el análisis de los delitos que protegen el medioambiente.

El libro es novedoso también porque nos plantea una discusión muy interesante acerca de los límites de la intervención penal. Cuando el derecho penal se plantea criminalizar conductas surge siempre la duda

respecto de qué acciones deben ser puestas bajo la lupa del sistema penal y cuáles no, o dicho en otras palabras, cuál debiera ser el límite de la persecución penal. Una posibilidad que tiene notorio desarrollo es la del “principio del daño”: solo debieran ser punibles aquellas conductas que menoscaben o dañen los bienes jurídicos que merecen tutela. Ahora bien, cuando nos introducimos en el universo del Derecho Ambiental, veremos que necesitamos que las protecciones lleguen con la mayor antelación posible, de forma tal que la preservación y la prevención resultan indispensables. Es así como la sola lesión al bien jurídico comienza a ser insuficiente para la correcta custodia del ambiente, dando paso a la criminalización de conductas que se caractericen por ponerlo en riesgo.

¿Qué tipo de conductas son capaces de poner en riesgo al ambiente? ¿Cuándo ese riesgo creado justifica la intervención del derecho penal? ¿Qué clase de respuesta debe brindar el sistema penal ante una conducta riesgosa? Son algunos de los debates indispensables en esta materia y que Grafeuille desarrolla con detenimiento y cuidado.

Por último, uno de los probables beneficios de incluir un bien jurídico como el ambiente dentro de las protecciones del sistema penal, sería que las personas se verían desalentadas de llevar adelante conductas que pudiesen potencialmente dañarlo. Sin embargo, una afirmación como esta, debe poder preguntarse inicialmente por qué las personas obedecen normas penales. Ante ello estaríamos en condiciones de dar tres posibles respuestas. La primera de ellas sería que lo hacen por miedo o respeto a la sanción: para evitar la consecuencia desvaliosa que implica el castigo penal las personas adecúan sus conductas a la ley. La segunda de ellas, en función del respecto a la ley como autoridad categórica: las perso-

nas se identifican normativamente con ley, pero como autoridad y no en función de su contenido –cumpló con la ley porque es la ley-. La última respuesta es porque existiría un vínculo entre el contenido de la ley penal y las pautas normativas de las personas a las que esa ley se aplica: Los individuos cumplen la ley porque ella contiene sus valores.

La división no es tajante. Habrá individuos que respetan la ley por miedo a la sanción y también porque comparten los valores que ella custodia. Sin embargo, corresponde hacer una aclaración: no es posible sostener un sistema donde las normas penales se respetan solo por miedo al castigo o a la pena, al menos en el marco de un sistema penal respetuoso de derechos individuales mínimos. La ley penal debe aspirar a ser, entonces, una norma que los destinatarios puedan hablar en primera persona porque reconoce valores de la comunidad a la que pertenecen, de manera tal que su contenido sea compartido y no solamente impuesto.

Así, la criminalización de nuevas conductas que pretendan proteger un bien jurídico como el medioambiente, debe ir necesariamente acompañada de verdaderas campañas de concientización donde las personas puedan reconocer el valor de la protección del ambiente y de su preservación. Donde el contenido de la norma penal sea respetado, no porque debe evitarse el castigo, sino porque la salvaguarda de nuestro hábitat es prioridad para cada una de las personas que lo habitan. Grafeuille nos invita a discutir el tema. Aunque su mirada penalista pareciera enfocarse en la punición como mecanismo de protección, debo decir que son numerosos los pasajes en los que ingresa a debates que hacen a la legitimidad del derecho penal, a su rol como herramienta de la comunidad política y, en definitiva, a su utilidad social en la estrategia de preservación de nuestro medio.

JUAN MANUEL ALMADA

## AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Rubén y Rosa, por la vida; a mis abuelos paternos, Elías y Ramona, y maternos, Virginio y Elena, por su comprensión y cariño; a mi compañera de vida, Valeria, por su amor y paciencia; a mis hijos, Benjamín y Catalina, por su amor incondicional; y a mi familia, porque sin su valioso apoyo no podría haberme formado y continuar haciéndolo.

A las personas que han influido en mi carrera, en razón de la enseñanza entregada y de las circunstancias que llevaron a esa aprehensión, que me guiaron a la perseverancia y entrega en mis labores cotidianas.

Y especialmente, a mi hermano Mariano, quien con sus consejos y espíritu de lucha me demostró que solo se requiere de tesón y gallardía para ser feliz y vivir una vida plena.

Elías Germán Grafeuille

## PALABRAS INICIALES

El presente libro solo intenta esbozar un pequeño margen de las situaciones que nos va mostrando en el día a día la lucha por la protección del ambiente. Así las cosas, generalmente cuando pensamos en contaminación del medio ambiente la gran mayoría de la población no identificamos la delictuosidad del hecho, lo que redundará a todas luces en una cuenta pendiente por parte de las instituciones públicas y privadas de cara a la sociedad toda<sup>1</sup>.

Por ello, y atento que actualmente las situaciones problemáticas han desbordado la casuística administrativa, es que nuestro sistema legal, al igual que en muchos otros países, debe entre sus fines más próximos masificar la educación y comunicación en temas ecológicos, siendo menester también que el ordenamiento jurídico-penal responda con una tutela más amplia, específica, enérgica y coactiva a las cuestiones contaminantes.

No debe dejar de tenerse en cuenta que nuestro Código Penal vigente ya tiene una enmarcación del estilo pero el mismo parece insuficiente en los tiempos actuales, toda vez que los daños que se provocan cotidianamente son muy complejos y amplios, llevando a que la tipología adoptada

carezca de una correcta subsunción dado a la vaguedad y los imprecisos, dejando lugar a que todos aquellos que contaminan y las empresas e industrias con el fin de ser competitivos en el mercado, utilicen o destruyan de forma desmesurada los recursos naturales, ocasionando un directo menoscabo al medioambiente con derivaciones a futuro insostenibles para la humanidad<sup>2</sup>.

Esto conlleva a la necesidad de encontrar una base legislativa, con el correspondiente tratamiento parlamentario, para que se pueda encuadrar en el Derecho Penal argentino las conductas contrarias a la conservación, defensa, mejoramiento, aprovechamiento, manejo y restauración del ambiente como delitos penales ambientales, determinando en su defecto las conminaciones y penas que pueden recaer si esas normas se vulneran.

Por esto, nuestro Estado debe reaccionar a los avatares que la realidad le impone, observando que el Derecho Administrativo ya no satisface la protección del derecho a un ambiente sano, toda vez que son innumerables, y por todos conocidos, aquellas situaciones en donde son violadas tales normas. Todo redundará en buscar una nueva "motivación" de la comunidad

---

1 Andrada, Gabriel y Najle, Yamile E., *"Acerca de los Delitos Ambientales en Argentina, Centro de Derechos Humanos y Ambiente"*, Coordinación Clínica Jurídica CEDHA, Centro de Derechos Humanos y Ambiente, [https://www.academia.edu/33383056/ACERCA\\_DE\\_LOS\\_DELITOS\\_AMBIENTALES\\_EN\\_ARGENTINA](https://www.academia.edu/33383056/ACERCA_DE_LOS_DELITOS_AMBIENTALES_EN_ARGENTINA), pág. 1

---

2 Martínez Altamirano, Eduardo, *"Alcances y Límites del Derecho Penal en la protección del medioambiente"*, Universidad Latina de América, Revista Jurídica IUS, pág. 391 y <http://www.unla.mx/iusunla3/opinion/EL%20DERECHO%20PENAL%20MEDIO%20AMBIENTAL%202.HTM>.

en su conjunto, que confluya en el respeto al ambiente sobre la base fundamental de la vigencia de la norma sostenida por una amenaza penal y el achacamiento de responsabilidades punitivas<sup>3</sup>.

Al incluir nuevos comportamientos que tipifiquen conductas agresivas al ambiente y los recursos renovables, lo que se busca es lograr la protección de los mismos sobre el entendimiento que puede lograrse en el marco de los principios de *ultima ratio* e *intervención mínima* del Derecho Penal, para así fomentar una concientización más profunda respecto a los daños que se ocasionan al entorno.

Es menester entender que tales normas, si bien se encontrarán dentro del Derecho Penal y sus principios, la materia Derecho Ambiental proporcionará una especificidad que permitirá, al igual que hizo con el resto de las ramas del derecho, una visión particular del mismo<sup>4</sup>. Ante esto, lo que deberá pregonarse es que las características del derecho penal ambiental sean compartidas con el derecho ambiental y derecho penal, pero a su vez gozando de cierta autonomía dado que es un derecho nuevo, de los denominados de tercera generación, colectivo, periférico, predominantemente público, fundamental, más preventivo que represivo, global, accesorio universal e inalienable, de agrupamiento y atracción, de interrelación, de objeto predominantemente natural, cambiante e interdisciplinario<sup>5</sup>.

3 Ídem.

4 Ídem.

5 CHÉRCOLES, Ricardo León, *"Derecho Penal Ambiental: Generalidades y Particularidades de un Derecho hacia el futuro"*, Anuario 10, sección 9: Trabajo ganador del premio a la mejor investigación, editorial La Ley, año 2008, págs. 867/868. y en <https://docplayer.es/4814890-Segui-buscando-en-la-red-de-bibliotecas-virtuales-de-clacso-http-biblioteca-clacso-edu-ar.html>.

Por ello, la manera más eficaz de lograr la protección del ambiente es mediante la asignación de cierta autonomía a este tipo de conductas respecto de los restantes delitos, sin violar los principios de *"intervención mínima"* y *"ultima ratio"* del Derecho Penal<sup>6</sup>, ante lo cual será menester dar un debate a fondo dentro de las instituciones correspondientes para que de manera democrática se encuentre un acuerdo a su respecto.

Ahora, si bien existen leyes que regulan de algún modo el menoscabo de la naturaleza, tales como las leyes 22.421 o 24.051, entre otras, como así también los anteproyectos de reformas del Código Penal, las mismas, a mi entender, son insuficientes para lograr una adecuada protección penal de este bien jurídico<sup>7</sup> porque encontramos carencias de todo tipo, las hay tanto económicas, como sociales, educacionales, institucionales, morales y sobre todo, una falta de conciencia en cuanto a los daños que la escasez de una adecuada protección penal del medio ambiente puede ocasionarnos<sup>8</sup>.

Es necesario establecer que el Derecho Penal actual se enfrenta ante quizás el más grande inconveniente que tendrá la humanidad en un futuro no muy distante: "el deterioro del ambiente y la afectación de todo ser vivo"<sup>9</sup>.

Indudablemente, la prevención constituye el medio ideal para proteger el ambiente, pero ello no nos debe conllevar a descuidar las medidas represivas, aquellas

6 Ídem, pág. 868

7 Ídem, pág. 871.

8 Ídem, pág. 871/872.

9 Alvarado Martínez, Israel, *"El problema del sujeto Activo en el Derecho Penal Ambiental"*, Derecho Penal Ambiental – Derecho Ambiental y Ecología, [http://www.ceja.org.mx/IMG/EL\\_PROBLEMA\\_DEL\\_SUJETO\\_ACTIVADO.pdf](http://www.ceja.org.mx/IMG/EL_PROBLEMA_DEL_SUJETO_ACTIVADO.pdf), pág. 13.

que intervienen una vez producido el hecho dañoso y, por consiguiente, una vez comprobado que la prevención tuvo fallas, dado que en la mayoría de las situaciones, ese comportamiento continúa. Sobre esta tesitura, el papel de las medidas represivas es fundamental, aun cuando sólo fuera porque ellas van a asegurar las medidas preventivas. El código penal clasifica las transgresiones según sus valores sociales protegidos, o sea, según el bien jurídicamente protegido, de esta forma, el Derecho Penal asegura por medio de la sanción la protección de los bienes reconocidos por el legislador como dignos de tutela.

A esta altura, no existen dudas que nos encontramos frente a la necesidad de asegurar al mismo tiempo el desarrollo económico y la conservación del equilibrio con el ambiente, hallándonos en la necesidad de pasar de las sanciones administrativas a una nueva forma de conminación que desemboque en el respeto al ambiente en razón de la amenaza penal<sup>10</sup>.

Sin embargo, la necesidad e importancia de los recursos naturales son los parámetros que llevan a que sea menester dar cierta autonomía en el campo penal a una regulación protectora del Medio Ambiente, dado que tal bien jurídico se encuentra compuesto por una gran cantidad de fenómenos y procesos que conllevaron a una determinación más precisa del mismo, y no ya como elemento o parte de algún otro bien como por ejemplo la salud o solo la protección de la fauna y la flora.

Por eso, sobre la idea de que el Derecho Penal tiene como incidencia social servir

---

10 Sáez Portillo, Jorge, "La responsabilidad penal ambiental", en obra colectiva "Memorias del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental", Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, año 2004, págs.560/561.

de orientador de la conducta, es mediante el desánimo en los sujetos activos contaminantes que tal ordenamiento debe buscar reducir la cantidad de acciones degradantes hacia el ambiente. De lograrse, tornaría más confiable al sistema jurídico y se conseguiría una mejor calidad de vida y subsistencia para las generaciones presentes y futuras<sup>11</sup>.

El Derecho Penal del medio ambiente representa uno de los aspectos en los que el nuevo derecho penal manifiesta tendencias criminalizadoras, y si bien no existe una literatura criminológica bien establecida sobre el tema, esto se debe a la falta de responsabilidad y toma de conciencia respecto a los daños que provocan los ataques al ecosistema en su conjunto<sup>12</sup>.

En la actualidad, es muy corriente en la totalidad del globo que se hable de la necesidad de regular los ilícitos ambientales, escribiéndose incluso de esta manera, en ciertos lugares ya, sobre parte general de los delitos contra el medio ambiente<sup>13</sup>. En ellos se visualizan una gran cantidad de problemas que se enmarcan en la autoría y participación, el control de los procesos causales, de formación de la voluntad, de responsabilidad en cadena y actuaciones por otro, de inviabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, de función y contenido de las penas, etc.<sup>14</sup>.

---

11 Ídem, pág. 568.

12 Bacigalupo, Enrique, "La instrumentalización técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", Estudios penales y criminológicos N° 5, años 1980-1981, págs. 193/194 y [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/8\\_la-instrumentacion.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/8_la-instrumentacion.pdf).

13 Quintero Olivares, Gonzalo, "La especialidad del Derecho Penal Ambiental en relación con la contaminación acústica y la contaminación del agua", pág. 1/2.

14 Ídem, pág. 1

A esto se agrega, que respecto de este tema nos encontramos en un problema que generalmente se dilucida entre la política y la concepción de la vida del hombre en sociedad, dejando al problema penal sólo un carácter secundario<sup>15</sup>. No pasa desapercibido que actualmente se discute sobre la ubicación de los hechos típicos ambientales conjuntamente con el lugar sobre donde opera la amenaza penal y en dónde debe estar legislada la materia referida al medio ambiente. Así, para una parte de la doctrina el hecho de incluirla en el Código Penal aumentaría “la fuerza preventivo-general, conformadora de conciencia”, posición que aquí se sostiene, mientras que a otros está solución no los convence.

Tampoco escapa que en el día a día, asiduamente el Derecho Penal se encuentra, en cuanto a esta temática, operando con un estricto carácter secundario, toda vez que penaliza el incumplimiento de normas de conducta que son de un ámbito ajeno al mismo. Tal situación viene encaminada por los nuevos ámbitos de criminalización en el Derecho Penal moderno, los cuales tienen la particularidad de reforzar el cumplimiento de normas administrativas que imponen deberes de hacer y obligaciones de omitir<sup>16</sup>.

Se sabe que este tipo de conductas se encuentran dentro de lo que actualmente se utiliza bajo el término expansión del Derecho Penal, el cual pretende tener un significado de tres vórtices, uno referido a la recepción de nuevos bienes jurídicos (medioambiente, salud pública, etc.), otro al adelantamiento de la barrera de punición y por último, a la reducción de las exigencias de reprochabilidad<sup>17</sup>.

15 Bacigalupo, ob. cit., pág. 195

16 Ídem, pág. 196/197

17 Prittwitz, Cornelius, *Sociedad de Riesgo y Derecho Penal, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de

Quienes sostienen esta postura manifiestan que esto lleva a que el Derecho Penal de riesgo se caracterice en que el comportamiento tipificado sea socialmente desvalorado y no inadecuado. Así, las conductas de este tipo no son de criminalidad clásica violenta y por lo tanto no se contravienen con una “moral ética inmediata” sino más bien con una “moral lejana” donde su peligrosidad se muestra por el efecto de acumulación, vale decir, que la falta de peligrosidad de tales comportamientos se desmiente cuando se visualiza en una consideración más amplia<sup>18</sup>.

Esta expansión permite una mayor criminalización de conductas desde una visión política-criminal provocando que el Derecho Penal deje de ser la *ultima ratio* del Estado para resolver conflictos sociales, lo que conlleva a que las diferencias entre el Derecho Penal y otras ramas como el Derecho Administrativo y Derecho Policial de prevención de peligros, se desnaturalicen<sup>19</sup>.

En su contra, y sostenida aquí, hay opiniones respecto a que el Derecho Penal para cumplir sus funciones sociales, no puede desatenderse de las actuales características de las sociedades<sup>20</sup>. Así, y en virtud de ello, debe establecerse un nuevo sistema de normas cuando la seguridad de la sociedad y sus leyes se ven avasa-

---

Castilla – La Mancha (Estudios; 91), Cuenca, año 2003, pág. 263 y <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/13sociedad-del-riesgo-y-derecho-penal.pdf>.

18 Ídem, pág. 264.

19 Feijoo Sánchez, Bernardo, “Sobre la administrativización del Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo”, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, año 2006, ISBN 84-8342-047-3, pág. 138; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=11980>.

20 Ídem, pág. 149.

lladas por los peligros que genera la evolución de la industria actual, los cuales no son contenidos por dichos ordenamientos sociales<sup>21</sup>.

Entonces, si la sociedad de riesgo sirve para modificar las estructuras de los Estados, el Derecho Penal no puede desentenderse de esa evolución, sino que necesariamente debe interiorizarla y complementarla con sus fines y funciones. Para ello, es menester que utilicen todos los instrumentos jurídicos que estén a su alcance, incluso, aunque sea residualmente, el penal. Esto permitirá que la sociedad pueda combatir los malos efectos que produce la economía neoliberal desmedida<sup>22</sup>.

No obstante, se entiende que el Derecho Penal no puede ni debe ser la única opción para la tutela del ambiente, dado que también deben utilizarse otros instrumentos u ordenamientos menos coercitivos –vgrs. el Derecho Administrativo– para que se encausen los problemas relativos a la temática en cuestión<sup>23</sup>, magen que incluso se da en muchos de los delitos hoy considerados clásicos.

Ahora bien, para finalizar, tenemos que estar íntimamente convencidos que el Derecho Ambiental tuvo, tiene y tendrá para la humanidad toda, carácter fundamental y debe concederse la categoría de Derecho Humano irrenunciable<sup>24</sup>. A tal conclusión, se llega sobre la deducción de que, de no proteger a la naturaleza, bien jurídico superior, se encontrarían en riesgo incluso, todos los restantes bienes jurídicos que hoy consideramos preponderantes, a saber: la vida, la salud, la integridad personal, la libertad, etc.

21 Ídem, pág. 150.

22 Ídem, págs. 150/151.

23 Quintero Olivares, ob. cit., pág. 2

24 Sáez Portillo, ob. cit., pág.568.

Por todo ello es que se sostiene enfáticamente que el Estado tiene la imperiosa necesidad de buscar que exista una vía de actuación del Derecho Penal que siempre debe ser la *última ratio*<sup>25</sup> pero sin por esto dejar de efectuar un análisis acabado de la totalidad de conductas dañosas que suceden en la naturaleza para de esta manera determinar qué comportamientos son pasibles de pena y cuáles otros no, persiguiendo la optimización de los recursos del Estado para poder prevenir o minimizar los deterioros que la naturaleza se encuentra sufriendo por el degradamiento de la misma.

La promulgación de una ley penal de protección al ambiente que se incluya en el Código Penal, y no sanciones aisladas, con objetivos diferentes, con soluciones parciales, resulta necesaria pues servirá de acicate y orientación. Se ha venido repitiendo por juristas, que desde la elaboración de la ley marco (Ley General de Ambiente), la sola promulgación de una ley no es suficiente, pero que, no obstante, una gran parte de las dificultades en materia de represión penal de los delitos contra el ambiente sería resuelta con la consagración efectiva del ambiente como bien jurídico.

Por supuesto, la distinción entre Derecho Penal y Derecho Penal del Ambiente sólo es debida a una necesidad académica o subsistémicas. Las normas penales del Derecho del Ambiente responden a los principios del Derecho Penal, no obstante, la especialidad del Derecho Ambiental es de tal magnitud que ha impregnado a sus normas penales de esas especificidades y no podía ser de otra forma. Las normas penales, cuyo objetivo es tipificar como delitos las conductas contra la conservación, defensa, mejoramiento, aprovechamien-

25 Quintero Olivares, ob. cit., pág. 2.

to, manejo y restauración del ambiente, así como establecer las sanciones a las conductas contrarias a estos principios, deben responder a esa especificidad. La especialidad de las soluciones en esta materia no

se limita a la clase de sanciones aplicables y esa es una de las razones que argumentan en favor de una legislación penal específica para los asuntos ambientales.

## I.- Primeras ideas Bien jurídico-penal a salvaguardar

En cierto círculo de doctrinarios, los más dominantes, se sostiene que las normas que integran el Derecho Penal intentan responder la pregunta de ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado, un conjunto de normas que amenaza con la aplicación de una pena la ejecución de determinada conducta? Mediante esto es que se entrelaza la función que tiene el Derecho Penal y las teorías de la pena, dado que toda teoría de esta sanción específica es una teoría de la función cumple el Derecho Penal.<sup>26</sup>

Si bien cada uno tiene la libertad de seguir una teoría, es conveniente que, aunque sea de manera escueta, se mencione a cada una de las posiciones a los fines de poder comprender de mejor manera cuáles han sido los procesos evolutivos y sobre qué características apuntalaron sus pensamientos.

A su vez, también tenemos que definir de manera preliminar y contundente que es lo que se entiende por pena y en este entendimiento, haciendo una nota común de todas las conceptualizaciones, teniendo en cuenta los distintos órdenes y alcances, la pena es la reacción del Estado ante la infracción de una norma. Es a través de esta reacción, que siempre se pone de

manifiesto que ha de observarse la norma cuya reacción demostrativa tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma<sup>27</sup>, por lo que consecuentemente, la función que cumplen las penas consiste en que su acaecimiento presupone una culpabilidad del sujeto que cometió un hecho en el pasado, mientras que, desde otra perspectiva de fin del derecho penal, una medida de seguridad sirve para contrarrestar una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro, sin perjuicio de lo cual, debemos tener presente que pena y medida de seguridad no se imponen solo de modo alternativo, sino que existen situaciones por las cuales es menester su aplicación conjunta<sup>28</sup>.

Retomando, cabe señalar que las teorías de la pena significan un conjunto de principios o axiomas legitimantes, cuya función es fundamentar su posición sobre el Derecho Penal respondiendo a la pregunta de ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?<sup>29</sup>. Luego del paso de las teorías absolutas, Claus Roxín propuso una concepción dialéctica, la cual consiste en que, en el momento de

26 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal – Parte General"*, 2da. edición totalmente renovada y ampliada, editorial Hammurabi, año 1999, pág. 29.

27 Jakobs, Günther, *"Derecho Penal – Parte General"*, Fundamentos y teoría de la imputación, 2º edición, corregida, editorial Marcial Pons, Madrid, año 1997, pág. 8.

28 Roxín, Claus, *"Derecho Penal – Parte General"*, Tomo I, Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito, editorial Civitas – Thomson Reuters, 1º reimpresión, año 2010, pág. 42/43.

29 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal – Parte..."*, ob. cit., pág. 31.

la amenaza, el fin de la pena es prevención general, en el momento de determinación de la pena, los fines son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad, y en el momento de ejecución penal, el fin es de prevención especial<sup>30</sup>.

Con esto se advierte que el horizonte del Derecho Penal, englobando a las normas que habilitan o limitan el ejercicio del poder coactivo en forma de pena -poder punitivo-, es la construcción de un sistema de comprensión que explica cuáles son las hipótesis y condiciones que permiten formular el requerimiento punitivo -teoría del delito- y qué respuesta darán los Tribunales competentes -teoría de la responsabilidad punitiva-<sup>31</sup>.

Por ello es preciso determinar que el Derecho Penal es uno de los mecanismos que se utilizan para el control social, que es la condición básica irrenunciable de la vida en sociedad mediante la cual todo grupo o comunidad asegura las normas y expectativas de conductas indispensables de sus miembros para seguir existiendo como tal, poniendo también límites a la libertad del hombre que conduce a su socialización como parte del grupo. De esta manera, la conducta desviada de la norma social se encuentra amenazada con la imposición de sanciones que siguen la estabilización del equilibrio normativo mediante el proceso de control<sup>32</sup>.

Es de resaltarse también, que es de uso común la expresión de que el Derecho Pe-

nal está en crisis, la realidad es que dicha manifestación es cuanto menos inexacta, toda vez que tal conceptualización es con-natural de esta rama jurídica como conjunto normativo inmanente al Derecho Penal moderno. Es de significancia mencionar que, la presunta crisis no tiene carácter negativo para la evolución del ordenamiento, porque es a través de ella que va creciendo con rasgos dialécticos<sup>33</sup>.

Continuando, llega el momento mencionar a las teorías preventivas, las que tradicionalmente se apoyaron en cuestiones empíricas que no se pudieron demostrar, cayendo en la posibilidad de ser atacadas por parte de las demás posiciones absolutas. Esto pasa por ejemplo con la prevención por medio de la coacción psicológica como también con la resocialización. Hoy en día, la teoría dominante es la de prevención general positiva, vale decir, la reacción estatal a hechos punibles que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social. Resumiendo, es la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales de la sociedad moderna<sup>34</sup>.

A su vez, otros lo resumirían sobre la base de la tarea que ciñe al Derecho Penal, la cual es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación social, circunstancia que transforma al contenido de la pena en el rechazo a la desautorización de dicha norma, el cual es a costa de quien la quebrantó, reforzando de esta manera la confianza general en la misma, reparando el equilibrio de un sistema social perturbado por ese delito<sup>35</sup>.

30 ídem, pág. 38.

31 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia; Alejandro y Slokar, Alejandro, *"Derecho Penal – Parte General"*, 2° edición, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2002, pág. 4.

32 Lascano, Carlos J. (h), *"Conceptos fundamentales del derecho penal"*, en obra colectiva *Derecho Penal – Parte General*, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005, pág. 15.

33 Silva Sánchez, Jesús María, *"Aproximación al Derecho Penal contemporáneo"*, segunda edición ampliada y actualizada - reimpresión, editorial B de f, Buenos Aires, año 2012, págs. 3/5.

34 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal – Parte..."*, ob. cit., pág. 39.

35 Ídem, págs. 40/41.

En este entendimiento, el delito es un comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social, incumpliendo con las expectativas sociales institucionalizadas que se expresan mediante normas, es decir, la comunicación de deseos en la forma de órdenes o imperativos<sup>36</sup>.

Por medio de ello, lo que se busca es la demostración de la validez de la norma vulnerada por el autor del injusto penal, situación que se pretende en primer término a través de la amenaza para luego, en caso de fracasar, imponer un castigo con la utilización generalmente de la fuerza física<sup>37</sup>.

Lo que esta teoría busca es lograr una influencia en la comunidad que a través del amedrentamiento de imposición de pena y su ejecución debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de la violación de la norma<sup>38</sup>. En este aspecto positivo se intenta lograr la conservación y el esfuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico, la cual muestra la inviolabilidad de las normas y permiten reforzar la confianza del pueblo en las mismas<sup>39</sup>.

Esto puede distinguir tres fines y efectos distintos. El primero, un efecto de aprendizaje que se origina en la confianza sobre el derecho por parte de la sociedad que deviene de la actividad que despliega la justicia penal; el segundo, el efecto de confianza de las personas ante la aplicación el ordenamiento jurídico; y por último, el efecto pacificador que se manifiesta en la tranquilidad que se despierta mediante la sanción y por medio de la cual se entiende solucionado el conflicto<sup>40</sup>.

36 Ídem, págs. 41/42.

37 Ídem, pág. 43.

38 Roxín, Claus, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 89.

39 Ídem, pág. 91.

40 Ídem, págs. 91/92.

Es de resaltar que este posicionamiento ideológico que tiende a la evitación de los delitos, tiene como orientación final el proteger a las normas del Derecho Penal, sosteniendo su postura sobre la base de que, aún en ausencia de peligro de repetición de tal o cual conducta, no se debe renunciar a la pena, dado que dicha sanción es menester para que los demás miembros de la sociedad, en los casos de delitos sin consecuencias, no se vuelquen a la imitación<sup>41</sup>.

Con todo esto, lo que se intenta o pretende es que un Estado social y democrático de derecho, ampare como bienes jurídicos las condiciones de la vida en comunidad en la medida en que afecten la posibilidad de participación de las personas en el sistema social. En base a esto, para que tales bienes jurídicos sean dignos de tutela jurídica, debe tratarse de aquellos que jurídico-penalmente posean una importancia de carácter fundamental<sup>42</sup>.

Así, el estado de derecho y el principio de legalidad material que por medio de este se impone, deben determinar la intervención penal sobre la base de bienes perfectamente determinados y específicos, correspondiéndolos a distintos tipos penales y dejándole a la comunidad que no transgrede la norma un mensaje claro: "no se preocupen, su conducta es la correcta y por ello no serán castigados, no obstante, quédense tranquilos que si lo serán aquellos que delinquen"<sup>43</sup>.

Mediante tales asertos es que se articulan dos aspectos concretos que se interrelacionan. El primero, la función del Derecho

41 Ídem, pág. 92.

42 Lascano, Carlos J. (h), "Conceptos fundamentales del derecho penal"; en obra colectiva Derecho Penal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005, pág. 18.

43 Ídem, pág. 18.

Penal en donde se encuentran tuteladas las condiciones esenciales para la existencia y evolución del sistema social, lográndose la protección de bienes jurídicos. El segundo, la función de la rama jurídica punitiva a través de la cual ha de actuarse sobre los miembros del grupo social para evitar que realicen comportamientos lesivos o peligrosos para los bienes jurídicos, lográndose la motivación social<sup>44</sup>.

Es por ello que, las expectativas sociales institucionalizadas se expresan mediante normas, es decir, por un acuerdo social que establece una comunicación de deseos en la forma de órdenes o imperativos, que, al tener el carácter de cognitivo, llevan al transgresor de la norma a que recalculé y vuelva a aprender, vale decir, calcular mejor *pro futuro* para llegar a ser más juicioso por medio de la experiencia<sup>45</sup>. El decepcionar a sus contactos sociales a través de la vulneración de las normas, deriva en la pretensión de que los miembros de su comunidad requieran en su contra el respeto por las mismas<sup>46</sup>.

Ahora bien, debemos manifestar que si bien las personas pueden pretender organizar el mundo, es también menester decir que ya existe un sistema ya conformado con instituciones, por ello es necesario que todos se mantengan dentro de su ámbito de organización y así no provocar daños a los demás, toda vez que nadie puede dominar todos los círculos de organización en conjunto y también, y con mayor énfasis, a nadie le está permitido dominar a alguien jurídicamente de manera tan amplia. El desoír tales parámetros de conducta, lleva la carga de responder en virtud de

la responsabilidad por organización –delitos de dominio–<sup>47</sup>.

Asimismo, es de resaltar que existe una elevada expectativa social de que las instituciones elementales del Estado funcionen de manera ordenada, dado que esta predisposición permite que las instituciones se encuentren en armonía con los círculos de organización que cada uno posee, trayendo el hecho dañoso como consecuencia, la infracción de un deber en virtud de la responsabilidad que recae sobre el transgresor<sup>48</sup>.

Es decir que, un comportamiento humano no es sólo un suceso que genere consecuencias en el mundo exterior, sino que, siempre que la persona pueda dominar o domine su comportamiento, el mismo también, y necesariamente, significa algo. Si alguien que realiza un accionar y a su vez conoce o puede conocer que el mismo es irregular, puede ser pasible del deber de reproche en la propia motivación de no importarle la evitación de la conducta infractora, dado que de haberse motivado por los elementos que evitaban tales comportamientos, no habría tenido la necesidad de enfrentar los reproches jurídicos penales vigentes<sup>49</sup>.

Por ello, cuando se atribuye al autor su punto de vista desobediente, se logra establecer una infracción a una norma, la cual trae aparejado la desautorización de la misma y el correspondiente conflicto social en la medida en que pierde el carácter de modelo de orientación frente a la sociedad, provocando posiblemente la irrupción por parte de otras personas a desobedecerla.

A esta altura resta significar que todos, y no sólo algunos de los autores poten-

44 Ídem, pág. 19.

45 Jakobs, Günther, *"Derecho Penal – Parte General"*, Fundamentos y teoría de la imputación, 2º edición, corregida, editorial Marcial Pons, Madrid, año 1997, pág. 8/10.

46 Ídem, pág. 10.

47 Ídem, pág. 11.

48 Ídem, págs. 11/12

49 Ídem, pág. 12/14.

ciales, somos destinatarios de las normas penales, dado que ninguna persona puede imaginarse una sociedad sin tener interrelaciones entre sus miembros y, en el entendimiento de que vivimos en una comunidad con ordenamientos jurídicos, todos debemos saber que esperar de ellas<sup>50</sup>, a lo que, si bien aún está discutida la situación de si el Derecho Penal evita lesiones a bienes jurídico penales o su misión es reafirmar la vigencia de la norma, desde la perspectiva que aquí se sostiene, se entiende que la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, por lo que se concibe que el contenido que tiene es una réplica a un comportamiento desviado, sobrellevando un costo del infractor de la norma en virtud del cuestionamiento que hace sobre la misma<sup>51</sup>.

Con lo dicho se sigue la idea de que la función que debe tener el Derecho Penal es sobre el plano de la comunicación social respecto a la vigencia perturbada de la norma. En tal marco, la pena sirve para ejercitar a los ciudadanos en la confianza de la norma, para tener fidelidad al derecho y para aceptar las consecuencias de la infracción a sus preceptos<sup>52</sup>. En consecuencia, la finalidad que tiene la pena da su basamento en la necesidad de cuidar que los hombres sigan reconociendo en su faz interna y como vinculante, la transgresión de la norma que se llevó a cabo a través del accionar injusto, siéndole infringido al autor del mismo, un mal que se corresponda con la medida del ilícito cometido<sup>53</sup>.

Es así que, la ley puede conminar con pena sólo formas de conducta que fundamenten un reproche personal importante en contra del autor, que sea de tal magnitud que pueda ser capaz de justificar una sanción jurídico-penal, debiendo su escala graduarse conforme al reproche que le cabe, pero sin sobrepasarse. Ello, conlleva el deber de decir si tal conducta es un ilícito material prohibido y si tal comportamiento es tan grave que es merecedor de pena<sup>54</sup>, por ello la ocupación del Derecho consiste en crear condiciones para que los hombres desarrollen su personalidad en igualdad de situaciones, por lo que una conducta es ilícito material en tanto transgreda este cometido<sup>55</sup>.

Ahora bien, se puede determinar que el concepto material del delito es previo al Derecho penal y permite al legislador tener la herramienta político-criminal para establecer que se debe penar y que puede quedar impune. Este cometido de la rama punitiva del Derecho, a entender de la teoría de los bienes jurídico, es lo que se entiende como "protección subsidiaria de bienes jurídicos"<sup>56</sup>.

Sin perjuicio de ello, necesario es manifestar que la legitimación material del Derecho penal reside en que las leyes de esta naturaleza jurídica son menesteres para el mantenimiento de la sociedad y del Estado, por ello los contenidos del mismo tienen que ver con el contexto social en el que se determinan<sup>57</sup>, siendo las normas y princi-

50 Ídem, pág. 14/18.

51 Lascano, Carlos J. (h), "*Conceptos fundamentales del derecho penal*", en obra colectiva *Derecho Penal – Parte General*, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005, pág. 24.

52 Ídem.

53 Frister, Helmut, "*Derecho Penal – Parte General*";

traducción de la 4° edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2011, pág. 71.

54 Ídem, págs. 73/80.

55 Ídem, pág. 80.

56 Roxín, Claus, "*Derecho Penal...*", ob. cit., pág. 51.

57 Jakobs, Günther, "*Derecho Penal – Parte General*"..., ob. cit., págs. 44/45.

pios de la Constitución, la única restricción que el legislador tiene previamente<sup>58</sup>.

Desde esta perspectiva, se puede decir que el Derecho penal tiene como contribución garantizar las expectativas que son imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, a pesar de que, mediante la defraudación de las mismas, se puedan creer perdidas, y en base a esto, el bien a proteger es la firmeza de estas expectativas normativas esenciales, lo que lleva a sostener que el bien jurídico penal es la vigencia de la norma puesta en práctica.

Esto nos muestra que esta rama del ordenamiento jurídico no cumple la función de garantizar la existencia de bienes como la vida, la propiedad, la salud, etc., sino que los protege frente a ataques de distintas clases, dado que de cuidar del bien en sí mismo o por su utilidad, toda destrucción de dicho bien, suceda como suceda, debe ser entendida como una perturbación penalmente relevante y entonces cualquier menoscabo de ellos, ya sea por simple deterioro natural o por una acción que sea no evitable, tendría que evaluarse como detrimento del bien. Tal situación, demuestra que tal perspectiva equivoca la misión específica que tiene el Derecho penal, toda vez que confunde el criterio de valoración y pone en el mismo lugar la perturbación por haber lesionado un bien con el comportamiento imputable que efectúa la persona, único bien que interesa a este marco legal<sup>59</sup>.

Por ende, al Derecho penal le interesa la alteración contra la valoración normativa, que sólo puede ocasionarse a través de un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar esa norma, dado que la lesión al

bien jurídico penal se da en la oposición a la regla que prohíbe hacer o no hacer algo que ocasiona el daño a un bien, toda vez que al autor se lo hace responsable por su conocimiento o cognoscibilidad, y en virtud de esto, se le achaca el haber elegido el comportamiento que le traería consecuencias negativas, en vez de optar por la conducta o alternativa inocua para el ordenamiento<sup>60</sup>.

No obstante, es dable exponer que los bienes como la vida, la salud, etc., son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social, que cubren las situaciones halladas previamente al Derecho y las que son creadas por el mismo, por lo que la concepción de este tipo de bien jurídico, no jurídico penal en atención a ser objeto de acción o del comportamiento, es mutable debido al marco de las finalidades constitucionales, por lo que está abierto al cambio social y a los progresos del conocimiento científico<sup>61</sup>.

Este concepto sólo establece un criterio de enjuiciamiento que hay que desarrollar en materia jurídica, en donde el legislador y el aplicador del Derecho, tienen que consultar en la creación e interpretación de cada norma concreta, por lo cual la capacidad práctica de rendimiento se demuestra en que el principio de bien jurídico muestra los límites del *ius puniendi* permitiendo una solución racional de los problemas<sup>62</sup>.

Generalmente, la norma no obliga a elegir lo socialmente aceptado, vale decir, el no ocasionar daños a otros, no obstante, el autor se organiza de tal manera que se auto determina a causar daño imputablemente, por lo que se concluye que su proyecto de

58 Roxín, Claus, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 55.

59 Jakobs, Günther, "Derecho Penal – Parte General"..., ob. cit., págs. 45/46.

60 Ídem.

61 Roxín, Claus, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 56/58.

62 Ídem, pág. 58.

conformación del mundo se opone a la norma y por ello un bien jurídico penal sólo puede ser atacado por un comportamiento que tenga significado normativo dejando como objetivo de la acción u objeto del comportamiento a aquellos bienes que se encuentran tutelados<sup>63</sup>.

Ahora bien, los representantes de la tesis de protección de bienes jurídicos explicaran que lo que quiere decirse es que el ordenamiento jurídico debe garantizar una protección de los bienes frente a ataques humanos, con más exactitud, frente a ataques por personas en sentido jurídico-penal. Sin perjuicio de ello, cabe objetar la crítica de que el Derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es un conjunto normativo acordado para que exista una relación entre personas en sociedad, por lo que el Derecho penal cuida a una persona o un conjunto de estas en relación con los demás y contra la lesión de los derechos sobre sus bienes, dado que de sostener la tesis cuestionada, donde los bienes tienen determinadas condiciones de mantenimiento sin las cuales carecen de valor, no permite que se realice la condición negativa que existe para todas las personas que llevan su vida conforme a las normas y al Derecho, es decir, que “nadie debe lesionar los derechos de los demás”, a lo cual cabe agregar la condición positiva que se encuentra en cabeza de todos aquellos que deben ayudar cuando un riesgo que amenaza cuando determinado bien, no ha sido causado por ellos, debiendo aportar su cuidado solidario a otras personas, circunstancia en donde, de no prestarse la ayuda, se ocasiona por infracción de un rol o deber, el curso dañino puesto en marcha por un tercero o por la naturaleza, con lo cual se permite ver más claramente que lo

63 Jakobs, Günther, “Derecho Penal – Parte General”..., ob. cit., pág. 46

que protege el Derecho penal es la vigencia de la norma práctica y no los bienes jurídicos que son objetos de la acción o del comportamiento, dado que la sociedad no consiste sólo en acumular bienes sino que también y con la misma fuerza, obliga a prestar apoyo<sup>64</sup>.

Además, el punto de vista aquí sostenido, también se justifica mediante la teoría del comportamiento no permitido, denominada igualmente, teoría de la imputación objetiva, en donde su punto de partida radica en que lesionar es algo distinto a causar de cualquier modo una lesión, dado que hay que elaborar el significado sobre esa base, se puede atribuir un curso lesivo a una persona o grupo de ellas cuando es causado o no evitada por está o estás, ocasionando con este un riesgo no permitido<sup>65</sup>.

A su vez, al no ser frecuente que una persona no respete las preferencias de otra, dado que en la generalidad de casos se respeta no es necesario que la víctima cuente con que suceda, toda vez que mientras no haya indicios de que pueda pasar, es lícito pensar y confiar en que todos cumplirán sus deberes, circunstancia que se da en el principio de confianza que rige socialmente. También es factible que una persona actúe autodeterminadamente, en contra de sus propios intereses, vale decir, a riesgo propio, sin perjuicio de lo cual, concomitantemente puede darse la circunstancia de que una persona realice una prestación que socialmente se encuentre estereotipada como inocua y termina siendo usada por otro individuo con fines delictivo, determinando que exista una prohibición de

64 Jakobs, Günther, “Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal”, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, editorial Thomson Civitas, año 2003, págs. 61/63.

65 Ídem, págs. 63/65.

regreso en contra de quien actúa inocuamente<sup>66</sup>.

Por todo lo dicho, es que se mantiene y sostiene que las competencias de las personas no se ordenan en relación a los bienes, sino antes bien, sobre los distintos roles, vale decir, por las relaciones entre personas que son a su vez, expectativas normativas, es decir, normas. Ante la solución arribada, la teoría de la protección de bienes jurídicos, pone de manifiesto que se da lugar a un Derecho penal intervencionista que mantiene en un plano formal la crítica y en especial lo atinente a delitos de peligro abstracto, circunstancia que sorprende en tanto y en cuanto si lo decisivo es proteger bienes jurídicos, no hay nada más efectivo que intervenir cuanto antes, toda vez que el legislador debe ocuparse de que todas las personas partan de una visión del riesgo socialmente válido, siendo justamente esto lo que tiene lugar en la prohibición de puestas en peligro abstractas, pues sin una seguridad de carácter cognitivo, difícilmente pueda imaginarse una sociedad ordenada<sup>67</sup>.

Ahora, es dable resaltar que la evolución de la dogmática penal ha permitido que, a través de la teoría de los bienes jurídicos crítica de la legislación, se evolucione poniendo límites al poder punitivo, limitándolo a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos lo cual es uno de los logros más importantes para la cultura jurídica occidental<sup>68</sup>, sin perjuicio de lo cual, como toda posición o punto de vista, siempre se supera mediante otra, lo que nos muestra

66 Ídem, pág. 65.

67 Ídem, págs. 66/69.

68 Roxín, Claus, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, número 15, año 2013, págs. 2/3; se puede leer en la dirección web <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

que a pesar de que los hombres somos perfectibles, siempre deseamos la perfección.

Sin embargo, quienes critican la teoría de que el Derecho penal protege la vigencia de la norma y lo hacen desde una posición funcionalista moderada, razonan en que el mantenimiento de la vigencia de la norma tiene como característica ineludible el apoyo sobre un exacerbado normativismo, dado que la estabilización de dicho valor no es el fin en sí mismo sino que tiende a que en el futuro no se produzcan más lesiones reales, sirviendo en consecuencia a la protección de bienes jurídicos y sin ese fin carecería de sentido.

Es por ello, que por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo y donde proceda la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad.

Suponiendo que estamos ante una discrepancia que tiene como fin último la justificación de cuál es el fin de la pena y cuál es el fin del Derecho penal, o bien, sólo cuál es el fin del Derecho penal, la problemática tiende a dilucidar qué es lo que busca la prevención general positiva, toda vez que las funciones atribuidas por las diferentes concepciones parecen perseguir ya un bien (y por ello un fin) en sí mismo<sup>69</sup>.

Ahora, es dable aclarar que ninguna de las teorías que intentan hacer primar su concepción de objeto de protección del Derecho penal dispone de un criterio que fije los límites de la restricción de la libertad mediante el ordenamiento punitivo

69 Alcácer Guirao, Rafael, "Los fines del Derecho penal – Una aproximación desde la filosofía política", Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 51, Fasc/Mes 1-3, año 1998, pág. 370; se puede leer en la dirección web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=234093>.

en una sociedad fundada en ésta y siendo que los bienes jurídicos penalmente protegidos son una creación del legislador, podría decirse que criminalizar solo conductas lesivas de bienes jurídicos, no es compatible con la acción del legislador democrático, a excepción de estar constitucionalmente dispuesto<sup>70</sup>.

Sin perjuicio de ello, la teoría de la estabilización de la norma, al contrario que la teoría de bienes jurídicos sirve no sólo por medio de una limitación de los márgenes de la criminalidad para la integración, sino también al equilibrio de la sociedad, toda vez que, si se mira al fin del Derecho penal en el mismo contexto axiológico que el de protección de bienes jurídicos, concurrirán dialécticamente por ir sus intereses en dirección opuesta<sup>71</sup>.

Esto nos lleva a reflexionar sobre la circunstancia que rodea al injusto de los delitos en general (acción típica y antijurídica) y siendo que se ha significado la creación de un riesgo prohibido por el ordenamiento jurídico, se sostiene que la producción de una lesión a un bien jurídico se basa en dicho riesgo conllevando la transformación de la imputación subjetiva personal en imputación objetiva, toda vez que el autor que pone en peligro el bien jurídico por encima de los límites del riesgo permitido y se da cuenta de ello, lesionando la norma de conducta del tipo penal protegido; pero, a la vez y debido al conocimiento de la peligrosidad de su acción, adopta la decisión desviada respecto a la norma de conducta relevante para el tipo, con lo cual resulta la determinación de su obrar doloso.

70 Roxín, Claus, *“El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”*, ob. cit., pág. 22.

71 Alcácer Guirao, Rafael, *“Los fines del Derecho penal...”*, ob. cit., págs. 371/372.

De tal suerte, queda demostrado que el fundamento que reside en la criminalización no es la lesión de determinados bienes jurídicos, sino más bien, la vulneración de normas de conductas fundamentales para el consenso básico de una sociedad, es decir, el mantener las normas que permitan una sociedad tranquila, dado que en el efecto de confianza hacia la norma que se genera cuando el ciudadano observa que el Derecho se impone, se otorga una pacificación que se produce en virtud de la tranquilización de la conciencia jurídica general mediante la sanción de la vulneración del Derecho<sup>72</sup>, es decir, se castiga la negación de la negación, por ello, es que la orientación que tiene como fin proteger la vigencia del ordenamiento social lo tiene que hacer de acuerdo a la concepción filosófica-política que haya en determinado lugar, dado que la sanción penal es la carta de presentación de esa rama del Derecho y el factor que la diferencia de las demás instancias de control que están en la sociedad<sup>73</sup>.

Sobre esto, los partidarios de la teoría de los bienes jurídicos críticos del sistema, fundamental su postura en el principio de proporcionalidad, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de las intervenciones del Estado, exponiendo que sobre si los preceptos penales no se encuentran enmarcados en la protección de bienes jurídicos pueden ser considerados inconstitucionales en cuanto a la intervención inadecuada, excesiva y desproporcionada.

A tal concepción debe decirse que no existe una proporcionalidad en sí misma, sino que de manera necesaria ha de ponerse en relación la intervención estatal con los objetivos con ella perseguidos, los cuales, si

72 Roxín, Claus, *“El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”*, ob. cit., págs. 15/17.

73 Alcácer Guirao, Rafael, *“Los fines del Derecho penal...”*, ob. cit., págs. 368/369.

bien los bienes jurídicos son importantes, sólo lo son en aras de mantener la norma como modelo de orientación social<sup>74</sup>.

Entendido esto, corresponde sostener que lo importante es, no solo la teoría en sí misma, sino fijar los criterios mínimos en la legitimación de la intervención del Derecho penal, por lo que permite concebir o pensar que el bien jurídico *per se* no puede conformar una teoría adecuada de criminalización, ofreciendo sólo un patrón argumentativo adicional a la discusión político-pragmático pero careciendo de eficacia jurídica, toda vez que la teoría del bien jurídico crítica del sistema no ha podido cumplir con el objetivo que se había propuesto de poner en mano del legislador penal un criterio plausible y utilizable para sus decisiones y, al mismo tiempo, desarrollar un parámetro externo para examinar las decisiones de la justicia, mostrado acabadamente que la legitimidad de un tipo penal no se puede fundamentar sólo con una remisión a un bien jurídico merecedor de protección penal<sup>75</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de que las expresiones que desde el funcionalismo moderado se emiten significan un cambio de posición respecto a qué es lo que se protege el Derecho penal, a quién se protege y frente a qué, se realiza una enumeración de directrices que facilitan la comprensión de una situación a evaluar. Así, manifiesta que las leyes penales arbitrarias, motivadas exclusivamente por la ideología o que vulnera derechos fundamentales, no protege bienes jurídicos. También, que una

conducta inmoral o reprochable, no fundamenta como tal una lesión de un bien jurídico. Igualmente, la vulneración de la dignidad humana propia no es lesión de un bien jurídico. En el mismo sentido, la protección de sentimientos, sólo son protegidos cuando concurra un temor realista de ser objeto de amenaza. Finalizando con que la autolesión consciente, no vulnera bienes jurídicos ajenos y con que los tabúes no son bienes jurídicos<sup>76</sup>, valores o ítems que deben ser tenidos en cuenta al momento de formularse las legislaciones penales por parte de nuestros parlamentarios.

Con estos marcadores, se permite tratar de establecer que la pena ejerce sus efectos en el ámbito del subconsciente de cada individuo, satisfaciendo impulsos violentos de venganza y creando o reforzando un tabú respecto a las conductas prohibidas por las normas, viendo que el Derecho penal dirige sus efectos en la misma dirección que otros medios de control social, siendo esa vinculación moral de los ciudadanos a las normas la que evita un quebrantamiento masivo de las normas.

Entendido esto, es que es posible determinar que el fin de la pena es el de estabilizar la conciencia jurídica y la paz social, restituyendo el clima emocional alterado por el delito satisfaciendo los instintos de agresión y venganza generados en la sociedad como consecuencia del ilícito, vale decir, la acción es merecedora de pena porque quebrantó la norma y pone en duda su vigencia en la sociedad<sup>77</sup>.

74 Roxín, Claus, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", ob. cit., págs. 23/24.

75 Feijoo Sánchez, Bernardo José, "Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico", Revista para el Análisis del Derecho N° 2, editorial Indret, año 2008, págs. 4/11.

76 Roxín, Claus, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", ob. cit., pág. 11.

77 Alcácer Guirao, Rafael, "Los fines del Derecho penal...", ob. cit., pág. 383/421.

## II.- Los delitos de peligro en la sociedad de riesgo y el ilícito ambiental

Nosotros como sociedad y desde que acordamos el pacto social tenemos expectativas estables positivas sobre las normas que nos han llevado a que se puedan tener los contactos sociales que permitieron el crecimiento de la sociedad moderna, siendo tales expectativas las que pueden explicarse por medio de dos ámbitos de actuación u objetos internos.

Así, en el primer ámbito, es necesario que exista una expectativa positiva de que el comportamiento de las personas tenga un orden dentro de su círculo interno de organización para que se evite, mediante los posibles efectos externos de dicha conducta, un daño a otra persona. En este círculo de organización es imprescindible que haya estabilidad, dado que nadie puede dominar todos los círculos en conjunto como tampoco arrogarse la facultad de organizar los de los demás, porque de lo contrario actuaría antijurídicamente decepcionando, con la comisión de un delito, la expectativa positiva que se tiene de la norma. Por lo que cada uno de estos círculos de organización debe encontrarse separados unos de otros.

Respecto al segundo y último ámbito, para las personas también es menester tener una expectativa positiva estable respecto al funcionamiento ordenado de las instituciones establecidas, dado que las mismas tienen que mantener una buena coordinación y armonía con las esferas internas (ámbito de organización) de cada uno de los individuos que se hallen sometidos a ellas. La decepción de tal expectativa produce también consecuencias jurídico-penales<sup>78</sup>.

78 Jakobs, Günther, "Derecho Penal – Parte General"..., ob. cit., pág. 11.

En ese orden de ideas, corresponde adentrarnos al estudio de las posibles formas en que un bien jurídico se puede proteger, sin perjuicio de lo cual, se debe exponer brevemente (en atención a que el capítulo siguiente lo analiza profundamente) sobre tipo penal en general, el cual es la descripción abstracta de la conducta prohibida por la norma mediante el proceso legislativo que efectúa el parlamento<sup>79</sup>. Así, el tipo delictivo (o tipo penal o tipo legal o figura delictiva, o simplemente tipo) no es el hecho punible sino uno de sus elementos, el cual se limita, según parte de la doctrina, a la determinación conceptual de la figura formal del hecho punible<sup>80</sup>. El tipo equivale a aquello en que el hecho consiste, el supuesto de hecho<sup>81</sup>, vale decir, enjuiciar si el comportamiento realizado por el presunto delincuente satisface todos aquellos elementos legales que fundamentan el ilícito a considerar<sup>82</sup>.

A modo básico, son tipos las fórmulas que usa la ley para señalar a los hechos que el legislador entiende conflictivos, y a cuyas acciones amenaza con pena. Esto equivale a decir que para el poder punitivo es la formalización de la criminalización primaria que habilita su ejercicio en leyes con función punitiva manifiesta. Aunque resulte curioso, el tipo es una fórmula textual de acciones, pero el poder punitivo lo usa para seleccionar a personas en razón de sus características, al menos en la ma-

79 Lascano, Carlos J. (h) (dir), "Derecho Penal Parte General", editorial Advocatus, año 2005, pág. 261.

80 Núñez, Ricardo C., "Manual de Derecho Penal – Parte General", 4ª edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, editorial Marcos Lerner, año 1999, pág. 139.

81 Lascano, Carlos J. (h) (dir), "Derecho Penal Parte General", ob. cit., pág. 261.

82 Frister, Helmut, "Derecho Penal – Parte General", traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2011, pág. 150.

yoría de los casos, y en razón de la estructura del sistema penal<sup>83</sup>.

Cuando se habla de que una acción es “típica” o “adecuada a un tipo penal” quiere decir que tal comportamiento se encuentra prohibido, en el caso de los delitos de acción, y mandado, en los casos de delitos de omisión, por una determinada norma, por lo que el tipo penal, a modo general, son aquellas descripciones de acciones u omisiones que infringen la norma que prescribe no realizar o realizar determinada la conducta<sup>84</sup>.

Asimismo, los tipos delictivos son susceptibles de ser clasificados de acuerdo con su estructura. Por regla, la clasificación de los tipos corresponde a la de los delitos<sup>85</sup>, vale decir, que tanto en un delito doloso como de uno culposo o, en terminología más actual, imprudente, se adoptan estructuras diversas según se trate de delitos de resultado o de actividad o predominante actividad<sup>86</sup>, siendo en el tipo doloso donde, a grandes rasgos, la realización es querida por el autor, de modo tal que existe coincidencia entre los dos niveles que lo integran: tipo objetivo y tipo subjetivo<sup>87</sup>.

Así, tomando como parámetro a los delitos de resultado, podríamos decir que los ilícitos están integrados básicamente por la acción, la imputación objetiva y el resultado, el cual consiste ante todo en la lesión de un determinado objeto, cuya denominación es objeto de la acción y no se debe confundir con el objeto de protección o

bien jurídico que puede tener también una naturaleza ideal. Esto deja ver que aún los delitos que no requieren un resultado material importan un riesgo de lesión de un bien jurídico, el que, tal cual se ha expuesto, no es el fin del Derecho penal.

Para dejarlo un poco más claro, y entendiendo que ampliaremos los conceptos en los siguientes capítulos, todos los delitos importan en principio una lesión inmateria (la de los bienes jurídicos) y sólo un número determinado de ellos requiere una lesión material (la del objeto de la acción).

Hay que mencionar también que, como otra alternativa, junto a los delitos de resultado material o de lesión se encuentran los de peligro, en los que no se requiere que un determinado comportamiento haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar. Así, este peligro, dentro de las conceptualizaciones comunes, puede ser o concreto, cuando es seguro que existe la posibilidad de lesión; o abstracto, cuando el tipo penal se reduce a la descripción de una forma de conducta que según la experiencia general representa *per se* un peligro para el objeto protegido, sin necesidad que ese peligro se haya verificado<sup>88</sup>.

En este último tipo de ilícitos, la tutela represiva comprende el peligro para un bien jurídico, es decir que el peligro es la amenaza de daño para el bien protegido por la ley, siendo la misma no siempre la simple posibilidad de que el daño suceda, pues para hablar de una amenaza no basta que la producción del mal no sea imposible, es menester que constituya el peligro, vale aclarar, que la probabilidad del daño se produzca como consecuencia de la situación de peligro creada por el compor-

83 Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Derecho Penal Parte General”, editorial Ediar, año 2002, pág. 432.

84 Bacigalupo, Enrique, “Manual de Derecho Penal Parte General”, 3ra. reimpresión, editorial Temis, año 1996, pág. 80.

85 Núñez, Ricardo C., “Manual de Derecho Penal – Parte General”, ob. cit., pág. 144.

86 Bacigalupo, Enrique, “Manual de Derecho Penal Parte General”, 3ra. Reimpresión, ob. cit., pág. 85.

87 Lascano, Carlos J. (h), ob. cit., pág. 266.

88 Bacigalupo, Enrique, “Manual de Derecho Penal Parte General”, ob. cit., pág. 85.

tamiento del autor, siendo esto lo que lleva a considerarlo a que sea presumido por la ley (peligro abstracto o potencial) o real (peligro concreto o efectivo o corrido)<sup>89</sup>.

Por ende, son delitos de peligro los que se consuman con sólo poner en peligro o crear la posibilidad de peligro para un bien tutelado por el ordenamiento punitivo de acuerdo con lo que dispone el tipo penal normativamente dispuesto por el legislador<sup>90</sup>. En los delitos de peligro no se exige que la conducta haya ocasionado un daño o lesión sobre su objeto, pues es suficiente que el bien jurídicamente protegido haya sido puesto en riesgo de sufrir lo que se quiere evitar, es en virtud de ello que el peligro puede ser concreto, cuando se produce la posibilidad real y efectiva de lesión al bien jurídico; y abstracto, cuando el tipo se limita a describir un comportamiento que generalmente representa en sí mismo un peligro para el interés penalmente tutelado<sup>91</sup>.

Así, dentro de los delitos de peligro concreto, el injusto consiste en la causación efectiva y cierta de un peligro, siendo el momento en que el peligro se produce en donde se realiza el riesgo no permitido. En cambio, los delitos de peligro abstracto, lo típicamente jurídico-penal es la realización de una conducta idónea para causar peligro, aunque no lo provoque en el caso concreto, su momento consumativo coincide con el de la acción propiamente dicha, no es preciso esperar para que el resultado del peligro se produzca.

89 Núñez, Ricardo C., *“Manual de Derecho Penal – Parte General”*, ob. cit., pág. 147

90 Fontán Balestra, Carlos, *“Derecho Penal - Introducción y Parte General”*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, editorial Abeledo Perrot, año 1998, pág. 212.

91 Lascano, Carlos J. (h) (dir), *“Derecho Penal Parte General”*, ob. cit., pág. 267.

Además, como subgrupos de distinción están los delitos de peligro común de los de peligro particular, en donde los primeros son aquellos en que el peligro que la ley considera relevante para constituir el delito es un peligro general indeterminado para las personas o cosas, mientras que los de peligro particular son aquellos que se tipifican para la tutela de bienes determinados, acostumbrados a llamarlos de peligro individual cuando tiene a proteger el riesgo contra la vida o la salud de determinadas personas<sup>92</sup>.

Durante mucho tiempo se pensó que lo que circunda a la peligrosidad como elemento de tipificación de ilícitos, se trataba respecto a que en los “delitos de puesta en peligro abstracto”, se prohíben comportamientos establecidos por el mismo legislador que según la experiencia general representan un peligro, en tanto en los “delitos de puesta en peligro concreto” la creación del peligro es un elemento del tipo penal que debe ser constatada por el juez en el caso concreto<sup>93</sup>. Por ello, el término “delitos de puesta en peligro abstracto” se refiere al gran número de casos en los cuales no es necesario poner un bien en peligro *per se*, sino que la acción contiene o crea el riesgo de que uno de los bienes mencionados, posiblemente se encuentra en una situación de peligro, el cual debe ser evaluado desde el punto de vista del autor<sup>94</sup>.

En cuanto a la evaluación de la peligrosidad de la acción, es menester que se trate desde el punto de vista *ex ante*, dado

92 Fontán Balestra, Carlos, *“Derecho Penal – Introducción...”*, ob. cit., pág. 213

93 Hirsch, Hans Joachim, *“Sistemática y límites de los delitos de peligro”*, en obra colectiva *“Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro – II”*, Tomo 2008-1, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008, pág. 11.

94 Ídem, pág. 13.

que se debe suponer la posibilidad de una lesión, pero solamente la posibilidad que surge de la acción y en la cual queda abierto si realmente alguien o algo (bien jurídico) ha sido puesto en una situación de peligro, circunstancia que deja ver que en los “delitos de peligrosidad abstracta” existe una desobediencia formal a la norma, porque el autor debe conocer los elementos de la acción peligrosa<sup>95</sup>.

Todo ello, nos lleva a la concepción de lo que en doctrina se denomina “riesgo jurídicamente relevante” o “significativo”, el cual debe entenderse como la creación de un estado de peligro capaz de provocar la reacción del ordenamiento jurídico que, con la concurrencia de ulteriores condiciones, permitirá impulsar a su autor al hecho producido como consecuencia, siendo ello lo que no admite que sea posible el empleo de fórmulas matemáticas aptas para establecer los límites de riesgo aceptables.

Un método que pretendiese racionalizar una materia sujeta a juicios de fondo, con la inevitable elasticidad de estos, más que irrealizable sería jurídicamente incorrecto, dado que la intencionalidad de la ofensa típica en los delitos dolosos disminuye el *quantum* de riesgo que el ordenamiento está dispuesto a tolerar, ampliando de este modo el área de riesgo significativo imputable al autor. En otros términos, el comportamiento del autor está intencionalmente dirigido hacia la ofensa, a la producción del resultado lesivo, por lo que los riesgos que el ordenamiento está dispuesto a tolerar se reducen. Por ello, la valoración a la conducta deviene más severa en virtud de la carga agresiva ínsita en la acción, concediendo al ámbito de “riesgo jurídicamente relevante” una mayor ampliación.

Teniendo en consideración lo dicho, se debe entender que el peligro para el bien jurídico penal es el punto de partida de la intervención penal, de allí que su concepto tenga una importancia fundamental, bastando para ello considerar que el mismo se vincula con la imputación objetiva, con la tentativa, con la justificación, con los criterios de merecimiento y necesidad de la pena, entre otras cuestiones de igual relevancia. Así, entendiendo que la noción de peligro no se encuentra definida por la ley, deberá precisarse el concepto de peligro desde una perspectiva antijurídica para luego analizar si es factible aplicarla a los delitos de peligro, siendo necesario a esta altura descubrir una definición de “peligro” que sea aplicable a los delitos de lesión.

Resulta adecuado a esta altura, incursionar en las distintas concepciones de la palabra peligro dentro de las teorías penales:

**1) Teoría Subjetiva:** Para dicha postura el peligro es el fruto del desconocimiento de las leyes causales. La persona tiene una imagen subjetiva, no real del mundo basada en la experiencia. La posibilidad o probabilidad de la producción del resultado dependerá de la mayor o menor exactitud de los datos que conocemos. La existencia de peligro surge de un juicio *ex ante* de carácter subjetivo, que en puridad define el juicio de peligro, pero no ofrece un concepto preciso del mismo. La acción resulta peligrosa cuando *ex post* no conocemos las razones por las que no se ha producido el resultado.

**2) Teoría Objetiva:** El carácter peligroso o no de una conducta no surge de la mera posibilidad de lesión sino “de la posibilidad objetiva de un resultado lesivo”. El peligro existe en el mundo real, por ello y ante la imposibilidad de encontrar un concepto indiscutible en el Derecho Penal, es que algunos autores hablan de peligro presunto,

95 Ídem, pág. 15.

reconociéndole al legislador la facultad de que en algunos casos –delitos de peligro abstracto- realice una presunción *iure et de iure* sobre la peligrosidad de la acción. Sin embargo, parte de la doctrina excluye la tipicidad de los delitos de peligro abstracto cuando se comprueba una absoluta imposibilidad de surgimiento del peligro.

**3) Concepción Normativa:** Debe objetarse a quienes consideran el peligro como mera probabilidad estadísticas y que impide al juez plantearse si efectivamente se ha concretado en el caso juzgado. Ello lleva a considerar al delito como de peligro presunto, contra lo cual se alzan quienes reivindican una concepción material de la antijuridicidad. No sólo debe considerarse el desvalor del acto, lo que desembocaría en el castigo de la desobediencia, sino que también el desvalor del resultado cumple una función de garantía, dado que el menoscabo del bien jurídico protegido, su afectación real, permite cumplir con el postulado *nullum crimen sine injuria*.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, debemos tener presente que hoy en día la dogmática del Derecho penal trabaja sobre el delito de resultado y a pesar de la importancia que tienen, no hay mucho interés en los delitos de peligro<sup>96</sup>, no obstante, el sinnúmero de peligros ha crecido y la masificación de estos como consecuencia de la evolución científica ha puesto en crisis profunda e irreversible al modelo clásico de intervención penal que protege la Escuela de Frankfurt<sup>97</sup>.

96 Hirsch, Hans Joan, “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, en obra colectiva “Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro II”, Tomo 2008-1, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008, pág. 10.

97 Castaldo, Andrea, “La concreción del “riesgo jurídicamente relevante”, en obra colectiva “Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro II”, Tomo 2008-1, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008, pág. 39.

Por lo que, si el fundamento tiene que ver con lo que el Derecho Penal debe estudiar, será este propio orden normativo quien ponga su umbral de mínima intervención y el de no intervención, siendo dable tal situación gracias a aquello que diferencia al Derecho de toda otra regulación de relaciones sociales, vale decir, la estabilización de expectativas normativas a través de su mantenimiento contrafáctico<sup>98</sup>.

Así las cosas, también es menester referenciar la posición contraria a la aquí sostenida, la cual pregona como uno de los puntos más elevados del debate que, si bien se encuentra dada la situación de justificación de lo que ellos llaman intervención preventiva antes del efectivo deterioro del bien tutelado, manifiestan que esta expansión de los delitos de peligro permite a los garantistas tener recelos de estos, toda vez que al ser incrementadas las posibilidades de colisión con los principios de lesividad y legalidad como también con el de presunción de inocencia, entienden que se vulneran una mayor cantidad de protecciones constitucionales<sup>99</sup>.

En este entendimiento, es menester, a entender de algunos autores, que para los delitos de peligro concurre como requisito esencial “la real peligrosidad de la conducta”, contemplando la misma desde una perspectiva *ex ante*, animando que “el hecho de que sea un delito de peligro abstracto no implica que pueda ser tratado como un delito de peligro presunto”, dado

98 Pérez Barberá, Gabriel, “Teoría social de sistemas y Derecho Penal de Mínima intervención”, en obra colectiva “Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro II”, Tomo 2008-1, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008, pág. 130.

99 Guisasaola Lerma, Cristina, “Tendencia expansiva de los delitos de peligro y garantías penales: Especial referencia a los delitos de peligro abstracto”, en obra colectiva “Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro II”, Tomo 2008-1, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008, pág. 214.

que para salvar algunas de las críticas que se le achacan, podría el legislador exigir la idoneidad de la acción para producir el peligro que se pretende evitar, lo cual traería más coherencia con el principio de legalidad mediante la utilización de criterios normativos de previsibilidad, vale decir, uso de una perspectiva *ex ante*, de pronóstico<sup>100</sup>.

En el ámbito de la doctrina científica, dentro de una renovada discusión acerca de la categoría de peligro, viene admitiéndose la necesidad de adelantar la intervención penal a la fase de peligro en aquellos supuestos de bienes jurídicos colectivos –v.g. medioambiente, salud pública–, donde las consecuencias no pueden sin embargo ser valoradas de forma anticipada, de modo que esperar a la constatación de la lesión, y pretender que los contornos del resultado lesivo sean abarcados por el dolo del sujeto, es tanto como garantizar la impunidad y la consiguiente desprotección del bien jurídico. Por ello, los problemas que trae aparejado este tipo de ilícitos y su generalización técnica, podrían ser subsanados por medio de una determinación e identificación más precisa de ciertos bienes jurídicos de carácter colectivo, evitando de esta manera ríos de tinta y discusiones acerca de la calificación de estos delitos, toda vez que frente a la inhibición o la criminalización de la lesión en términos tan vagos nada describirían, resultando preferible el recurso a este tipo más determinado de delitos de peligro<sup>101</sup>. A su vez, si la estructura de los delitos de peligro abstracto revela la necesidad de probar la concreta peligrosidad de la acción gracias a esta más precisa designación, la tipicidad queda perfeccionada con la mera subsunción formal de la conducta en el precepto al presumirse de forma

absoluta que unas determinadas acciones son penalmente relevantes.

Para este tipo de ilícitos, parte de la doctrina alemana les resulta inmediatamente lesionado por la acción individual, sin que se requiera acreditar la lesión a la puesta en peligro del bien mediato, es decir, la humanidad, pues la “abstracta peligrosidad” de la conducta típica para el bien jurídico inmaterial (medioambiente, salud pública) se produce desde el momento que se lleva a cabo la lesión del bien intermedio, bastando con que el dolo o la imprudencia se refiera a dicha lesión.

Sobre tal base y en el entendimiento que en la actualidad y con esta sociedad de riesgo, se estima que vivir resulta ya peligroso, se demanda al Derecho Penal un adelantamiento de la protección que permita exigir que no aguarde la producción del resultado lesivo, sino que castigue las acciones peligrosas por sí mismas. Así, la vida, la salud, la propiedad, el patrimonio de las personas, y la hacienda pública –entre otros bienes– se protegen por medio del derecho penal recurriendo a la creación de delitos de peligro, adelantando, las barreras de protección con prescindencia del menoscabo de un concreto bien jurídico.

Para ir finalizando, debemos exponer que contrariamente a lo que muchos doctrinarios piensan, hay tantos más que consideran que el desarrollo expansivo del Derecho penal resulta positivo, toda vez que las relaciones causales múltiples y su imprevisibilidad general caracterizan a la sociedad moderna y quien se oponga a tal situación natural de la evolución social, se contrapone a la modernización de este orden normativo ignorando las condiciones de actuar propias de una sociedad avanzada, lo que lo lleva a malinterpretar la ta-

100 Ídem, pág. 240.

101 Ídem, pág. 234.

rea que tiene esta rama del Derecho que es proteger precisamente al Derecho<sup>102</sup>.

Ahora bien, para ayudar a entender sobre que fundamentos se trata de consignar la idea mencionada, podríamos decir y establecer que las premisas valorativas consagradas por nuestro estado constitucional de derecho, que resultan decisivas en la elaboración de un sistema de imputación penal más racional, previsible y uniforme y que sirva para limitar el poder punitivo estatal, son las siguientes:

a) En primer término, el principio de acción – exterioridad, el cual impide que sin la presencia de una conducta humana exteriorizada pueda ser legítima la intervención punitiva del estado.

b) El principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, donde sólo autoriza el ejercicio de la coerción penal frente a una conducta humana exteriorizada y que implique lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal donde dicha afectación no esté justificada por la necesidad de preservar otro bien jurídico prevaleciente.

c) Según el principio de proporcionalidad, vinculado estrechamente al de lesividad, la gravedad de la pena debe resultar proporcionada a la entidad del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el injusto penal.

d) El principio de legalidad exige que el supuesto de hecho de cualquier delito debe ser determinado con precisión y específicamente tipificado por una ley penal previa, que describa la conducta humana exteriorizada contraria a la prohibición o al mandato contenido en la norma prima-

102 Hirsch, Hans Joan, "Sistemática y límites...", ob. cit., pág. 23.

ria, con el fin de evitar la creación de peligro para el bien jurídico.

e) El principio de reserva penal, derivado del anterior también designado como "máxima taxatividad", excluye la posibilidad de que cualquier comportamiento no comprendido en el supuesto de hecho tipificado legalmente, aunque consista en una conducta humana exteriorizada contraria a la moral o al orden público, o perjudicial de los intereses o derechos de terceros, pueda ser castigado penalmente mediante la aplicación retroactiva de la ley penal o de la analogía, que –invadiendo su zona de impunidad– implique una situación de mayor severidad para el imputado.

f) Los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad del derecho penal, vedan a esta rama del ordenamiento como *ultima ratio*, castigar con pena -la injerencia más drástica del estado en los derechos de una persona- una conducta humana exteriorizada, que afecta un bien jurídico, cuando no represente la modalidad más lesiva para aquél y pueda recurrirse a sanciones jurídicas no penales, como las de derecho civil o administrativo.

g) Finalmente, se encuentra el principio de culpabilidad que requiere que la conducta humana exteriorizada, implique una modalidad de lesión de un bien jurídico penal (lo más intolerable socialmente) para legitimar la imposición de pena a su autor o participe, debiendo existir la posibilidad de que le sea imputable objetiva, subjetiva y personalmente.

Ante estas prerrogativas, las principales consecuencias son la responsabilidad por el hecho propio (nunca por conductas de un tercero); la responsabilidad penal

del acto (no por una peligrosidad criminal derivada de una vida mal orientada); y la responsabilidad penal subjetiva, que exige que el sujeto sea imputable y tenga la posibilidad y la aptitud de conocer que con su comportamiento contraría la norma primaria; a la par, requiere que el hecho penalmente ilícito haya sido querido (doloso), o, por lo menos, se haya debido a la violación de un deber de cuidado para

evitar afectar al bien jurídico penalmente protegido (culpa)<sup>103</sup>.

Sobre tales parámetros es que el legislador, envalentonado por los conceptos vertidos en este capítulo, tiene el deber de ejercer de antemano la tarea de defender contra peligros a la sociedad toda, dado que el individuo común ya no tiene posibilidad de hacerlo, teniendo sólo el deber de obedecer a estas instrucciones de actuar.

---

103 Muñoz Conde, Francisco, *“La situación de los presos de Guantánamo: Entre la tortura y el Estado de Derecho”*, en obra colectiva *“Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro III”*, Tomo 2008-2, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008, págs. 53/55.

### I. El texto de la Carta Magna y lo ambiental según su alcance

En las últimas décadas del milenio pasado se ha avanzado sobre el aumento en la tutela de aquellos derechos que hasta ese momento no se entendían resguardados o, si lo estaban, eran impracticables. Así, los Derechos Humanos y la protección ambiental estuvieron a la vanguardia, demostrando que, a más de la íntima relación entre los mismos, eran de una imperiosa necesidad para las sociedades contemporáneas<sup>104</sup>.

Esto deja en claro que históricamente la regulación jurídica previa sobre el medio ambiente se encontraba establecida de forma parcial o sectorial. Por motivos de razón pura, existían varios ordenamientos distintos sobre animales, vegetales, bienes culturales o históricos, pero disgregadamente. Los mismos podían provenir del derecho privado, administrativo o público indistintamente y con aplicación diversificada por parte de los distintos Estados de una nación<sup>105</sup>.

Tal situación llevó a las personas a reflexionar sobre si esta cantidad de normas satisfacían la necesidad tuitiva que el mundo quería y muchos de los pensadores más importantes en la temática llega-

ron a la conclusión de que estas normas sectoriales o parciales, aunque necesarias, no cumplían con el rasgo de suficiencia que se pedía, toda vez que no tenían la manera de culminar en una construcción de la regulación ambiental de tipo uniforme que se requería<sup>106</sup>.

Por acuerdo con este panorama, es que podemos establecer que el derecho al ambiente se ve inserto en la evolución del proceso histórico de los derechos humanos, dado que ambos provienen desde el mismo fundamento y enriquecidos mediante sus diversas técnicas de defensa<sup>107</sup>. Es ante esto que desde hace un tiempo y conforme se ve de la interrelación y conquista de derechos, se habla de tres (o cuatro, según algunos doctrinarios) generaciones de derechos:

a) La primera, en donde nos encontramos con los derechos individuales, los cuales obtienen su hegemonía en el constitucionalismo liberal clásico del S. XVIII y principios del S. XIX. La conquista en examen se ubicó en el valor de la libertad de las personas respecto a los poderes absolutistas que provenían de la edad media y su sistema monárquico. Tiene auge gracias a las revoluciones de Estados Unidos de 1776 y de Francia de 1789. Ostentan una gran base filosófica y tienen poco nivel jurídico, pero sirven de fundamento para la Declaración Universal de los Derechos del

104 Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás; y Donna, Edgardo Alberto, *“Daño Ambiental”*, segunda edición ampliada y actualizada, Tomo I, editorial Rubinzal – Culzoni, Año 2011, pág. 417.

105 Rosatti, Horacio D., *“Derecho Ambiental Constitucional”*, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2007, págs. 46.

106 Ídem.

107 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 418.

Hombre proclamada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

b) Posteriormente, la humanidad lucha aún más por su evolución y logra la segunda generación de derechos, la de los derechos sociales y económicos que vienen a emerger dentro del constitucionalismo de entreguerras, mediante la racionalización de que el Derecho debía inmiscuirse en todas las cuestiones de la vida social. Entre ellos se encuentran los derechos a: la salud, el trabajo, asistencia social, etc. Tales marcos tuitivos surgen para lograr controlar los poderes del Estado y así resguardar los de los particulares dependientes de él.

c) Finalmente, entramos a la última generación (aunque en la actualidad se habla de una cuarta, pero sin ser doctrina dominante), la de tercera generación que tienen como objeto principal a la solidaridad entre las distintas comunidades, sirviendo no sólo de persona a persona sino también de persona a la sociedad y de sociedad a sociedad.

Todos estos derechos, entre los que se encuentran el de consumidor, el de autodeterminación de los pueblos, el de habeas data, junto a otros, parecen estar impulsados por el ambiental, el cual no conoce de fronteras ni espaciales ni temporales<sup>108</sup>.

Con estas apasionantes y sucesivas transformaciones, se concreta nuestra reforma constitucional, la cual incorpora dentro del texto nuevos artículos y dentro de estos a los que protegen el derecho al ambiente. En ese marco, el nuevo artículo 41, quien tiene como influencia a la Constitución Española de 1978, su doctrina y jurisprudencia, establece el marco tuitivo de lo ambiental y todo lo que a ello concierne<sup>109</sup>.

108 Ídem, págs. 418/421

109 Bernardi Bonomi, Laura Ester, *“El derecho ambiental en la Constitución Nacional. Las leyes dictadas en su consecuencia”*, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar), bajo el número de identificación SAIJ DACC030053.

Con esta norma novedosa, se da marco a una materia que no se encontraba bien identificada, dado que previo se podía establecer dentro de los derechos de tercera generación, intereses difusos, colectivos o de pertenencia difusa, en la actualidad se lo visualiza en los derechos humanos fundamentales.<sup>110</sup>

Dicho ingreso lo hace mediante un nuevo capítulo en la parte dogmática, lo cual, según no pocos doctrinarios, trae luz sobre un tema que, si bien se decía que se encontraba dentro de los derechos protegidos no enumerados en la Constitución Nacional en su artículo 33, es innovador respecto a su contenido como así también en cuanto a la comparación con los territorios que integran a Latinoamérica<sup>111</sup>.

No obstante, aun cuando estamos frente a una materia dinámica y novedosa para una Ley Fundamental, se encuentra irresoluto las complejidades que el tema tiene, lo cual se supera mediante las interrelaciones de los ordenamientos internos que permiten una meridiana clarificación a la cuestión.

Además de dichas circunstancias, se encuentra también la problemática de que el derecho al ambiente no se somete a las estructuras estatales de los diferentes países. Esto es debido a que la naturaleza no se ciñe por tales fronteras, lo que lleva a varios pensadores a la necesidad de buscar una solución que pueda dar un correcto tratamiento en los problemas globales y las disvaliosas consecuencias que esto apareja.

110 Bidart Campos, Germán J., *“Manual de la Constitución Reformada”*, Tomo 2, editorial Ediar, año 2013, pág. 60. Igualmente en <https://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/file/200000093-b7962b88fa/Bidart%20Campos%20German%20J.%20-%20Manual%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20Reformada%20-%20Tomo%202.pdf>

111 Bernardi Bonomi, Laura Ester, ob. cit.

Todo esto tiene como marco la circunstancia de que el entorno biológico está en una carrera de pista equina en la cual pierde por varios cuerpos de ventaja. Tales inconvenientes se sustentan sobre la máxima de *cuando más rápido mejor* y segrega fluidos vitales que lo están dejando sin vida. Tal suceso se da porque no están en equilibrio las actividades propias del mercado capitalista y el crecimiento o recuperación de los ambientes naturales, quedando como resultado un negativo gasto del capital de la naturaleza<sup>112</sup>.

Si nosotros como país continuamos con tales procedimientos, en breve nos veremos incumpliendo la manda constitucional respecto de preservación para las generaciones futuras, toda vez que de seguir a este ritmo de crecimiento económico desmedido sin medir las consecuencias que trae el mismo, se convertirá en un factor crítico de destrucción del entorno, dejando para nuestros descendientes un globo sin reservas y convertido en basurero porque la naturaleza se ve imposibilitada de neutralizar los desmanes provocados por la agresión y la ambición del hombre<sup>113</sup>.

Ahora bien, es menester encontrar la manera de proteger al entorno desde el derecho a la naturaleza sistémica, la cual tiene como base una innegable noción de universalidad jurídica<sup>114</sup>.

Con esto advertimos que la Constitución Argentina reformada en el año 1994 tuvo una caracterización del entorno natural claramente de contenido jurídico subjetivo, dado que en la medida en que sea un derecho para todos los habitantes lo personaliza para cada uno de los ciu-

dadanos. Además, también lo hace en el marco del procedimiento, toda vez que le otorga la vía de amparo en un contexto de derechos de incidencia colectiva<sup>115</sup>.

Dicha concepción se origina sobre la base de que, si bien se trata de bienes y objetos inmateriales o cosas muebles o inmuebles *per se*, forman, además, una comunidad absorbida por la afectación funcional de valores y efectos económicos – sociales que no puede ser disuelta. Esto no significa que tengamos que restarle valor o desacreditar aquellas regulaciones de bienes específicos, sino más bien, entender que con este proceso racional se cambia la condición jurídica del conjunto (no individualmente), en tanto su integración le concede una sobreestructura que da mayor significado a las partes que lo integran<sup>116</sup>.

### I.1 Derecho al ambiente y su correlato deber de preservarlo

En tiempos de la modernidad se empieza a generar una corriente triunfante de ideas que sostienen que el hombre en sí mismo, la persona, no es el único objeto que debe ser resguardado. Así, la naturaleza en la que este habita comienza a poseer una preponderancia progresiva sobre la base de que es una cosa que la humanidad debe respetar, en tanto es el ambiente en el que vive y si el mismo desaparece, por simple lógica, ésta también<sup>117</sup>.

Tales circunstancias han hecho que el estudio del derecho al ambiente logre relevancia respecto a cómo las formas en las que el hombre puede modificar su entorno y el equilibrio de los ecosistemas, traen consigo los consecuentes y complejos

112 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 420.

113 Ídem, pág. 421.

114 Rosatti, ob. cit., pág. 46.

115 Bidart Campos, ob. cit., pág. 60.

116 Rosatti, ob. cit., págs. 46/48.

117 Mosset, Hutchinson, y Donna, ob. cit., pág. 422.

problemas que actualmente tiene el globo terrestre<sup>118</sup>.

Desde esta perspectiva es que existe un colectivo incremento en el bienestar del ambiente que incluso ha tomado significancia en las normas jurídicas<sup>119</sup>. Tal situación ha tenido su fundamento en el desarrollado contenido de la naturaleza, el cual está conectado y relacionado internamente entre sus partes con todos los principios y valores fundamentales de nuestros ordenamientos<sup>120</sup>.

Así, entre otros ejemplos, la sociedad francesa en sus constituciones de 1946 y 1958, a pesar de no estar expresamente dispuesto, promulgó normas reglamentarias en favor de la protección de paisajes, régimen forestal, contaminación y energía nuclear. Además, en el año 1971 dispuso un ministerio gubernamental para todo lo referente a la gestión del medio ambiente<sup>121</sup>.

Para continuar, el problema del ambiente ha tenido su especial importancia también en los países con constituciones socialistas, las cuales, si bien abarcaban correctamente la temática, cayeron en desuso por la pérdida de vigencia de estas. La subsistente es la carta magna del pueblo cubano establecida en 1976 que instituye al Estado, la Sociedad y al ciudadano el deber de proteger lo concerniente con la biodiversidad natural<sup>122</sup>.

Estos aspectos también son dispuestos por varias de las Leyes Fundamentales de los países de Europa. Así, la griega de

---

118 López Alfonsín, Marcelo, *"Derecho Ambiental Constitucional"*, Revista de Derecho Público, Tomo 2009 – I. Derecho Ambiental I, Editorial Rubinzal – Culzoni, año 2009, pág. 9/10. Cita online: RC D 2995/2012.

119 Ídem.

120 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 422.

121 López Alfonsín, ob. cit., pág. 13.

122 Ídem, págs. 13/14.

1975, la portuguesa de 1976, la española de 1978, entre otras.

Todo ello demuestra que lo relativo al ambiente no se puede fragmentar, no se puede partir en la cantidad de partes como Estados hay. Por ello, es menester que desde los espacios de gobiernos competentes implementen una regulación de protección indivisible y que la misma se concrete con las correspondientes jurisdicciones según su constitución, federal, provincial y municipal, sin dejar que ninguna de ellas se encuentre en desprotección por diferencias políticas, ideológicas o de cualquier índole<sup>123</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo mencionado en los párrafos anteriores, podemos decir que los derechos no son meros simbolismos abstractos, toda vez que para tener vigencia deben ser ejercidos y poseídos por alguien o algo, dado que de otra manera no podríamos referirnos a una conquista de un derecho debido a no encontrarse identificado con nada<sup>124</sup>.

En cuanto al derecho al ambiente, la mayoría de los doctrinarios actuales sostienen que forma parte de los derechos fundamentales de las personas, que resguardan bienes exteriores de estas, pero lo hacen al solo efecto de cuidar bienes interiores de la misma y para que se desarrolle plenamente. Con ello queda catalogado como un bien jurídico relevante para el desarrollo de la humanidad<sup>125</sup>.

Así lo cataloga la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual ha definido al desarrollo sustentable como aquél que es sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano en pos de satisfacer las necesidades de las personas sin com-

---

123 Ídem, págs. 14/15.

124 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 422.

125 Ídem, págs. 423/424

prometer la de las generaciones futuras. Es en este contexto que se interrelaciona al ambiente con el desarrollo y los derechos humanos<sup>126</sup>.

Para esto se busca que el mundo logre proveer de los medios necesarios para que las sociedades puedan desarrollarse en condiciones ambientales favorables y así lograr que los seres humanos tengamos los escenarios psicofísicos correctos para nuestro desenvolvimiento actual y futuro<sup>127</sup>.

Un reconocimiento como el que tiene la tutela ambiental muestra más comprensivamente lo importante de la ecología y nos libera de la tiranía que conlleva la evaluación pecuniaria y económica de los costos y las ganancias.

Para que ello no ocurra en nuestro país, el actual texto constitucional de los arts. 41 y 43 nos traen la defensa al ambiente en dos maneras, una de fondo o central y la otra de forma o procesal respectivamente. Esto se ve incrementado por el acierto del constituyente en haberle otorgado jerarquía constitucional a varios tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22) en donde, algunos, tienen tutela ambiental directamente y otros indirectamente. A modo ejemplificativo podemos mencionar el artículo 12 inc. b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en el sistema americano, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador<sup>128</sup>.

Este Derecho Ambiental que tiene un carácter determinantemente colectivo, opera como matriz del resto de los derechos fundamentales que tienen las personas, constituyéndose como el presupuesto del

ejercicio de cualquier derecho, el cual es portado por todos los habitantes de Argentina para ejercer y proteger para sí mismos y para las futuras generaciones. Dicha concepción demuestra que lo ambiental es visto como algo indivisible y que es perteneciente a la comunidad en su conjunto<sup>129</sup>.

Sin embargo, a esta altura se debe reconocer que existe mucho temor entre los que defienden al derecho en general, dado que existen dificultades al momento de definirlo, justificarlo y fundamentarlo, lo que conlleva la idea de que puede surgir un menoscabo de la mayoría de las libertades que la humanidad ya está ejerciendo. Todo lo dicho deviene de que la calidad de vida y el ambiente adecuado diseñan el escenario constitucional en el que se proyecta la actividad de todos los sujetos, y es por esta amplitud de bienes y su correcto valor, que se generan los miedos mencionados<sup>130</sup>.

A tales afirmaciones es menester apuntar que lo que el derecho intenta proteger es la calidad del ambiente en función de la calidad de vida, es decir, que tutela un doble objeto de protección, uno inmediato, la calidad del ambiente, y otro mediato, la salud, el bienestar o la seguridad de los habitantes sintetizado en la calidad de vida<sup>131</sup>.

Es en virtud de esto que nuestro constituyente reformador agrega a través de un nuevo articulado un programa fundamental que fija objetivos como la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras, la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural

126 Bidart Campos, ob. cit., pág. 61.

127 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 423/424.

128 Cafferatta, Néstor A. (dir.), *“Tratado jurisprudencial y doctrinario – Derecho Ambiental”*, Tomo I, Editorial La Ley, año 2012, pág. 203.

129 Ídem, pág. 204.

130 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 425/427.

131 Ídem, pág. 428.

y cultural, y la preservación de la diversidad biológica<sup>132</sup>.

Con esta aseveración, junto al reparto de las obligaciones (habitantes y autoridades) y la distribución del poder dentro del territorio nacional, el constituyente modifica la parte dogmática con grandes incidencias en la articulación de los poderes públicos<sup>133</sup>.

### 1.2. El estado de la protección del ambiente antes y después de la reforma constitucional

Inicialmente la idea de considerar como un derecho fundamental de la persona el acceso a un ambiente sano surge por primera vez a nivel internacional como uno de los contenidos básicos de la Declaración de 1972, adoptada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, llevada a cabo en Estocolmo.

Con una expresión como ambiente o medioambiente, podemos establecer que es una concepción no exenta de múltiples voces. Esto que aún ocasiona inconvenientes para el mundo científico en general, pero que, por su carácter múltiple, posee indiscutiblemente una pluralidad de elementos, que a su vez pueden ser distinguidos por su individualidad (vgr. agua, animales, plantas, etc.) y, que además son heterogéneos, dado que algunos tienen vida y otros son inertes, algunos son naturales y otros artificiales creados por el hombre, algunos son materiales y otros inmateriales como la belleza de un paisaje<sup>134</sup>.

132 Cafferatta, Néstor A. (dir.), *“Tratado...”, ob. cit., pág. 224.*

133 Ídem, págs. 224/225.

134 Rosatti, Horacio Daniel, *“La tutela del Medio Ambiente en la Constitución Nacional”*, en obra colectiva *Revista de Derecho de Daños*, Tomo 2008 – 3. Daño Ambiental, Editorial Rubinzal Culzoni, págs. 7/10. Cita online: RC D 650/2012.

Estos bienes en su conjunto forman un sistema interconectado entre sí pero no por ello pierden su autonomía, la regularidad con que funcionan y las propias capacidades regenerativas. Tal esquema de trabajo, en donde los unos influyen a los otros y viceversa, demuestra que todo el entorno que rodea al mundo del hombre tiene la misma importancia como unidad que como individualidad, lo que lleva innegablemente a cuestionar los desmanes producidos por la ambición sesgada de la economía y el capital, toda vez que la alteración voraz de alguno de ellos provocará una falla en la estructura ocasionando una caótica y conflictiva subsistencia de los demás<sup>135</sup>.

Así, aun cuando hoy es casi imposible de discutir la idea mayoritariamente aceptada de que el ambiente comprende al hombre y no sólo lo envuelve, existen en su dos fases, práctica y teórica, rupturas inconsistentes con el ejercicio del derecho al ambiente. Ello pasa porque, en la faz práctica muchas veces se ve escindida la idea dominante porque hay personas que toman al bien tutelado como objeto, provocando una contraposición de lo que hacen a lo que dicen<sup>136</sup>.

Es en tal contexto en donde se fue gestando la idea de los doctrinarios en la materia respecto de la necesaria inclusión del ambiente para su protección por la Ley Fundamental. La misma no tuvo ni en el momento de su dictado, año 1853, o su primera reforma, año 1860, ninguna cláusula que diera marco tuitivo al ambiente. Sin embargo, no había nadie, en los últimos años de su vigencia, que no expresara que tales derechos se encontraban protegidos por la misma.

Tal asentimiento tiene posición firme sobre lo dispuesto por el artículo 33 de la Carta Magna, que otorga amparo a todos

135 Ídem.

136 Ídem.

aquellos derechos que no se encuentran enumerados en la misma. Además, tal falta no fue óbice para que se dictaran leyes a nivel nacional y a nivel local, las cuales tenían como bien jurídico protegido al ambiente en general o a los distintos objetos individuales que lo conforman<sup>137</sup>.

Dentro de la justicia y la doctrina tampoco existieron impedimentos para que se protegieran o se fundamentara la defensa de esos bienes. La misma se hacía sobre los artículos 14 y 67 inciso 16, actual 75 inciso 18, de donde se basaba para que no se corrompiera el suelo, el aire, las aguas, o cualquier otro bien natural o artificial que formara parte del entorno<sup>138</sup>.

Estas referencias que se encontraban antes de la reforma, tenían como pilar a la protección y garantía del ejercicio del derecho a la salud, el cual al ser considerado primordial era incondicionado y absoluto por estar identificado como un modo de ser de las personas. No obstante, la actual afirmación de considerar como derecho personalísimo al ambiente se podía encontrar previamente en las legislaciones y literaturas jurídicas alemanas, francesas e italiana, las que cuales tienen como origen la satisfacción de tutelar algunas circunstancias de mucha relevancia en torno a la afectación que producía o podría ocasionar a las personas el menoscabo de un objeto tan amplio como el medioambiente<sup>139</sup>.

Así las cosas, luego de una larga construcción científica y acabado estudio, nuestros constituyentes reformistas agregaron al ambiente como uno de los objetos tutelados por nuestra Ley Fundamental. Tal protección la establecieron en un nuevo capítulo destinado a los nuevos derechos

y garantías otorgándole una carga de importancia que aún hoy sigue siendo avanzada respecto a las demás<sup>140</sup>.

Nuestro artículo 41 dice textualmente:

*“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tiene el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.*

*Las autoridades proveerán a la protección de ese derecho a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambiental.*

*Corresponde a la Nación dictar normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.*

*Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radioactivos.”*

La norma antes descrita realiza una introducción que es poco usual en una manda constitucional, incorpora la base de un derecho y de un deber y lo hace para que el ambiente como conjunto de bienes naturales y culturales, ayude a obtener una plenitud y perfección del desarrollo humano. Asimismo, al contener el vocablo ambiente dentro del ordenamiento tuitivo, realiza una primera exclusión de discusión ya que, ante cualquier disquisición sobre la definición, se deberá primero comenzar por la interpretación que del mismo lleva-

137 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 278.

138 Ídem, págs. 278/279.

139 Ídem, págs. 433/434.

140 Ídem, págs. 428.

ron a cabo los encargados de reformar la Constitución Nacional<sup>141</sup>.

Esto, nos debe poner a pensar en que, de alguna manera hemos aprendido a que la combinación de varias declaraciones y pocas concreciones significaban el deterioro del derecho ambiental. Por lo que como sociedad tuvimos la suficiente movilización y exigencia hacia las autoridades para que se respete al medioambiente y no se incumplan los acuerdos internacionales que sobre la temática se han suscripto<sup>142</sup>.

Acá se debe poner de resalto que estos derechos de tercera generación tienen su punto de partida en el entorno sobre el cual transcurren las vidas de las personas y en donde se protegen derechos incluso de aquellas que aún no han nacido. Este ambiente sano y equilibrado trae aparejado, en cabeza del Estado, la necesidad de asegurar las condiciones ambientales que permitan a los habitantes de esta nación gozar plenamente de este derecho, por lo que le da una participación más activa a estos sobre las actividades que el país puede desarrollar en cuestiones ambientales<sup>143</sup>.

Estas garantías consisten en que cada una de las personas no modifique de manera significativa el entorno que rodea a los demás en claro perjuicio de su salud y del equilibrio natural. La fórmula contenida tiene una relación de interdependencia con las actividades que produce la humanidad, las cuales, para ser acorde a tal mandato, deben permitir el desarrollo y el crecimiento de modo proporcionado y

141 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 429/430.

142 Sabsay, Daniel A. y Fernández, Cristian H., *"Principios de solidaridad, cooperación y equidad intergeneracional"*, editorial La Ley, 09/03/2017, AR/DOC/315/2017, pág. 5.

143 Sabsay, Daniel A., *"El estado de la cuestión ambiental a 20 años de la Reforma"*, en suplemento constitucional 2014 (octubre), editorial La Ley, 02/10/2014, AR/DOC/3157/2014, pág. 1.

equilibrado sin destruir la naturaleza tanto natural como artificial<sup>144</sup>.

Todo lo dicho nos muestra que lo que se pondera en la Constitución Nacional mediante la reforma, es el uso racional del bien jurídico ambiente. Este concepto indeterminado tiene la característica de depender de cada momento y de cada caso en particular, en donde debemos tener presente uno por uno la multiplicidad de factores que sobre él inciden<sup>145</sup>.

Nuestros constituyentes también pusieron sobre la mesa un dilema contemporáneo de envergadura que tienen todos los países, la necesidad de generar desarrollo económico para satisfacer las necesidades crecientes del país, sumado a la alarma producida gracias a los efectos nocivos que algunas de las formas de desarrollo generan en la naturaleza<sup>146</sup>, problema que se resolvió en favor de que el progreso tiene que tener como freno la sustentabilidad de la diversidad biológica nacional.

Esta reforma, además de lo precedentemente dicho, tiene consecuencias directas sobre la actividad del Poder Ejecutivo, el cual tiene una obligación de presentar un informe anual sobre la temática al Congreso de la Nación, en el cual cada habitante puede intervenir mediante la interposición de los reclamos administrativos pertinentes para ello. Asimismo, teniendo en cuenta la apertura a la participación ciudadana que pregona la modificación, es indispensable que el Estado, en cualquiera de sus órdenes, convoque a audiencias

144 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 431.

145 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 431/432.

146 Gelli, María Angélica, *"Constitución de la Nación Argentina"* comentada y concordada, 4ta. edición ampliada y actualizada, 4ta. reimpresión, Editorial La Ley, año 2011, pág. 568.

públicas para dar a conocer las actividades que puedan menoscabar el entorno.<sup>147</sup>

Dichas circunstancias muestran que la reforma sirvió para que nuestra Carta Magna exprese una visión de la persona y de la política en constante vinculación, las cuales no sólo se ciñen al pasado que tuvieron en común, sino que miran hacia el presente y no descuidan a las generaciones venideras. Tal afirmación se condice con lo referido en nuestro preámbulo, en donde establece que esta Nación es *para nosotros y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*<sup>148</sup>.

Una situación más que evaluó e incluyó en el texto es la particularidad de la cuestión ambiental en torno a la incidencia sobre los territorios, lo que resolvió mediante la disposición de una política de concertación y coordinación hacia un federalismo cooperativo y de deberes. Esto trajo consigo la transformación de un debate de centurias sobre la competencia en los recursos, quedando la materia ambiental y la preservación de sus recursos naturales en manos de los gobiernos provinciales por falta de delegación<sup>149</sup>.

Sin perjuicio de ello, todos los constituyentes también estuvieron en consonancia al establecer que, si bien es cierto que los recursos naturales son de las provincias, el gobierno federal debe, en su carácter de protector de todos los habitantes de la nación, establecer los presupuestos mínimos de protección de todo lo concerniente al entorno ambiental<sup>150</sup> lo cual realizó mediante el dictado de la ley 25.675 bajo el nombre de Ley General del Ambiente.

147 Ídem, págs. 575/576.

148 Ídem, pág. 577.

149 Ídem, págs. 570/571.

150 Ídem, pág. 573.

## II. Los alcances de poseer en la Constitución Nacional un Derecho al ambiente

El objeto de tutela ambiente, al ser muy amplio en cuanto a su extensión territorial, es lógico que se encuentre sometido a los ordenamientos jurídicos de todos y cada uno de los lugares en donde está. Tal situación se da en el marco de la forma de gobierno constitucionalmente adoptada y según el Estado que los dicte (nación, provincia o municipio), el grado legislativo que lo sancione (congreso, legislatura, consejo deliberante), y la forma de ordenarlo dentro del derecho (civil, penal, administrativo, agrario, etc.)<sup>151</sup>.

Con este modo de regular este bien jurídico se genera un sinnúmero de normas tuitivas que llevan a que el marco ambiental sea heterogéneo, disperso, extenso, cambiante, en expansión acelerada, con disposiciones contradictorias, reiterativas y creadoras de más legislaciones y estructuras que continúan generando más normas. No obstante, este extenso marco normativo que se complejiza por la cantidad y lo imposible de su conocimiento acabado, al día de hoy es ineficaz e insuficiente<sup>152</sup>.

Dichas normas jurídicas se deben a la específica razón de que, no hace mucho, se comenzó a sostener que el hombre es un administrador y custodio del globo, por lo que no puede usar de éste como cualquier objeto. Este posicionamiento ha llevado a que el derecho al ambiente tenga implicancias sobre todas las ciencias sociales juntamente con consecuencias sobre la cultura, la política y la Constitución Nacional<sup>153</sup>.

151 Valls, Mario F., *"Derecho Ambiental"*, segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, año 2012, pág. 72.

152 Ídem, pág. 73.

153 Rosatti, Horacio Daniel, *"Consecuencias culturales de la tutela constitucional del Medio Ambiente"*, en obra colectiva *Revista de Derecho de Daños*,

Esta biodiversidad o diversidad biológica, no solo animal sino también humana, tutelada por el artículo 41 de la Carta Magna tiene en cuenta la inmensa cantidad de especies que hay en nuestro entorno natural, en donde a su vez se dividen conforme a los diferentes sistemas vivientes que cada lugar o región posee<sup>154</sup>. Esta circunstancia muestra que la naturaleza apoya la regeneración y reproducción de los seres vivientes, es decir, la subsistencia de la variedad y no la destrucción de esta<sup>155</sup>.

Con ello, podemos decir que nos encontramos frente a un verdadero estado ecológico del derecho que tiene carácter pleno e integral, dado que proviene de un gran completo sistema normativo que incorpora el reformista constitucional en donde regula acabadamente al ambiente. Este pone como objetivos el cuidado de la salud, del equilibrio y de la diversidad biológica y social<sup>156</sup>.

Es sobre este estado que la humanidad, a pesar de lo que la desigualitaria competencia económica pretende, se encuentra protegida en dos sentidos, uno como animalidad sobreviviente y otro como persona cultural. Esto en nuestro país encuentra asidero en el mandato impuesto al congreso de proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social<sup>157</sup>, demostrando que nuestros constituyentes ya pensaban en un ecocentrismo constitucional.

Lo dicho está en consonancia con la idea jurisprudencial de que los derechos funda-

---

Tomo 2011 – 1. Daño Ambiental, Editorial Rubinzal Culzoni, págs. 21.

154 Ídem, pág. 22/23.

155 Ídem, pág. 26.

156 Quiroga Lavie, Humberto, en obra colectiva "Tratado jurisprudencial y doctrinario – Derecho Ambiental", Tomo II, Volumen A, año 2012, pág. 535.

157 Ídem, pág. 536

mentales son derechos subjetivos, no solo en cuanto a ser ciudadanos sino también como garantía de status jurídico<sup>158</sup>.

Así, podemos establecer que el ambiente al que todos tenemos derecho contiene la idea de específicas definiciones como los son el deber ser: sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades de las personas sin comprometer las de generaciones venideras. Esto da contenido al nuevo derecho y modela una protección más amplia que a una prohibición de contaminación<sup>159</sup>.

## II.1 Ambiente sano

Se considera que un ambiente está sano cuando no tiene degradaciones ni perjudica u ocasiona daños a la humanidad respecto de su bienestar físico, mental y social. Todo esto debe darse igualmente dentro de los lugares que habitan y también para aquellos que aún no han nacido. Asimismo, desde que la filosofía ecocéntrica tiene prevalencia, un entorno ambiental sano también sustenta la idea de que la naturaleza y sus diversas especies que la componen deben gozar de esta sanidad.

Muchos pensadores son del razonamiento que cuando nos encontramos hablando de ambiente sano debemos involucrar una referencia al parámetro que las personas usamos como salud, es decir, que utilizamos una definición antropocéntrica para determinar un derecho deber ecocéntrico.

Aquellos que sostiene tal argumento exponen que todo lo que se encuentra dentro del marco de lo ambiental es de orden público, toda vez que para lograr una con-

---

158 Ídem, pág. 537.

159 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 283.

tinuación de la sociedad que pueda tender hacia el futuro debe vinculársele juntamente con la salud y la vida de las personas<sup>160</sup>.

Una forma de darle contenido internacional es mencionar que mediante el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, existen varios instrumentos entre las diversas naciones del mundo en donde establecen que el derecho al ambiente es de carácter suprainterno. Un ejemplo de ello es el Protocolo de San Salvador de 1988, dictado por la Organización de Estados Americanos, que en su artículo 11 incluye el derecho que toda persona tiene a vivir en un ambiente sano<sup>161</sup>.

## II.2 Ambiente equilibrado

Cuando nosotros hablamos de ambiente tenemos que tomar en consideración que no es una suma de elementos sino más bien un sistema interdependiente que tiende a conseguir siempre un equilibrio entre sus componentes. De esta manera, tanto el hombre como los animales nos vemos sujetos a las influencias que cada uno de los demás elementos tienen sobre nosotros y en donde, a veces, notamos las diversas intensidades y movimientos para lograr tal equidistancia<sup>162</sup>.

Como todo sistema, el ambiente posee ciertos elementos que lo caracterizan y le dan una especificidad particular, a saber:

a) el espacio común que tienen entre sí, abarcando a todos sus componentes;

b) la tierra, elemento principal a través de la cual los demás elementos florecen y se desarrollan, la cual es pasible de ser dañadas mediante las actividades antrópicas

para subsistencia de la humanidad, circunstancias que muy a menudo terminan siendo de destrucción y desolación;

c) los vegetales, seres vivientes que interrelacionan con los demás elementos de la naturaleza realizando intercambios con la tierra, el agua y los animales para poder proseguir con su vida y encontrar su equilibrio;

d) los animales, criaturas evolucionadas que sostienen el movimiento en la tierra y hacen de ella un lugar para vivir. Es mediante ellos que todos los componentes pueden trasladarse a otros lugares y, como los vegetales, también dependen de los demás para seguir viviendo;

e) el agua, elemento líquido que supera ampliamente dentro de la superficie terrestre, conserva la vida del resto de los componentes y además permite que la humanidad logre desarrollarse y evolucionar;

f) la atmosfera, capa invisible de gas extraterrestre que protege a todos los seres vivientes de los rayos y del calor que el sol emana, permite que no nos congelemos a través de las temperaturas bajo cero que podrían ingresar desde el espacio;

g) la humanidad, el animal más evolucionado de todos, dotado de razón y entendimiento que le permiten cuidarse, protegerse, satisfacer sus necesidades y lograr equilibrio con su entorno. Por desgracia, muchas de las personas se han dejado vencer por las leyes de la economía y la avaricia generando un uso irracional y desmedido del ecosistema al que desbastó y destruyó<sup>163</sup>.

Así, y en base a lo que se expuso en los párrafos anteriores, tenemos que definir que un ambiente equilibrado es la recepción de una filosofía que desde los años sesenta se encuentra en continua lucha

160 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 284/285.

161 Ídem, pág. 285.

162 Valls, Mario F., ob. cit., pág. 4.

163 Ídem, pág. 5.

con el capitalismo despiadado. El ecocentrismo tiene la particular visión de que a la naturaleza no le debemos desbaratar sus componentes ni sus relaciones, dado que si ello pasa, los inconvenientes y problemas que acarrea es la destrucción total de las especies incluyendo al ser humano, por lo que es mejor que, ante una realidad que sólo piensa en la superación personal aún a costa de pisotear al compañero, se cambie de paradigma y se entienda que una relación armoniosa con todos los componentes del ambiente nos permitirá una mejor calidad de vida para nosotros y para nuestros descendientes.

### II.3 Apto para el desarrollo humano

Los reformistas tuvieron el acierto de conceptualizar a la materia ambiental y, dentro de esta, a la calidad de vida, y con ello poner en primer plano a la Constitución Nación desde esta perspectiva. Con ello se definió al desarrollo humano consagrándolo como uno de los puntos fuertes del nuevo paradigma que se está implementando.

El desarrollo humano se vino perfeccionando como concepto desde hace ya varios años, no obstante, su mayor evolución la ha tenido a través de los documentos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el cual en uno de sus informes en el año 1990, lo define como el proceso mediante el cual se amplían las oportunidades del ser humano, estableciendo como las más esenciales a disfrutar de una vida prolongada y saludable; adquirir conocimientos; y tener acceso a los recursos necesarios para una vida decente<sup>164</sup>.

---

164 López Alfonsín, ob. cit., pág. 25.

Tal análisis de la humanidad viene dado por la creciente demanda que se hace sobre el ambiente, el cual va creciendo progresivamente como consecuencia del incremento de la población. El ser humano ha ocupado, usado y deteriorado a la naturaleza, lo que ha llevado a que, tras mucho tiempo de utilización irracional, se cambie la visión y el paradigma<sup>165</sup>.

Este proceso debe crear un propicio ambiente para que todas las personas puedan tener un desarrollo exponencial y contar con todas las oportunidades para llevar una vida razonable conformes a sus necesidades. Sobre esta base es que se ha establecido que el desarrollo humano tiene dos aspectos: la formación de capacidades humanas para mejorar sus conocimientos y destrezas y el modo en que las personas utilizan esas capacidades adquiridas para sus actividades sociales, políticas y culturales<sup>166</sup>.

Dicha situación se pone en consideración dentro del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y en 1992 se establece que desarrollo humano es un concepto amplio e integral pero que es menester avanzar aún más entre este y el medio ambiente. Esto es debido a que un desarrollo humano no puede considerarse como anticrecimiento, como tampoco se puede creer que un crecimiento económico es lo único necesario, toda vez que la humanidad necesita además al ambiente para evolucionar como sociedad<sup>167</sup>.

Tales circunstancias implican una creciente satisfacción de la calidad de vida. Con ellas se busca un crecimiento a la idea de igualdad y dignidad que permita que el común de las personas evolucione y progrese<sup>168</sup>.

---

165 Valls, Mario F., ob. cit., pág. 7.

166 López Alfonsín, ob. cit., pág. 25/26.

167 Ídem, págs. 27/28.

168 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 286.

Siguiendo esta tesis, nuestros constituyentes han considerado a los humanos con cierta capacidad en potencia, teniendo su desarrollo para incrementar la misma y con ello sus posibilidades de oportunidad. Por esto la reforma constitucional se considera orientada al progreso humano que tiene como punto de referencia no sólo la dimensión cuantitativa propia del economicismo sino también una cualitativa entendida desde el hombre y su interrelación con los demás elementos de su entorno natural y cultural<sup>169</sup>.

#### II.4 Apto para las generaciones futuras

En la actualidad, aún hoy, hay personas que se encuentran discutiendo la disyuntiva para resolver si tenemos que progresar como humanidad o debemos conservar la naturaleza. Lo resuelven a modo de una cosa o la otra cuando en realidad no tenemos que llegar a ese inevitable sacrificio. Tal situación tiene su resolución en la puesta en práctica de la idea sostenida a nivel nacional e internacional en cuanto a que la protección del ambiente no debe menoscabar al progreso de la humanidad, sólo tienen que interrelacionarse de una manera que permita a las personas perdurar para que las generaciones futuras puedan lograr el disfrute y uso del mundo<sup>170</sup>.

Así, nuestra Carta Magna lleva a que, en el marco de un ambiente sano y equilibrado, se evalúe también la incidencia sobre las generaciones futuras. Con esto se tiene en cuenta la necesidad de asegurar que el ambiente se encuentre sustentable también para las generaciones venideras,

dado que, de no fijarse dicho futuro, se estaría incumpliendo y desobedeciendo su manda.

De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico tiene establecido el compromiso de tutela del ambiente en el interés de las futuras generaciones y tal responsabilidad la lleva a cabo mediante la obligación de medir en los tiempos más lejanos la previsibilidad de poder en el corto plazo modificar las conductas sociales que llevan a la polución ambiental<sup>171</sup>.

Todo lo dicho quiere sostener en términos ambientales, al vínculo existente entre las distintas generaciones que se encuentran para que la Nación subsista como tal. Esta relación intergeneracional debe ser respetuosa y responsable, toda vez que, de no llegar a tales parámetros, se encontrarían las personas presentes con una deuda de tipo ambiental que tendría que ser soportada por sus futuros descendientes<sup>172</sup>.

Estos responsables de la protección ambiental deberán velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes. En este contexto, se habilita a cualquier persona a accionar en contra de quien esté produciendo contaminación, incluyendo a las personas de orden público que se consideran perdurables (Estado, defensor del pueblo y Ministerio Público)<sup>173</sup>.

Aquí se trata de comparar la capacidad de absorción del ambiente con su capacidad de carga de elementos contaminantes, este resultado permitirá que las futu-

169 López Alfonsín, ob. cit., pág. 30/31.

170 Sabsay, Daniel A. y Fernández, Cristian H., *“Principios de solidaridad, cooperación y equidad intergeneracional”*, editorial La Ley, 09/03/2017, AR/DOC/315/2017, pág. 2.

171 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 286/287.

172 Rosatti, Horacio D., *“Derecho...”*, pág. 75.

173 Rinessi, Antonio Juan, *“Los principios del derecho ambiental”*, Revista de daños, Tomo 2008-3 Daño ambiental, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2009, pág. 102, RC D 1987/2012.

ras descendencias puedan juzgar sobre el capital ambiental que les dejamos. Esta circunstancia les permitirá analizar qué tipo de cultura ambiental tenemos ahora y cuál tendremos hacia adelante. Nuestro mayor logro sería dejarle un ambiente en donde el resultado de la operación diera positivo, para que, de esta manera, las generaciones futuras sigan nuestros pasos y, de escalón en escalón, vayamos mejorando la naturaleza<sup>174</sup>.

Entonces, para dejar más claro esto, la idea es que la protección del planeta es una deuda que todos tenemos para con las generaciones futuras y fue en virtud de ello que la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, creada por las Naciones Unidas, indicó en 1987 que el desarrollo para ser sustentable debe satisfacer las necesidades del presente sin comprometer la capacidad futura de las generaciones respecto a sus propias complacencias<sup>175</sup>.

## II.5 Su desarrollo sustentable

Como primera medida y atendiendo a la coherencia que debe guardar este trabajo, se debe remitir a lo expuesto en el capítulo 1, punto II.8 Principio de sustentabilidad, en donde se muestra un poco más expuesta la idea sobre lo que se debe interpretar como sustentabilidad ambiental.

La idea de desarrollo sustentable se ubica hoy en día dentro de la variable ambiental como de suma importancia, inexcusable, para la toma de decisiones respecto del crecimiento de una determinada sociedad y con esto se tiene en miras a la viabilidad de supervivencia del planeta para el presente como para el futuro<sup>176</sup>.

174 Rosatti, Horacio D., "Derecho...", págs. 78/79.

175 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 287.

176 Sabsay, Daniel A., "El estado de la cuestión...", ob. cit., pág. 1.

Esta concepción lleva consigo una visión que entiende que debemos ostentar una estructura antimercantilista, en donde las personas son los custodios y resguardadores de su propio entorno y no sus dueños. Por ello, se dice que el desarrollo sustentable no habla en términos contables en donde no se ven los factores que integran el inventario, sino que se tiene un cúmulo de valores que deben ser mantenidos en el tiempo y que los mismos lleven a que las sociedades del futuro los implementen y agreguen los suyos propios, todos en razón de lograr un ambiente perpetuo<sup>177</sup>.

Por lo que este tipo de desarrollo tiene entre sus principales objetivos la idea de que se genere una evolución conjunta entre los sistemas que las personas creen y los ecosistemas naturales, para que de este modo se sostenga el cambio en la manera de considerar al desarrollo<sup>178</sup>. Este abarca la planificación en la dimensión ambiental destacándola por sobre todas las demás actividades antropocéntricas para evitar y mitigar los daños que puedan producirse<sup>179</sup>.

Dicho posicionamiento se entiende sobre el fundamento de que el desarrollo sustentable configura un tipo o modelo duradero de crecimiento que entrama consigo la vida de las personas, la flora y la fauna de nuestro globo dentro de su hábitat. Es por esto por lo que es menester que las políticas actuales tengan en cuenta también al futuro, dado que de tener perturbaciones o daños ambientales que puedan producirse en el mediano plazo, no se cumpliría con este parámetro de precauciones necesarias y sería imprescindible una intervención más invasiva<sup>180</sup>.

177 Rosatti, Horacio Daniel, "La tutela del Medio Ambiente...", ob. cit., pág. 20/22.

178 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 288.

179 Rinessi, Antonio Juan, "Los principios del...", ob. cit., pág. 108.

180 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 288/289.

Para esto se sostiene que el destino es lograr un desarrollo sostenible que garantice la satisfacción del derecho fundamental al ambiente sano. La velocidad para recorrer el camino se encontrará establecida por el principio de progresividad y deberá hacerlo con el menor costo posible para los derechos individuales, dado que es una herramienta de armonización entre el derecho ambiental colectivo y los derechos individuales patrimoniales<sup>181</sup>.

### III. El Derecho constitucional al ambiente y las capacidades de su naturaleza jurídica

Atendiendo a que el Derecho tiene como objetivos principales a cumplir, entre otros, la ordenación de las relaciones sociales y de la vida dentro del entorno, y que cuando los problemas ambientales surgen dependen de esta interrelación que, cuando es efectiva, tiene la importancia que merece dentro del interés general, el ambiente se convierte en un bien jurídico al que corresponde proteger y regular<sup>182</sup>.

La protección a los sistemas ambientales se enmarca en lo que la doctrina denomina derechos de tercera generación o de la solidaridad, los cuales se caracterizan por ser derechos públicos subjetivos en donde la sociedad en su conjunto o los sectores que la integran son sus titulares.

Esto se tradujo en el texto constitucional con hacer explícito un derecho ya adquirido a través de los derechos no enumerados (art. 33), por lo que implicó darle jerarquía y poner en cabeza del Estado y

181 Giacosa, Natalia y Lloret Juan Sebastián, *“El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación”*, publicado en *Jurisprudencia Argentina, Especial de Derecho Ambiental*, fascículo 13, año 2011, pág. 3.

182 Rinesi, Antonio Juan, *“Los principios del...”*, ob. cit., pág. 106.

sus particulares derechos y obligaciones propios de los menesteres que se requieren para un buen cumplimiento e implementación<sup>183</sup>.

Como se ha dicho en oportunidades anteriores, esto es la evolución de dos posiciones antagónicas que tienen en sus argumentos circunstancias que hacen a la diferenciación entre los antropocentristas y los ecocentristas. Los primeros entienden que lo que tenemos que tutelar es la salud del hombre por lo que, lo debemos buscar como sociedad, es una calidad de vida humana sin importar su contexto. Ahora, la otra posición, dominante actualmente, sostiene que la ponderación se debe hacer sobre la calidad del propio ambiente, siendo necesario normas de calidad ambiental exógenas de los derechos clásicos<sup>184</sup>.

Así, las normas o principios de la Constitución Nacional, cuyo fin es defender la persona, su dignidad y su correcto desarrollo ante el detrimento que ocasionan las tecnologías actuales, no son sólo para leerlas y dejarlas, son impenetrables barreras de derechos que ayudan a fortalecer las relaciones entre las personas y de éstas con el medio ambiente, haciendo que sus normas sean de aplicación directa e inmediata por Tribunales de todo el país<sup>185</sup>.

#### III.1 Ambiente como derecho subjetivo

Históricamente en el derecho romano definía al derecho subjetivo como la facultad de obrar en contraposición con la norma legal. Por eso se sostiene que la palabra derecho tiene dos acepciones, una como con-

183 Quiroga Lavie, Humberto, en obra colectiva *“Tratado jurisprudencial y doctrinario...”*, Tomo II, Volumen A, año 2012, págs. 538/539.

184 Rosatti, Horacio Daniel, *“La tutela del Medio Ambiente...”*, ob. cit., pág. 20/22.

185 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 435.

junto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad y otra como facultad o poder del individuo que le permite realizar determinados actos<sup>186</sup>.

La característica de los derechos subjetivos está en las relaciones personales de carácter inmediato, las cuales sólo ocurren cuando la norma reconoce que una determinada situación jurídica tiene a un sujeto titular de ese derecho. Dentro de estos, existe la división ramal entre público y privado, los cuales se diferencian por la relación que ambos garantizan, así, el derecho subjetivo público, relaciones de derecho público, y el derecho subjetivo privado, consiguientemente relaciones de derecho privado<sup>187</sup>.

Al reconocer al ambiente como un derecho, nuestra Carta Magna lo diferencia de una expectativa y con ello le otorga su máxima intensidad. No obstante, sobre este derecho se da la particularidad de que el sujeto destinatario de la pretensión también, y concomitantemente, es su agente. Esto se debe a que tienen que asumir un activo protagonismo para que todo sea con el más grande de los grados y no sea mera retórica.

Tal situación nos muestra que estamos ante un derecho que se alimenta de su correlativo deber y que no depende únicamente del Estado, sino que, y de varias y muchas maneras, la tutela por un ambiente sano, equilibrado y apto depende asimismo de sus habitantes en su totalidad, como individuo y como grupo. Esto es una consecuencia lógica de la jerarquización normativa que supone la inserción explícita del derecho-deber en la Ley Fundamental<sup>188</sup>.

---

186 Ídem, pág. 437.

187 Ídem.

188 Rosatti, Horacio Daniel, *“La tutela del Medio Ambiente...”*, ob. cit., págs. 13/14.

La esencia del derecho subjetivo está en el poder ideal que surge a favor del sujeto sobre la esfera de influencia del objeto de la relación. El poder del sujeto sobre dicha esfera no es más que el imperio de la misma norma, pero concretado en el sujeto y no objetivo y abstracto. Por ello, todo derecho subjetivo, en el caso concreto, se encuentra enmarcado en las facultades o posibilidades de actuación para que el mismo sea reconocible<sup>189</sup>.

Ahora bien, aun cuando nos encontramos con una doctrina asentada, el ambiente al ser un bien indeterminado y que no sea un objeto al cual pueda atribuírsele un solo titular, es un impedimento para que se lo pueda considerar como un propio derecho subjetivo.

La tutela sobre el ambiente de manera directa o indirecta se fundamenta en valores y parámetros de calidad, dado que no es intangible y por su propia naturaleza se encuentra en el goce o placer de su disfrute con una determinación de lo posible. Nuestro artículo 41 de la Constitución Nacional consagra en su texto una posición jurídica garantizada o un interés jurídicamente protegido colocándolo a este bien colectivo en una situación de disfrute<sup>190</sup>. En este marco, el Estado en cualquiera de sus órbitas, debe preservar el entorno que otros han diezmado, dado que es un bien que tiene que ser protegido aun cuando no haya daños porque su violación es en contra de todos y de cada uno.

Ello es así porque no se trata de un derecho individual sino más bien de un derecho de incidencia colectiva, en donde cualquiera puede verse afectado individualmente, pero a nombre del grupo social al que pertenece y en donde el ambiente se vea afectado<sup>191</sup>.

---

189 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 438.

190 Ídem, págs. 439/440.

191 Quiroga Lavie, ob. cit., pág. 539.

### III.2 La caracterización del ambiente en el marco constitucional

Inicialmente, dentro de aquellos que nos encontramos en el continuo descubrimiento de una rama jurídica tan evolutiva como el derecho ambiental, está la concepción muy sostenida de que este derecho se modifica de manera permanente y según vaya creciendo la temática. Sin perjuicio de ello, desde hace un determinado tiempo se mantiene la opinión de que este bien tutelado es un derecho humano, fundamental, con alta dimensión social y de fuerte contenido prestacional.

Para la concreción como parte de los derechos humanos más elementales, el ambiente se establece como objeto de tutela para proteger a las personas de la voracidad de la economía posmoderna mediante nuevos y mejores, aunque dispersos, ordenamientos normativos. Así, el derecho a un ambiente sano debe ser hoy por hoy uno de los pilares de la rama fundamental de los derechos humanos, dado que por su importancia e implicancia es equiparable a los más importantes, tales como el derecho humano a la salud y a la vida, y lo hace por ser presupuesto de ellos.

El establecimiento como derecho humano plantea para los pensadores jurídicos una cuestión decodificante, toda vez que los ordenamientos que se disponen sobre el ambiente y su cuidado modifican el estado de las cosas, es decir, la armonía jurídica, y plantea una nueva manera de entender los derechos, los cuales se organizan según las regulaciones que sobre el ambiente se vayan dictando. Tal situación hace que algunos doctrinarios sostengan que este derecho es herético<sup>192</sup>.

192 Coutenceau, Roberto, sobre referencia bibliográfica de Carlos Aníbal Rodríguez en "El Derecho Hu-

No obstante, al día de la fecha y gracias a la insistencia de grupos de personas que consientes del desmedro del mundo lo llevaron a cabo, el derecho al ambiente es considerado un derecho humano respecto a su extensión y a su implementación.

Todo comenzó mediante la Conferencia de Estocolmo de 1972, cuando en su primer principio declaró que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, igualdad y condiciones de vida adecuadas en un ambiente de una calidad tal que permita un desarrollo humano digno.

Con esto se trató de dar un marco exponencial a la vida de todos los seres vivos y sobre todo a los aspectos natural y artificial del medio humano. Esto permitió determinar lo esencial que es para el bienestar de las personas, individualmente, y a la naturaleza en general, el goce de un derecho tan elemental como el que da tutela al bien ambiente.

Tal estructuración ha llevado a que la doctrina dominante se refiera a él como un derecho de superposición que, por sus características de inalienabilidad e irrenunciabilidad, opone restricción a muchos otros derechos, incluso los denominados de primera generación o clásicos, vale decir, el de propiedad, de comercio e industria, etcétera<sup>193</sup>.

Una situación como esta, para aquellos que nos encontramos en continuo pie de guerra y defendemos el derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto, es una redundancia y una cuestión de perogrullo que no requiere ninguna elucubración exacerbada para mantenerlo vigente, aun

*mano al Ambiente Sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos*, pág. 343/344. cita online [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140124-coutenceau-derecho\\_humano\\_al\\_ambiente.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140124-coutenceau-derecho_humano_al_ambiente.htm).

193 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., pág. 449.

### III.3 Deber de preservación

así, hay juristas a favor del ambiente que sostienen y manifiestan que no se lo ha profundizado como se requiere desde la rama constitucional, lo que lo lleva a tener consecuencias que en la práctica modifican la forma en que se lo utiliza.

De tener los Tribunales y operadores jurídicos una visión como la aquí sostenida, se deberán cambiar los métodos interpretativos de las normas que utilizan todos los Jueces, Fiscales y Defensores. Asimismo, se modificará la interpretación que hagan los abogados y los organismos defensores de los derechos humanos y, con la importancia que estos le impriman a los mismos, tal marco ayudará a que las políticas públicas que elabore el Estado tengan el diseño y la aplicación que corresponde para un derecho de tal jerarquía<sup>194</sup>.

Por esta postura y porque, mediante el trabajo de nuestros reformadores constituyentes, se ha positivizado en nuestra Ley Fundamental, se entiende que el derecho al ambiente es un derecho primordial que otorga medios de protección y garantía frente a los menoscabos del entorno que puedan ocasionarse, como así también a la omisión de acciones por parte de los estamentos gubernamentales encargados de prevenirlos.

Asimismo, al basar su aplicación y efectividad en la solidaridad y la coordinación, es un derecho de carácter social o comunitario y de incidencia colectiva. En virtud de dicha calidad, es un derecho parámetro, pues, modula el grado de éxito que se obtiene en la calidad de vida, en donde a mayor calidad, mejor y más pleno es el disfrute de todos los derechos<sup>195</sup>.

Estamos en una modificación en nuestra forma de ver el mundo, es posible que sea la mayor transformación que sobre el pensamiento se haya hecho. Esto nos permite que las controversias que se dan en el mundo jurídico actúen directamente sobre la problemática del derecho que consiente llevar a cabo y concretar una gran modificación, incluso interponiendo un nuevo orden jurídico y de cambio en los institutos clásicos. Abarca tanto el derecho público como el privado, el civil como el penal y el administrativo, es sustancial y formal a la vez<sup>196</sup>.

Este Derecho ambiental no es un conjunto de leyes que regulan la política ambiental, sino que son principios y valores que muestran la posición de la humanidad ante el medio ambiente. Sin embargo, teniendo en cuenta que es un derecho nuevo y joven tanto en doctrina como normativamente, eso lo hace dinámico y cambiante continuamente buscando entrometerse en todas las facetas del derecho en donde pueda influir, incluso sin consentimiento de las demás ramas<sup>197</sup>.

Por esta razón es que se sostiene que es un específico deber jurídico el deber de preservarlo. Tal situación se hace ostensible a todos y cada uno de los habitantes de esta nación en una suerte de agentes públicos, en ciudadanos ambientales.

Sin perjuicio de ello, estas obligaciones también pesan en cabeza del Estado en cualquiera de sus órbitas, las cuales no se ciñen únicamente a cuestiones de omisión sino también, y en igual medida, a prestaciones positivas, las cuales buscan

194 Coutenceau, Roberto, ob. cit., pág. 349.

195 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 449/451.

196 Cafferatta, Néstor A. (dir.), *“Tratado jurisprudencial y doctrinario – Derecho Ambiental”*, Tomo I, Editorial La Ley, año 2012, pág. 13.

197 Ídem, pág. 15/16.

optimizar su preservación y evitar así que otros le ocasionen un daño irreparable<sup>198</sup>.

Muchos mencionan que vivimos un momento de especialización, no obstante, cuando nosotros hablamos de especialización de la rama ambiental del derecho lo hacemos con una doble óptica, como acotamiento del objeto ambiente como estudio y a la profundización del mismo mediante su análisis exhaustivo<sup>199</sup>, por lo que debemos continuar en el enfoque de lo que en realidad se hace de importancia.

Así, dentro del mundo contemporáneo occidental nos encontramos discutiendo si es mejor un crecimiento sostenido o un desarrollo sustentable y aunque pueden sonar similares, en este tema son diferentes. Aquí, crecimiento sostenido es el aumento constante a través del tiempo de la economía, en discordancia con el desarrollo sustentable que se encuentra relacionado con una diversificación de tal ciencia, dado que de esta manera no se depende para la subsistencia de las personas sólo del consumo exacerbado de recursos y se permite mantener un sistema que pueda incrementar la satisfacción de aquellos menos beneficiados de la sociedad<sup>200</sup>.

Todo esto se enmarca en una característica principal de la rama, vale decir, derecho-deber, la cual se determina en función de la exigencia del desarrollo de la humanidad y es pasible de reconocimiento a todos sus integrantes, toda vez que depende del juicio de prelación que se realiza cuando se estudia. Así, se manifiesta de acuerdo con el interés preponderante y hasta donde va su alcance en los conflictos concretos y cómo se los equilibra.

198 Bidart Campos, ob. cit., pág. 62.

199 Rosatti, Horacio D., "Derecho...", pág. 27.

200 Ídem, págs. 69/72.

Esto necesariamente infiere que todos tenemos el deber de soportar ciertos sacrificios que nos lleven a la posibilidad de un mejor ejercicio de éste. Lo dicho recae sobre el Estado, pero muy particularmente sobre los ciudadanos del mismo, los cuales están constreñidos a contribuir en el cumplimiento del orden jurídico para lograr un ambiente adecuado<sup>201</sup>.

Nuestro artículo 41 de la Constitución Nacional al regular el derecho deber le permite al Congreso de la Nación que reglamente tal obediencia dentro del entorno natural y cultural. La norma tiene una variedad de pautas que le ayudan a esos fines, a saber: protección del ambiente; utilización racional de los recursos naturales; y preservación del patrimonio cultural, etc.<sup>202</sup>.

Dichos puntos nos afirman que nuestra Ley Fundamental da prioridad a la naturaleza y su protección frente a cualquier otro derecho que pueda tenerse sobre esta, por lo que prohíbe que existan usos irracionales en pos de ser objeto de los demás derechos de los ciudadanos. Asimismo, establece leyes naturales que ponen óbice sobre la utilización de sus recursos e impone una forma respetuosa de utilización<sup>203</sup>.

Con todo lo dicho podemos estar de acuerdo y tomar como establecido que el deber de respetar el ambiente constituye un límite objetivo, intrínseco y connatural a la libertad de las empresas, el cual se encuentra necesariamente configurado y determinado por el parlamento nacional, en cuanto a principios de protección mínima, y a las legislaturas provinciales y normas municipales, respecto de una ampliación del espectro de resguardo ambiental<sup>204</sup>.

201 Mosset, Hutchinson y Donna, ob. cit., págs. 269/271.

202 Ídem, pág. 457.

203 Ídem, pág. 458.

204 Ídem, pág. 459/460.

Para finalizar, podríamos referirnos a lo que esta norma nos deja. A nuestro entender, la reforma constitucional en lo referente al tema medioambiental nos provee de una claridad de normas y una previsibilidad de las mismas que sobre la cuestión no se tenían, dado que en la medida en que la precaución y la prevención son directivas extraídas directamente de la man-

da primaria, para el caso concreto en que algunos de los sujetos pasivos de este derecho-deber desobedezca, estará infringiendo una herramienta de equilibrio social que llevará a transgredir la seguridad jurídica de la misma<sup>205</sup> y con ello ocasionar un trastorno que entorpecerá las relaciones comunitarias y mediante ello aparejara la situación a una época anárquica.

---

205 Lorenzetti, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, año 2008, pág. 95.

### I.- Situaciones incipientes de la cuestión

Cuando nosotros comenzamos a hacer referencia a la administrativización del Derecho Penal, debemos realizar un estudio respecto de las consecuencias político-criminales que se afectan. Así, en una instancia de este estilo, la rama punitiva del derecho viene a crear nuevos tipos penales en circunstancias en las que antes eran sólo reguladas por otras partes de la ciencia jurídica, v.gr. el derecho administrativo. En el mismo momento, en base al establecimiento de estos nuevos ilícitos, la pena puede modificar sus funciones “tradicionales”, siendo posible que sea utilizada como un instrumento en contra de la delincuencia macrorriesgosa dejando atrás a aquellas circunstancias propias del derecho penal clásico<sup>206</sup>.

A raíz de ello, nos encontramos ante una realidad que lleva a los pensadores del Derecho a tratar de entender, en primer término, y sostener, en segundo, las circunstancias relativas al desarrollo respecto de las modificaciones que trae aparejada una

nueva rama de este orden como lo es la del Derecho Penal Ambiental<sup>207</sup>.

Dicho análisis es debido a que el consiguiente avance industrial y tecnológico trajo aparejado el actual factor de perturbación del entorno natural del planeta entero, circunstancia que llevó a que los ordenamientos que van desde lo administrativo a lo penal tomen una efectiva participación<sup>208</sup>.

Con este orden de factores, las relaciones que el Derecho Ambiental tiene con otras ciencias como así también con otras ramas del Derecho, son debidas a la multidisciplinariedad propia del bien ambiente y a la exigencia que tiene en pedir la colaboración de todas estas para lograr que se lleven a cabo acciones o medidas que tengan una real utilidad para protegerlo, sin menospreciar el resto de los bienes que cuida el ordenamiento<sup>209</sup>.

206 Feijoo Sánchez, Bernardo, “Sobre la administrativización del Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo”, Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, año 2006, ISBN 84-8342-047-3, pág. 139; <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=11980>

207 Silva Sánchez, Jesús María, “La expansión del Derecho Penal”, tercera edición ampliada, editorial B de f, Buenos Aires, año 2011, págs. 20/34.

208 Bacigalupo, Enrique, “La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente”, Estudios penales y criminológicos N° 5, años 1980-1981, pág. 193 y [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/8\\_la-instrumentacion.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/8_la-instrumentacion.pdf)

209 Sáez Portillo, Jorge, “La responsabilidad penal ambiental”, en obra colectiva «Memorias del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental», Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, año 2004, ISBN 9688176818, pág. 562.

De esta manera, tanto el Derecho Ambiental como las demás ramas del ordenamiento que se relacionan con este, deben buscar la mejor forma de resolver sobre cómo puede tener efectividad y capacidad maximizada para lograr un modo de defensa del entorno. Es en tal marco que se ha entendido que la manera más segura es a través de la rama penal, lo que llevó a que en algunos países del mundo se convierta en un bien jurídico digno de tutela punitiva<sup>210</sup>.

Por lo leído y lo que puede verse, tenemos toda una complejización de la problemática que tanto a nivel interno como externo de la rama penal se posicionan argumentos en ambos polos de la controversia, habiendo algunos que entienden que este ordenamiento es sólo una teoría expansionista llevada a cabo por la búsqueda de un ideal de seguridad y la necesidad de aumentar la imputación de responsabilidad como característica cultural de esta sociedad<sup>211</sup>. La otra posición, asegura que es necesaria la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal, pese a que todavía se vea con cierta sospecha dicha defensa<sup>212</sup>.

Así, a nivel doctrinario, este incipiente grupo normativo tiene una estrecha relación con el Derecho Administrativo, dado que éste último le da en cierto sentido una existencia real a sus disposiciones en atención a que establece aquellos parámetros mediante los cuales las personas que se encuentran en esta sociedad pueden co-

nocer cuáles son los riesgos permitidos legalmente<sup>213</sup>.

No obstante, siguiendo el esquema argumental inicial, menester es decir que para que exista comprensión de tales desavenencias, es necesario referirnos a la relación que tiene el Derecho Ambiental con el Derecho Administrativo y con el Derecho Penal, como asimismo la relación entre las dos últimas, situaciones que nos mostrarán más acabadamente el porqué de estos desacuerdos, cómo es que se fueron incrementando y cuáles son las posibles soluciones que exponen en las diferentes tesis.

Sin perjuicio de lo dicho, en estos momentos conviene tomar posición al respecto, en donde es necesario mencionar que en el análisis sobre la conveniencia de otorgar tutela penal al ambiente, y más allá que en nuestro caso concreto la Constitución Nacional no lo obliga, resulta primordial hacerlo sobre este bien. Para ello, se es de la idea que lo más razonable y eficaz es realizarlo mediante la tipificación como bien jurídico autónomo, sin perjuicio de lo cual, esto de ninguna manera violaría el principio de intervención mínima o ultima ratio de la rama punitiva del derecho<sup>214</sup>, tal cual se argumentará en los párrafos posteriores.

## II.- La interrelación entre lo administrativo y lo penal

La relación que tienen entre ambas ramas del Derecho fue siempre de muy diversos órdenes<sup>215</sup>. Para comprender esto,

210 Ídem, págs. 563.

211 Silva Sánchez, Jesús María, "La expansión del Derecho Penal", ob. cit., págs. 35/41.

212 Heine, Günter, "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, España, año 1993, pág. 289; y en [https://www.boe.es/publicaciones/anuario\\_s\\_derecho/anuario.php?id=P\\_1993\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES](https://www.boe.es/publicaciones/anuario_s_derecho/anuario.php?id=P_1993_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES).

213 Ídem, pág. 869.

214 Chércoles, Ricardo León, "Derecho Penal Ambiental: Generalidades y Particularidades de un Derecho hacia el futuro", <https://docplayer.es/4814890-Segui-buscando-en-la-red-de-bibliotecas-virtuales-de-clacso-http-biblioteca-clacso-edu-ar.html>, pág. 868.

215 Suárez, María de las Mercedes, "El modelo integrado de ciencia penal", en obra colectiva Derecho Pe-

debe primordialmente tenerse una concepción esquemática. Así, nuestro derecho define al Derecho Administrativo como la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta. Sin perjuicio de ello, este razonamiento tiene como principio básico histórico la idea de un derecho administrativo en estado de policía en donde el Estado todo lo podía.

Por supuesto que tales conceptos, los actuales e históricos, no se mantienen siempre de modo lineal, toda vez que siempre se encuentran en evolución y puja luchando por sobresalir uno de otro y en constante disputa entre las ideas, entre otras, de abusar de la coacción física directa, imponer coacción fuera del control jurisdiccional y ejercer poder punitivo y de vigilancia por cuenta propia, y su contraria, de no vulnerar mediante la fuerza los derechos de las personas, tener control por parte de los Tribunales de todas las formas de acciones estatales y mantener el ejercicio del poder punitivo en cabeza de los Juzgados competentes<sup>216</sup>.

Es mediante tales posicionamientos que en determinados momentos nos encontramos con una tensión y contradicción entre ambas ramas del Derecho, producto del reclamo que hace el Derecho Penal respecto del monopolio de las decisiones conforme a las leyes penales y el control sobre las mismas<sup>217</sup>. Por ello cuando hablamos de relaciones interramales del derecho debemos entender que si bien, en el uso del poder de policía que le compete, el Estado puede disponer y aplicar sancio-

---

nal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005, pág. 40/41.

216 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia; Alejandro y Slokar, Alejandro, “Derecho Penal – Parte General”, 2° edición, editorial Ediar, Buenos Aires, año 2002, pág. 214.

217 Ídem.

nes similares o iguales a las del derecho penal, la realidad es que no pertenecen a esta rama, ya que sus tipos sólo permiten el castigo de las infracciones mediante una simple sanción administrativa<sup>218</sup>.

Ahora bien, evocando una definición de antaño, podríamos decir que el derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias. No obstante, trayéndolo a una orientación actual, al hablar sobre esta rama lo podemos hacer desde tres perspectivas:

a) como ciencia o dogmática jurídico – penal, donde es la disciplina que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales y opiniones científicas de esta rama;

b) como derecho penal en sentido subjetivo, es decir, *ius puniendi* o potestad punitiva, en donde se encuentra la facultad del Estado para castigar; y

c) como derecho penal en sentido objetivo, el cual se encuentra formado por la normativa que representa parte del derecho positivo que regula la potestad punitiva para proteger la convivencia humana<sup>219</sup>.

Es así que, mediante esta amalgama de visiones, se muestra claro que lo que está en juego en la reacción jurídico penal contra un hecho ilícito no es la compensación del daño que se le produce a la persona damnificada ni tampoco, no principalmente al menos, el proporcionar una he-

---

218 Roxín, Claus, “Derecho Penal – Parte General”, Tomo I, Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito, editorial Civitas – Thomson Reuters, 1° reimpresión, año 2010, pág. 44.

219 Lascano, Carlos J. (h), “Conceptos fundamentales del derecho penal”, en obra colectiva Derecho Penal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005, págs. 13/14.

ramienta que permita satisfacer una venganza personal a la misma. Lo que con la imposición de la pena se hace, es tener lugar en la reacción de la generalidad contra la lesión del interés público en la validez de la norma jurídica infringida por la comisión del delito<sup>220</sup>.

Es en este entendimiento que la pena debe sostenerse como una función que debe proteger las condiciones de interacción social, pero sin agotarse en ella, teniendo una función preventiva. Este auxilio debe tener lugar sobre la reafirmación de la norma en quien confía en ella, dado que la sanción penal se ejercita mediante la fidelidad al Derecho gravando al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, lo que permite efectuar a la sociedad un aprendizaje en la conexión de comportamiento y deber de asumir los costes y aceptar los mismos<sup>221</sup>.

Por todo lo dicho es que, se encuentra la diferenciación entre ambas ramas, toda vez que la ciencia del Derecho Penal parte de la base que la distinción entre delitos y contravenciones es sólo de naturaleza cuantitativa, dado que la cuestión de como conmina la ley una lesión, es decir, como pena o sanción administrativa, depende de si la observancia de la norma jurídica tiene una importancia central o menos central para la convivencia social actual y futura<sup>222</sup>.

Ante ello, es que se sostiene que el derecho penal sirve para lograr el control social, el que se muestra como una con-

dición básica irrenunciable de la vida en la que toda comunidad asegura las normas y expectativas de conductas de sus miembros para seguir existiendo como tal, imponiendo límites a las libertades de las personas y socializándolo como parte integrante de un grupo<sup>223</sup>.

Tal tesitura es la que mantiene vivo el fundamento de que las disciplinas jurídicas se delimitan conforme al modo en que sus sanciones procuran resolver o decidir los conflictos. En cuanto no lo hacemos de este modo y prescindimos de la naturaleza de los conflictos y formas de solución, se produce la inexorable yuxtaposición de sanciones y mezclamos las ramas jurídicas culturalmente definidas<sup>224</sup>.

### III.- La articulación de los ordenamientos en disputa

#### III.1 El ambiental y el administrativo.

El daño al ambiente concierne a toda la sociedad más que a una persona en particular, cuestión que no siempre es fácil de cuantificar. Por esto, con la reforma constitucional de 1994 se estableció un orden público ecológico que da legitimidad al poder-deber que se ordena desde el Estado para la conservación, mejora y defensa ambiental, las que son parte integrante del poder de policía que se traduce en la normativa que controla las actividades con capacidad de degradación<sup>225</sup>.

220 Frister, Helmut, *"Derecho Penal – Parte General"*, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2011, pág. 38.

221 Jakobs, Günther, *"Derecho Penal – Parte General"*, Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, corregida, editorial Marcial Pons, Madrid, año 1997, págs. 18/19.

222 Frister, Helmut, ob. cit., pág. 43.

223 Lascano, Carlos J. (h), ob. cit., pág. 15.

224 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia; Alejandro y Slokar, Alejandro, ob. cit., pág. 215.

225 Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás; y Donna, Edgardo Alberto, *"Daño Ambiental"*, segunda edición ampliada y actualizada, Tomo I, editorial Rubinzal – Culzoni, Año 2011, pág. 244.

Hay que poner de resalto que, en cuanto a la degradación ambiental respecta, estamos con un orden jurídico desprovisto de instrumento de actuación efectiva, ya que las ramas del Derecho, tanto en faz sustantiva como adjetiva están basadas en reglas de la propiedad privada<sup>226</sup>.

A su vez, es parámetro aceptado decir que todos los hombres son libres para ejercer la actividad que más les plazcan, sin perjuicio de que tal libertad no tiene carácter absoluto dado que subsiste siempre y cuando no perjudique el derecho de otras personas. Por tal base es que el Poder Público es responsable de dar dimensión a los derechos individuales para que coexistan con los intereses y derechos sociales<sup>227</sup>.

La rama administrativa del Derecho como subsistema del mismo, es el que se interrelaciona con mayor frecuencia con el tema ambiental, toda vez que sus disposiciones son una aplicación directa de la Constitución Nacional y por lo tanto contenedora de los elementos que integran el ambiente<sup>228</sup>.

Esta tutela administrativa se materializa en la categoría de actividad de policía disciplinaria en lo ambiental y lo hace a través de estructuras: a) preventivas mediante medidas de seguridad; b) represivas mediante sanciones administrativas y c) reparativas como complemento de las sanciones<sup>229</sup>.

Ahora, si bien con anterioridad la cuestión ambiental no era de significancia, en los tiempos que corren y en virtud de la degradación que posee, es de exigencia proteger todo lo referente a ella, y aún más

esto no es suficiente, dado que también es preciso regenerar el medioambiente<sup>230</sup>.

Por ello el orden natural jurídico político tiene que actuar como marco infranqueable para lo económico, en donde la economía y el desarrollo tienen que someterse al Derecho y su orden coactivo.

Esta normatividad tendrá que tener la validez necesaria para disciplinar todas las conductas con trascendencia para el ambiente y los imperativos de las ciencias naturales. Sin perjuicio de ello, el Derecho, como regla por excelencia, no es la única regla social ni produce por sí solo los efectos que se pretenden, para ello es menester un consenso que asegure su acatamiento mayoritario<sup>231</sup>.

Hoy en día es aceptado por todos, la obligación estatal de protección ambiental como también el derecho de las personas a que la Administración le garantice un entorno adecuado, debiendo ésta tomar todas las medidas necesarias para la consecución de tales fines<sup>232</sup>.

Muchos de los casos en los cuales la Administración debe regular conductas, se encuentran, y encontraban, impropriamente reguladas por el Derecho Privado, v.gr. cuestiones de responsabilidades.

Esto nos lleva a la idea de que nos encontramos con carencia de leyes administrativas que dispongan sobre la materia, por lo que se crean lagunas normativas que tienen que ser cubiertas subsidiaria o analógicamente mediante el Código Civil y Comercial<sup>233</sup>.

---

226 Ídem, pág. 229.

227 Ídem, pág. 301.

228 Ídem, pág. 302.

229 Ídem, pág. 245.

---

230 Ídem, pág. 303.

231 Ídem, pág. 307.

232 Ídem, pág. 229.

233 Ídem, pág. 375/376.

Asimismo, es sabido que en la dicotomía de intereses en juego (ambiente-desarrollo económico) existen posiciones encontradas, no obstante lo cual quienes nos dedicamos a la ciencia jurídica comprendemos que en este tema es preciso aplicar un modelo ético y de justicia, valorando los deberes recíprocos delimitados por ley<sup>234</sup>.

Desde este fundamento puede decirse que, en las actividades contaminantes con permiso administrativo, la responsabilidad del administrado existe pese a esa autorización para funcionar, la cual no lleva implícita también la de perjudicar. Tal accionar ilícito debe computarse al dañador salvo que se invoque el abandono de los deberes de policía ambiental, momento en que también es responsable el Estado<sup>235</sup>.

Este es el fundamento del poder de policía, el cual se encuentra únicamente justificado si el fin es impedir una agresión al derecho colectivo<sup>236</sup>. Es por ello que el Derecho no puede permanecer extraño a la cuestión ambiental, el establecimiento del ambiente como patrimonio común de la humanidad hizo indispensable su regulación jurídica, siendo obligatorio tanto a nivel interno como externo el involucramiento<sup>237</sup>.

Con tal contexto, y a los efectos de que exista una obligación en cabeza del explotador ambiental, el Estado debe tender a un objetivo político común en donde se creen las condiciones necesarias para que se logre una autorregulación adecuada. Una vez satisfecha la condición, para el hipotético caso de no autoregularse, se tiene que implementar un régimen de responsa-

bilidad prudente que permita el desarrollo productivo útil<sup>238</sup>.

En tal caso, debe establecerse que únicamente y sólo una pequeña porción de las infracciones al Derecho tiene una imposición de carácter punitivo, esto es, aun cuando tales contravenciones al ordenamiento tengan imposiciones de entidad estatal, el mismo no siempre es de carácter y naturaleza penal, toda vez que esta rama regula sólo la pena criminal, y aunque no está sola, es la más importante de las penas<sup>239</sup>.

Desde tal tesitura se puede decir que un accionar relevante penalmente puede ser motivo para que el Estado recurra a otras medidas para evitar las infracciones punitivas. Es que con dichas medidas se podría repeler en forma directa la vulneración presunta de los bienes jurídicos. Esto se hace mediante, o con el uso, de una contravención disciplinaria que permite contrarrestar el comportamiento peligroso y con ello no echar mano al Derecho Penal a través de una pena, por lo que la admisibilidad de esta disposición preventiva no es regulada por el ordenamiento Penal sino por otra parte del Derecho Público, vale decir, el de policía y administrativo<sup>240</sup>.

Este Derecho disciplinario es una legislación que tiene funciones tácitas eventualmente penales, las que deben ser controladas por los Tribunales para evitar su real imposición. En cuanto al resto de las sanciones basta con controlar su racionalidad y las elementales garantías que corresponden a cualquier tipo de sanción jurídica<sup>241</sup>. Así, el Derecho de las contra-

234 Ídem, pág. 306.

235 Ídem, pág. 122.

236 Ídem, pág. 302.

237 Ídem, pág. 310.

238 Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás; y Donna, Edgardo Alberto, *"Daño Ambiental"*, segunda edición ampliada y actualizada, Tomo II, editorial Rubinzal – Culzoni, Año 2011, pág. 36.

239 Frister, Helmut, ob. cit., pág. 41.

240 Frister, Helmut, ob. cit., pág. 40.

241 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia; Alejandro y

venciones, cuyas disposiciones en parte son similares o iguales a las del Derecho Penal, se diferencia sobre la base de que sus tipos sólo permiten “el castigo con una multa administrativa”<sup>242</sup>.

### III.2 El administrativo y el penal

Parte de la doctrina menciona que los problemas actuales de la parte penal del Derecho Ambiental es su real dependencia a las circunstancias normadas por el Derecho Administrativo, entendiendo que la misma tiene su fundamento en el principio de unidad que tiene el orden jurídico. En base a esto, es que intentan imponer la condición de que sea necesario para que pueda actuar la rama jurídico penal, la obligatoriedad que se desoiga o viole un acto propio de la administración pública estatal<sup>243</sup>.

Este marco reflexivo tiene como posicionamiento la idea de que el Derecho Penal se desnaturaliza convirtiéndose en un instrumento de coartada y mediante ello es estigmatizado con objeciones contra-constitucionales, dando ejemplos como la vulneración del principio de igualdad. Tales fundamentos se efectúan en el entendimiento de que el principio de accesibilidad administrativa que le cabe a la punición penal castiga meramente delitos de bagatela, lo que conlleva a que se realice un agotamiento innecesario de los recursos que posee esta rama<sup>244</sup>.

---

Slokar, Alejandro, ob. cit., pág. 217.

242 Roxín, Claus, “Derecho Penal – Parte General”, Tomo I, Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito, editorial Civitas – Thomson Reuters, 1º reimpresión, año 2010, pág. 44.

243 Mosset Iturraspe, Jorge; Hutchinson, Tomás; y Donna, Edgardo Alberto, “Daño Ambiental”, segunda edición ampliada y actualizada, Tomo II, editorial Rubinzal – Culzoni, Año 2011, pág. 409.

244 Ídem, págs. 409/410.

Dentro de las relaciones en donde interactúan el Derecho Penal y el Derecho Administrativo podemos encontrar distintos sistemas o puntos de conexión. Para empezar y como primera hipótesis, tenemos la posición donde se entiende que existe un Derecho Penal absolutamente dependiente de la administración, el cual tiene la finalidad principal asegurar la ejecución administrativa, asegurar el control y la supervisión de las autoridades y obtener el cumplimiento de los estándares jurídicos administrativos y como marco o finalidad supletoria, castiga el incumplimiento de los requisitos a plazo<sup>245</sup>.

Aquí se garantizará jurídicamente el cumplimiento de las decisiones legales del Derecho Administrativo como forma de reforzar la ejecución práctica de los incumplimientos de los requisitos administrativos impuestos. En este Derecho Penal no solamente se retrae, sino que también se subordina completamente a la función y los objetivos del Derecho Administrativo. La rama punitiva del ordenamiento sintoniza con el cambio parcial del Estado, quedando la posibilidad de dejar las normas al estado negociador, de tendencia internacional, en donde se delega el poder de decisión del Parlamento en la administración. Estas características del principio jurídico administrativo de cooperación pueden tener como consecuencia que las autorizaciones sean de modo sólo formal para favorecer a los poderosos o industriales y se convierta en una especie de simple verificación notarial en cuanto al derecho penal<sup>246</sup>.

Luego, dentro de la segunda postura, encontramos el enfoque que ve al Derecho Penal como relativamente dependiente de la administración, cuya finalidad principal

---

245 Heine, Günter, ob. cit., pág. 293/294.

246 Ídem, pág.294/295.

se da en la protección de bienes específicos del medio ambiente y la protección de la vida y la salud humana frente a peligros. En finalidad secundaria, regula la no autorización/sin autorización e incumplimiento de actos administrativos, circunstancias que se suman al incumplimiento de la obligación legal administrativa<sup>247</sup>.

Esta visión se guía por la exigencia de tocar a ciertos medios o bienes particulares del medio ambiente como especialmente digno de tutela, No basta sólo la mera desobediencia administrativa, sino que se requieren acciones con consecuencias que por lo menos potencialmente permitan perjudicar al medio ambiente.

El Derecho Penal tampoco puede olvidarse del ordenamiento jurídico administrativo del medio ambiente. Así, cuando la administración de la materia permita acciones perjudiciales para el ambiente, este comportamiento estará jurídicamente permitido para garantizar una coordinación no contradictoria de estas normas jurídicas. Sin perjuicio de ello, esto puede quedar sin aplicación cuando la administración actúa informalmente en vez de emitir los correspondientes actos administrativos necesarios<sup>248</sup>.

Finalmente, la última perspectiva encuentra la independencia total del Derecho Penal respecto de la administración. En tal visión se tiene como finalidad principal la protección de peligros generales y puestas en peligro concretos de la vida y el cuerpo. Asimismo, en atención a que no hay dependencia del Derecho Administrativo, se castiga los perjuicios del medio ambiente y su peligro real y lo hace cancelando todas las actividades peligrosas<sup>249</sup>.

El derecho penal totalmente independiente del Derecho Administrativo trata todas aquellas irregularidades especialmente graves a lo natural y que no pueden consentirse de ningún modo. Tal límite puede ser muy diferente de acuerdo con la variedad e importancia de los intereses del Estado, de los conocimientos de las ciencias naturales y la evaluación de los riesgos. Así se reconocen algunos supuestos de prohibiciones con consecuencias penales independientes de la determinación efectuada por la administración, cuando el menoscabo del medio ambiente haya causado un peligro general para la población<sup>250</sup>.

Así las cosas, según el posicionamiento político criminal de la Escuela de Frankfurt, la sociedad moderna vino a provocar la desnaturalización de las bases del Derecho Penal sobre la idea de una sociedad de riesgo, la cual se lleva a cabo para adecuar el marco punitivo de la sociedad a este nuevo modelo. Esto implica que a lo nuclear del Derecho Penal se le incorpore una parte en la que se pretende resolver algunos de los actuales problemas de las comunidades contemporáneas, los cuales vienen de aquellos riesgos difusos y colectivos de procedencia humana que tienen carácter estructural para este grupo histórico-social<sup>251</sup>.

Contra la hipótesis antes referida, se alzan aquellos que sostienen que el Derecho Penal denominado clásico no logra mostrar las respuestas adecuadas a las situaciones controversiales que trae la actual sociedad de riesgo y, en el caso en particular, el medio ambiente, dado que no sirve actualmente tener sólo la protección de la

247 Ídem, pág.294.

248 Ídem, pág.295/297.

249 Ídem, pág.294.

250 Ídem, pág.297/299.

251 Feijoo Sánchez, Bernardo, "Sobre la administrativización del Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo", ob. cit., págs. 141/142.

vida, la salud, la integridad y la propiedad, ya que las nuevas formas de vulneración de bienes jurídicos (o expectativas institucionalizadas) hacen caer por tierra todos los parámetros que en aquellos se ciñen<sup>252</sup>.

Es común que se piense que la tipificación de nuevos delitos debe llevarse a cabo sobre un consciente y pormenorizado análisis e investigación, lo cual genera el actual reproche de muchos doctrinarios de la rama punitiva del derecho. No obstante, en los países en los cuales se ha dispuesto un ordenamiento de tal magnitud, se ha tomado en consideración esas premisas, las cuales llevan a tener presente que hay una lenta toma de consciencia respecto de la dañosidad social de los ataques al medio ambiente, debido a que dichos comportamientos en la mayoría de los casos están vinculados a objetivos sociales de infraestructura que intervienen en intereses económicos particulares y requieren consecuencias degradantes para tal bien<sup>253</sup>.

Mediante la inclusión de ilícitos ambientales en la normativa punitiva, se logra que el Estado reaccione a las situaciones que se generan en torno a la vulneración del medioambiente y que las mismas no sean de exclusivo trámite administrativo, es decir, con pequeñas sanciones, sin intervención por parte de los administrados, permitiendo con esto la no reparación y no precaución del daño, todo ello en la idea de que la prevención sobre la vulneración de la naturaleza quede trunca<sup>254</sup>.

Lógicamente, un nuevo ámbito de criminalización como el ambiental, al ser precisamente moderno, se encuentra con luchas que provienen de las más variadas cuestiones. Para ver su solución tenemos

---

252 Heine, Günter, ob. cit., pág. 290.

253 Bacigalupo, Enrique, "La instrumentación técnico-legislativa...", págs. 193/194.

254 Sáez Portillo, Jorge, ob. cit., pág. 563/564.

que establecer de dónde las mismas emanan. Es por tal sentido, aunque no el único, que la doctrina tiene dicho que uno de los puntos o temas por los que la amenaza penal se ve actualmente necesaria, es que tiende a reforzar el cumplimiento de normas de índole administrativas que imponen deberes de hacer y obligaciones de omitir a sus administrados<sup>255</sup>.

De otro costado, debe resaltarse también que la maximización del marketing y la masiva información visual que circunda a la sociedad, hace nacer en los legisladores la necesidad de tener una intervención real, para que de esta manera se vayan sofocando los distintos reclamos de la comunidad en torno a los acontecimientos transgresores y degradatorios del entorno vital del planeta, sobre la base de que es acorde con los valores y principios que estos parlamentarios se encuentran facultados para proteger.

A ello se contesta con la hipótesis de que, desde todo el marco que circula por los alrededores de las cuestiones penales de esta sociedad post moderna, se está ventilando la mayoría de los debates de política criminal mediante el término acuñado como expansión de derecho penal.

Se manifiesta que lo que conlleva toda esta corriente no es más que una criminalización de comportamientos que antes no se encontraban prohibidos o mandados y mediante esto es la pérdida de la intervención como *ultima ratio*. Con esto, el ordenamiento penal se desdibuja quedando en evidencia una yuxtaposición de las funciones preventivas del Derecho penal y del Derecho sancionador en general. Tal situación genera una modificación en el modo de razonar de esta rama y la convierte en un ordenamiento que tiene

---

255 Bacigalupo, Enrique "La instrumentación técnico-legislativa...", ob. cit., pág. 196.

como fin el solucionar las cuestiones de gestión ordinaria del pueblo<sup>256</sup>.

Ahora, si bien es cierto que hasta la actualidad el derecho penal clásico se ha encargado de proteger bienes entorno a una relación víctima-actor otorgando la correspondiente seguridad jurídica, es cierto también que estamos ante nuevas situaciones sociales que deben ser resguardadas, lo que no significa que con ellas se superen los límites de idoneidad de protección que el grupo de normas establece.

Con tal marco de cosas, podría decirse que siendo posible en varios casos reacciones distintas a la penal o a acciones penales, aunque de menor intensidad, es probable que toda la autocomprensión de la sociedad en que vivimos pida distintos tipos de demandas al Estado respecto a su modo de intervención, lo que lleva a que el Derecho Penal se encuentre en esta posición dicotómica, teniendo que adoptar respuestas funcionales<sup>257</sup>.

Es por eso que la posición precursora del establecimiento de un ordenamiento penal ambiental sostiene que las normas tienen que reflejar el orden social para que de este modo su legitimación derive de la legitimidad de las normas cuya vigencia asegura<sup>258</sup>.

Todas estas necesidades se fueron dando con motivo de no existir un consenso en el interior de las comunidades respecto a los límites de tolerabilidad de los riesgos que se fueron creando con la evolución del mundo y su modernización<sup>259</sup> y la imposibilidad de regulación por parte del

Derecho Penal “clásico” propio de la Escuela de Frankfurt.

A esta altura, quedarse sólo con un derecho penal que proteja a los bienes “clásicos”, es ineficiente para receptor aquellas fuentes de peligro que van surgiendo en el trajinar de la historia, máxime cuando se está entre dos intereses tan contrapuestos como el desarrollo económico financiero de la humanidad y la protección del planeta tierra.

Ello deviene de la falta de resultados seguros respecto de la relación causa-efecto entre los perjuicios al medio ambiente y la lesión de vidas, salud de todos los seres y cuidado de todos los bienes. Por tal motivo, quienes mencionan que el legislador debe primar por resguardar al entorno, lo hacen en la necesidad de que el adelantar la protección jurídico penal significa tener presente que se otorga cumplimiento debido al principio de prevención que tiene que primar en cuestiones ambientales<sup>260</sup> y que lleva ínsita el resguardo de este a través del principio precautorio.

Así las cosas, las normas del Derecho Penal no pueden desoír las nuevas características de la sociedad que regulan. Si nos encontramos en una sociedad de riesgo, el ordenamiento penal se encuentra obligado a ver nuevas políticas criminales que puedan complementar la criminalización clásica con los parámetros que necesita para regular el actual marco social, el cual proviene de las inseguridades de la población que rara vez son irracionales.

Además, en este proceso evolutivo, se demuestra claramente que no se puede dejar en manos de las facetas tecnócratas y administrativas la totalidad de las decisiones a tomar respecto a la seguridad, toda vez que las mismas han fallado en la

256 Feijoo Sánchez, Bernardo, *“Sobre la administración del Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo”*, ob. cit., págs. 138/139.

257 Silva Sánchez, ob. cit., pág. 121.

258 Ídem, pág. 125.

259 Heine, Günter, ob. cit., págs. 291/292.

260 Ídem, pág. 292.

promesa de cuidar a los ciudadanos frente a los peligros que se despliegan por determinadas decisiones, conscientes o no de sus alcances.

Las nuevas formas de riesgos que esta sociedad van creando, vale decir, químicos, nucleares, genéticos, atómicos, etc., y tienen, para que no desaparezca la humanidad, que ser combatidas con una mayor intervención de los otros ordenamientos jurídicos, los cuales, a pesar de tener una preferencia de aplicación, no pueden lidiar con la totalidad de situaciones que se les presentan, y por ello, aunque sea una participación pequeña y residual, es necesaria la intervención de las normas punitivas.

Ahora bien, es también claro que las circunstancias que han llevado a la creación de esta sociedad de riesgo no son por designio divino ni por cuestiones de índole natural, sino que se deben exclusivamente a las decisiones y acciones que las mismas personas vamos tomando y en base a esto, es que son necesarias las funciones específicas del Derecho Penal que permitan establecer las responsabilidades jurídicas penales de las mismas por tales decisiones<sup>261</sup>.

En este sentido, y siguiendo el contexto en el que la sociedad avanzó, si las características de las comunidades modernas como sociedades de riesgo lleva a que los diversos estados modifiquen la forma en donde estrategias preventivas públicas que le son propias se ven transformadas por el tema ambiental y su degradación, la rama penal del ordenamiento jurídico que regula este tipo de sociedades no puede permanecer inmutable, es decir, que es necesario que regule tales modificaciones en el entendimiento de que sus fines y funciones se encuentran previstos para la socie-

dad, por lo que la pena no debe resolver las nuevas necesidades que este momento social tiene, sino que la finalidad es determinar qué papel tiene la pena dentro del conjunto de medidas jurídicas que los Estados adoptan para resolver los conflictos de estas sociedades actuales<sup>262</sup>.

De ahí es que surge la idea de que la evolución del Derecho Penal debe condecirse con la evolución material del Derecho en su conjunto y como parte subsistémica social del mismo, llevando a que sea imposible entender el avance del pensamiento sobre la sociedad sin su correlato en esta rama del ordenamiento. Por ello es que es necesario que se puedan establecer y desarrollar criterios que permitan delimitar en qué casos la intervención del Derecho Penal protegerá las nuevas funciones, políticas o modelos organizativos de los Estados actuales en la sociedad de riesgos<sup>263</sup>.

Es por todo lo dicho que se mantiene aún en vilo la controversia entre las distintas perspectivas, toda vez que al encontrarse en colisión y en juego los intereses particulares y sociales en la conservación de un medio ambiente sano y el derecho a la libertad del contaminador –generalmente empresarial– el cual va junto a los intereses públicos por el desarrollo tecnológico e industrial (permitiendo que el derecho administrativo muchas veces admite o no prohíbe comportamientos que puede ocasionar menoscabos o perjuicios permanentes e irreparables al medioambiente)<sup>264</sup>, lleva a sostener que es menester darle la resignificación que se merece el cuidado de la naturaleza sin quitar importancia a los demás intereses en pugna.

261 Feijoo Sánchez, Bernardo, *"Sobre la administración del Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo"*, ob. cit., págs. 149/150.

262 Ídem, págs. 150/151.

263 Ídem, págs. 152/153.

264 Heine, Günter, ob. cit., págs. 291/292.

Además, es necesario tener de resalto que si entendemos que la identidad normativa es dinámica, plural y enfrentada, se plantearán inmediatamente opciones alternativas de tipificación y sanción penal, por lo que un debate político criminal sobre lo que pertenece a lo más interno de la identidad normativa de una sociedad como también lo requerido para lograr la estabilización de la vigencia de las normas internas, se encuentra en lo más hondo de la idiosincrasia y evolución, sin visualizarse ninguna solución dentro del corto plazo, pero pasible de lograr consenso si se lo proponen.

En tal contexto es que aseveramos que, si entendemos que el orden jurídico y su unidad como principio basal deben tenerse como sistema científico, una ordenación sin lógica de los conocimientos particulares alcanzados dentro de la ciencia jurídica denota de manera prístina la renuncia a una idea de evolución, quedando esta ciencia sólo en su etapa embrionaria.

Por esto, es acorde para la dilucidación de la problemática, poner en relación lógica tales conocimientos y permitir que a través del orden sistemático se descubra si son compatibles entre ellos o si, por el contrario, deviene incompatible su legislación y utilización como normas<sup>265</sup>.

Así las cosas, con la ordenación y regulación de los saberes que se encuentran existentes, las averiguaciones de las contradicciones que se establezcan y la disponibilidad permanente de tales saberes para resolver los problemas, se demuestra que hay muchos puntos que permitirán una construcción sistemática de gran valor para esta rama de la ciencia, dado que su con-

trario, vale decir, un razonamiento asistemático, no encontraría asidero como sistema, toda vez que al ser las relaciones sociales el objeto de estudio, éstas son aprehendidas y descritas mediante lo que se llama comúnmente lenguaje ordinario.

Es en base a esto que una renuncia en este momento y etapa de la discusión a la construcción de un resultado sistemático significaría que la solución del conflicto social que se muestra con el ambiente permanecería en el ámbito del obrar cotidiano y dentro del lenguaje ordinario<sup>266</sup>, implicando una involución en el modo de afrontar los conflictos sociales por parte del Derecho en general y especialmente de su rama penal.

Sin perjuicio de ello, es necesario resaltar que el problema que hoy se le achaca al Derecho Penal, es una cuestión propia de la totalidad del ordenamiento jurídico y todas sus ramas, toda vez que no se ha podido, por las diferentes opiniones y falta de consenso, establecer una manera con la cual se logre llegar a una verdadera efectividad sobre la protección del entorno natural y cultural.

Todas las ramas de las ciencias jurídicas tienen, al igual que el derecho penal y administrativo, la finalidad de regular la vida de las personas en sociedad mediante normas dirigidas a los ciudadanos que forman parte de la misma, los cuales deben optar por cumplir a través de las decisiones que día a día toman, para con ello lograr que todos podamos encontrarnos en un lugar en donde se pueda tener una vida más estable<sup>267</sup>.

Es por ello que para llegar a lo que puede ser un comienzo del desenlace del resultado, tenemos que permitir que la cien-

---

265 Schünemann Bernd, *“El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”*, con traducción de Jesús María Silva Sánchez, Editorial Tecnos, Madrid, año 1991, pág. 31/32.

---

266 Ídem, págs. 32/33.

267 Sáez Portillo, Jorge, ob. cit., págs. 566/567.

cia jurídica en general se muestre como un sistema abierto, para de esta manera no obstaculizar ni el desarrollo social ni el jurídico, permitiendo que sea posible que se establezca su unión o por lo menos su adaptabilidad. Así, tal opción permitirá que el conocimiento existente tenga un orden removible, lo que hará más permeable al mismo ante los casos y problemas todavía no advertidos o sin solución, llevando justamente a la resolución de los conflictos<sup>268</sup> y con ello el logro de la estabilidad o estabilización de comportamientos institucionalizados.

#### IV.- Pensamientos finales

Como se ha dicho en los párrafos anteriores, la intervención del Derecho Penal en la protección del ambiente, la cual debe vérsela en un todo armónico con las demás ramas en aras de la unidad del ordenamiento jurídico, permite que la tutela de los recursos no se radicalice en la custodia del bien en detrimento del desarrollo económico social, toda vez que mediante la armonía entre estos términos se logrará un desarrollo sustentable que establezca una concordancia entre los fines de las diferentes ciencias y el cuidado de este bien<sup>269</sup>.

Por eso cuando hablamos de imponer sanciones punitivas tenemos que hacerlo en el entendimiento de que el legislador para establecerlas, debe encontrarse inspirado en el principio de intervención mínima que se ciñe sobre el Derecho Penal, el cual forma parte del principio de proporcionalidad de las penas o de la prohibición de excesos en donde la pena establecida para los delitos penales tiene como fundamento la idea de que debe ser utilizada

cuando los demás instrumentos del orden jurídico no puedan lograr el restablecimiento del mismo<sup>270</sup>.

Tales circunstancias encuentran asidero en el doble carácter que ofrece, actuando sobre aquellos bienes más importantes del sistema normativo y en momentos en donde el orden jurídico no puede verse restablecido si no lo es desde la implementación de estas normas.

No obstante, debemos dejar bien en claro que el Derecho Penal no tiene ni viene a dar soluciones mágicas. Para lograr los objetivos deseados por todos, es necesario que la solución de las afectaciones ambientales provenga también de los distintos enfoques, para con ello tener una debida y verdadera integralidad de todos los sectores políticos, económicos y sociales.

Con tal marco, merece mención la situación en la cual se encuentran hoy todos frente a la degradación ambiental. Así, a la falta de recursos que parte de la sociedad posee, se suma que las instituciones que se encargan de la investigación y promoción de la protección del ambiente no cuentan con los propios que les permitan una defensa efectiva, dado que tienen asignado un ajustado presupuesto y una incipiente y escasa capacitación profesional<sup>271</sup>.

Por ello, la necesaria idea de sancionar una ley penal especial o incorporar los preceptos nuevos a un cuerpo único de delitos penales incrementará a futuro el desarrollo de los estudios criminológicos sobre esta rama, en la cual no se encuentra im-

268 Bernd Schünemann, "El sistema moderno del derecho penal..." ob. cit., págs. 35/37.

269 Sáez Portillo, Jorge, ob. cit., pág. 564.

270 Ruvira, José de Madaria, "La protección penal del medio ambiente – breve análisis de la sentencia del tribunal supremo de 13 de abril de 2008", Revista de la Universidad Miguel Hernández: facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche, volumen I, número 4, enero 2009, ISSN: 1886-6611, pág. 278; <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/04-ju-01.pdf>.

271 Sáez Portillo, Jorge, ob. cit., pág. 567/568.

pedida la posibilidad de que, sin este estudio acabado, se pueda tratar, estudiar y legislar por parte de los parlamentarios<sup>272</sup>.

Desde este enfoque, el Derecho Penal permitiría, como orientador de la conducta en sociedad, proteger de modo eficaz al ambiente logrando el desánimo en los sujetos titulares de actividades contaminantes y con ello tener una reducción significativa de conductas degradantes del bien tutelado. De lograrse, se permitiría establecer una verdadera credibilidad y confiabilidad en el sistema jurídico en razón del logro de no degradación, siendo casi certera la posibilidad de subsistencia de todos los seres abióticos y bióticos<sup>273</sup>.

En ese marco, los parámetros de tener que circunscribirse a la mínima intervención no tiene una relación directa con el principio de legalidad material, sin embargo, forma parte de los pilares de una correcta política criminal que tienen que ser objeto de análisis de los legisladores cuando se estudia la necesidad de establecer las leyes necesarias para el logro del equilibrio social.

No obstante, y contradiciendo la posición de que se vulnera la *ultima ratio* mediante una regulación del estilo, debe decirse que tal perspectiva tropieza con las exigencias que traen aparejadas el nombrado principio de legalidad, dado que es parte de las actividades de los parlamentarios, y por lo tanto no del juez ni los doctrinarios, decidir mediante la fijación de tipos y penas, cuáles son los límites de la intervención del derecho penal<sup>274</sup>.

Por lo tanto, es la gravedad del riesgo producido lo que llevará a la diferenciación fronteriza de lo que puede considerarse una conducta que desoye una norma administrativa y un comportamiento propio de un ilícito penal, toda vez que para este último son menesteres que tanto las acciones y omisiones tipificada puedan perjudicar de manera grave el equilibrio de los sistemas naturales<sup>275</sup> y no simplemente aquellas autorizaciones concedidas por un Estado incapaz y desinteresado.

---

272 Enrique Bacigalupo, "La instrumentación técnico-legislativa...", ob. cit., págs. 195.

273 Sáez Portillo, Jorge, ob. cit., pág. 567.

---

274 Ruvira, José de Madaria, ob. cit., pág. 279.

275 Ídem, pág. 280.

## El comportamiento típico y el injusto como presupuesto de atribución penal ambiental

4

### I. La acción contextual que subyace a los delitos e incluso a los medioambientales

Un hecho para ser considerado punible, debe suponer un comportamiento a calificar en el caso concreto y que satisfaga los presupuestos de una ley penal determinada. Es en virtud de ello que se conceptualiza la subsunción, vale decir, responder a la pregunta de si una persona es punible sobre la base de una conducta establecida según determinadas normas penales<sup>276</sup>.

Para ello es necesario vincular totalmente el concepto de acción con el de imputabilidad, sin consideración de la antijuricidad, toda vez que pueden ser atribuibles jurídico penalmente todos los comportamientos, buenos y malos, ya que para la imputabilidad es una categoría tanto jurídica como ético social<sup>277</sup>.

Este razonamiento moderno tiene como anclaje la evolución del trabajo realizado por la dogmática penal en términos científico-sistemáticos, resultando mayor que cualquier planteo o conceptualización básica, toda vez que permitió establecer las cuestiones más relevantes de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad conjun-

tamente con la relación que existe entre ellas, sin perjuicio de lo cual, debemos tener presente que los principios de sistematización son muchos y pueden ser un problema de la dogmática de esta rama del Derecho<sup>278</sup>, dado que las categorías o elementos básicos le dan un comienzo, un orden y principios comunes que previamente no tenía<sup>279</sup>, lo cual a su vez trajo aparejado la complejización de la materia.

Con esto lo que quiere hacerse entender es que la evolución de la teoría del delito en el Siglo XX no tuvo su desarrollo como cuestión interna del Derecho Penal, sino que fue coadyuvada por la filosofía y la historia del pensamiento<sup>280</sup>, con lo cual queda claro que los objetos de protección de este ordenamiento punitivo no es algo que venga dado de modo previo y permanente, sino que más bien se determinan en cuestiones normativas<sup>281</sup>, lo cual hace comprender que hay límites que están representados por el propio ser de las personas que llevan a que existan objetos que el Derecho penal debe proteger, implicando a su vez que también hayan algunos que no deban ser resguardados, siendo esto

276 Frister, Helmut, *"Derecho Penal – Parte General"*, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2011, pág. 150.

277 Jakobs, Günther, *"Derecho Penal – Parte General"*, Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, corregida, editorial Marcial Pons, Madrid, año 1997, pág. 157.

278 Roxín, Claus, *"Derecho Penal – Parte General"*, Tomo I, Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito, editorial Civitas – Thomson Reuters, 1ª reimpresión, año 2010, pág. 197/198.

279 Ídem, pág. 194.

280 Ídem, pág. 200.

281 Silva Sánchez, Jesús María, *"Normas y acciones en Derecho Penal"*, editorial Hammurabi, año 2003, pág. 43.

lo que ha reconocido que la imposición de conminaciones se asocie a la realización de un determinado hecho en particular con el presunto autor del mismo<sup>282</sup>.

Ahora bien, muchas veces las personas cuestionan el espacio que se le otorga a la discusión científica jurídico-penal, sin saber o desconociendo cuando menos, que dicha circunstancia consiente el hacer frente a dudas y mediante ello reflexionar para tomar un punto de vista propio que no conlleve una aceptación "a ciegas" de la manifestación dominante, dado que la dogmática de esta materia, en tanto señala límites y conceptualiza elementos, permite que lo jurídico penal sea calculable y seguro, alejándolo de cuestiones irracionales, arbitrarias e improvisadas<sup>283</sup>.

Es incluso gracias a esto que desde la época de los '70 se habla de un nuevo sistema que tiene como base un punto de partida, el cual posee como guía exclusivo a las finalidades del propio ordenamiento penal, es decir, una posición "racional-final" o "funcionalista"<sup>284</sup>.

Sobre tal tesitura es que actualmente para la imputación debe tenerse presente lo qué es un sujeto, de lo qué es el mundo exterior para el mismo y de cuándo se puede vincular la conformación del mundo exterior con él<sup>285</sup>. No obstante, las atribuciones de los distintos injustos penales, no pueden inmiscuirse de manera total en la constitución individual de cada persona, dado que el Derecho penal también debe velar por el cuidado de la expectativa de interacción social de todos<sup>286</sup>.

---

282 Ídem.

283 Roxín, Claus, "*Derecho Penal...*"; ob. cit., págs. 206/207.

284 Ídem, pág. 203.

285 Jakobs, Günther, "*Derecho Penal – Parte General*"; ob. cit, pág. 169.

286 Ídem, pág. 170.

Por lo tanto, cualquier acto no llega a ser una expresión de sentido individual por sí mismo, sino que lo es a través del juego intelectual que relaciona al sujeto con la carga que le cabe en virtud de las consecuencias de su organización, recayendo la responsabilidad jurídico penal sobre la idea de la extralimitación del mismo<sup>287</sup>. Atento a esto, es que en la totalidad de la determinación de tipos se describen realizaciones de comportamientos individuales abstractos que son configuraciones del mundo en donde se defraudan expectativas sociales, con lo cual se plasma la idea de que las condiciones propias de la "acción" son condiciones mínimas del tipo<sup>288</sup>.

Esto nos lleva a que cuando conceptualizamos acción, se deben excluir el control de los impulsos, no obstante el direccionamiento de los comportamientos han de determinarse conforme las capacidades individuales de cada presunto autor. Así las cosas, el injusto es la objetivización de una actitud incorrecta ante la norma, lo cual nos lleva a definir la evitabilidad de las diversas acciones que se presentan en el mundo enmarcado en una sociedad moderna<sup>289</sup> haciendo relevante no el significado que individualmente le da una persona a un comportamiento, sino antes bien, el que le asigna la sociedad, toda vez que sólo para el autor el hecho comienza con el dolo, siendo que para el resto de tal comunidad tiene inicio cuando se objetiviza mediante su realización<sup>290</sup>.

En este contexto, es dable tener presente que en la evitabilidad no importa si el autor puede o pudo conocer la prohibición de su comportamiento o las consecuencias del mismo, toda vez que no es

---

287 Ídem, pág. 172.

288 Ídem, pág. 200.

289 Ídem, págs. 172/173.

290 Ídem, pág. 203.

dependiente de la cognoscibilidad de dicha regulación normativa, dado que sólo debe saber que está prohibida tal conducta y que determinándose con la hipótesis de que si el autor hubiese tenido el motivo dominante de evitar tal conducta, la habría evitado, siendo ello lo que lleva a aseverar que si la acción se define como causación evitable del resultado, se trata entonces de todos los movimientos corporales cognoscibles en su conformación como así también de sus consecuencias<sup>291</sup>.

Con ello, llegamos a la formulación de que imputar significa efectuar la correcta diferenciación entre un suceso personal propio de los sucesos causales que no lo son, lo que equivale a decir que cuando se afirma que una determinada persona es autora de un comportamiento delictivo se quiere manifestar que es su propio hecho y no obra de la causalidad natural, vale decir, el hecho es la autorrealización de la voluntad y la imputación es el juicio que relaciona el hecho con esa voluntad<sup>292</sup>.

Por supuesto, es dable exponer que está aceptado por la dogmática penal dominante que no existe acción cuando hay alguna causa de exclusión de la misma como puede ser un acto reflejo, la fuerza física irresistible y un estado de inconsciencia absoluta inevitable. Sin perjuicio de ello, estas causas de exclusión de la acción no se toman en términos absolutos, dado que en tales casos debe verificarse si la acción inmediatamente anterior es relevante para el Derecho penal, es decir, si era relevante<sup>293</sup>.

Así, se entiende que la causación de un resultado individualmente evitable es el

291 Ídem, págs. 173/174.

292 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal – Parte General"*, 2da. edición totalmente renovada y ampliada, editorial Hammurabi, año 1999, pág. 200.

293 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., págs. 250/252.

supraconcepto donde se engloba al comportamiento doloso e imprudente, por lo que el conocimiento de la ejecución de la acción y la consecuencia de la misma o su cognoscibilidad individual pertenecen al injusto, siendo así que al momento de examinar un actuar presumiblemente ilícito, se comienza con el interrogante de saber si tal conducta se encuentra establecida dentro de la legislación jurídico-penal, más precisamente en el tipo delictivo, para luego determinar si el disvalor general del tipo llevado a cabo, se encuentra autorizado por algún permiso normativo, haciendo caer en consecuencia la antijuricidad de dicho suceso, segundo nivel de análisis en el camino a la punibilidad de un preciso accionar delictivo<sup>294</sup>, lo cual nos lleva a sostener que para penar a un sujeto particular, debe haber obrado contrario a la norma y de manera culpable<sup>295</sup>.

De tal suerte es que todo el aspecto subjetivo del delito, incluido el dolo y la imprudencia, sirve para que se realice el fin de la pena, es decir, el mantenimiento de la vigencia de la norma sobre ideas de prevención general positiva<sup>296</sup>. Esto quiere indicar que en un contexto de vida social, las expectativas de las personas deber ser aseguradas normativamente, es decir, confirmando al que confía en las normas que, en caso de que se frustren o quebranten las mismas, su confianza es correcta y que el defecto está en la persona que la quebrantó, vg. el delincuente, mostrando que por medio de la pena se produce

294 Frister, Helmut, *"Derecho Penal – Parte General"*, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2011, pág. 150/151.

295 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 201.

296 Jakobs, Gunther, *"Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas"*, en obra colectiva Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLV, Fascículo I, enero-abril de 1992, pág. 213.

un gravamen a quien delinque y con ello se reafirma la confianza en la vigencia de la norma, siendo este posicionamiento lo que otorga la posibilidad de tener tres efectos, la confianza en la vigencia normativa, el rechazo de los modelos de conducta no conformes a la norma y el aprendizaje de las consecuencias de la infracción a tales legislaciones<sup>297</sup>.

Precisamente fue mediante la actual dominante teoría del delito de imputación objetiva que se modifica la relación de causalidad como único fundamento de la relación entre acción y resultado, elaborándose ahora además de la relación de causalidad y como piso mínimo, bases de consideraciones jurídicas, por lo que la causalidad será límite mínimo pero no suficiente para la atribución de un resultado, en donde igual se debiera comprobar si el comportamiento ha generado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción de un resultado y que tal resultado producido deber ser la realización de dicho peligro<sup>298</sup>.

Sobre el entendimiento de lo dicho es que alguno de los más grandes doctrinarios de la rama penal sostienen que lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión material pasando las exigencias sistemáticas en retroceso a un segundo plano, dado que cuando todas las constataciones de casos son reconducidas a la finalidad de la ley se garantiza la justicia en el caso concreto, todo lo cual puede llevar a que aparezcan contradicciones valorativas en el funcionalismo, sin perjuicio de que éste es el único sistema o posición dogmática que soluciona los mismos a través de sí, dejando ver un avance desde lo científico respecto a las restantes posiciones anterior-

297 Ídem, págs. 214/215.

298 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 271/272.

res con la consecuente señal de ser punta píce para las evoluciones venideras<sup>299</sup>.

Además, la teoría de la imputación objetiva en general, y en particular la teoría de los sistemas, permite un desarrollo del Derecho penal sobre la determinación de las propiedades objetivas de una conducta imputable, a la cual se le vincula en su favor o en su contra, su propio resultado producido<sup>300</sup>.

## II.- La realización del tipo

Un resultado delictivo sólo puede determinarse con cierta certeza si se articula de una manera concatenada las distintas fases de la imputación, dado que cada uno de los presupuestos está relacionado y depende de la preexistencia de su antecesor, dando en caso positivo una acción injusta no tolerable socialmente<sup>301</sup>.

Esto trae aparejada la idea de que en esta sociedad posmoderna se vive de una manera riesgosa a causa de los peligros que acarrea esta etapa tecnocrática. Sin embargo, no toda creación de riesgos puede ser objeto de prohibición del Derecho penal, toda vez que ello equivaldría a limitar de modo intolerable la posibilidad de acción de las personas, siendo esto lo que permite aseverar que dentro de la interacción interpersonal que hay en nuestras sociedades existen riesgos permitidos que excluyen la tipicidad de algunas acciones<sup>302</sup>.

A esta altura debe ponerse de resalto que el riesgo permitido puede estar determinado normativamente o por una pon-

299 Roxín, Claus, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 217.

300 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 203.

301 Jakobs, Günther, "Derecho Penal – Parte General", ob. cit., pág. 188.

302 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 271/272.

deración de bienes, y su apreciación debe hacerse *ex ante*, es decir, en el momento en que el autor emprende la acción riesgosa. Igualmente, el juicio que se hace sobre el mismo debe ser de carácter objetivo, por lo que no dependerá de la valoración subjetiva que pueda efectuar el autor<sup>303</sup>.

Menester es manifestar que la acción y el tipo no son distintos escalones del ilícito jurídico-penal, toda vez que las acciones en este sentido son sólo aquellas que están determinadas en cada caso particular a través de los efectos externos evitables del sujeto, lo cual nos obliga a que se analicen de modo separado ambos parámetros, dado que al ser la acción la causación de un resultado individualmente evitable, permite inducir que el tipo consta de elementos objetivos y subjetivos, encontrándose como parte de estos la evitabilidad –subjetivo– y un resultado –objetivo–, lo que conforma una actividad corporal que puede incluso, pero no necesariamente, tener consecuencias<sup>304</sup>.

Así, cuando se comienza a elaborar una posible solución de los casos particulares, la distinción entre tipo objetivo y subjetivo tiene una función determinante en los delitos dolosos, dado que como primer presupuesto hay que examinar la faz objetiva para luego ingresar al análisis de la subjetiva, deduciéndose por ello que el tipo objetivo es un disvalor del acontecer –disvalor del resultado– y el subjetivo un disvalor de motivación –disvalor de acción– del respectivo delito<sup>305</sup>.

Respecto a esto y a modo de tracto introductorio, dentro del tipo objetivo se encuentra el aspecto externo del delito que se genera a partir de la actividad corporal, dejando en el tipo subjetivo las actitudes psíquicas internas de la persona que en cada caso particular toma parte, demostrándose que este último es condición del primero<sup>306</sup>.

De tal suerte, existen acciones que pueden no constituir un injusto como también aquellas que sí lo son. Las primeras se realizan sin antijuricidad sobre dos posibilidades, una que no contiene ningún elemento de este tipo de acciones y la otra en el entendimiento que, si bien se dan todos los elementos de la acción antijurídica, también se dan otros adicionales de justificación que convierten en tolerable lo socialmente insoportable<sup>307</sup>. Entonces, el conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento que, si acaso es tolerable en un concepto de justificación, se denomina tipo de injusto<sup>308</sup>.

Sin embargo, debe dejarse aclarado que hay una independencia del tipo respecto al juicio de antijuricidad y al de justificación, dado que cuando queda realizado se constituye como injusto por carecer de un permiso del ordenamiento normativo, corroborándose que el único presupuesto positivo del injusto es la efectivización del tipo<sup>309</sup>.

Asimismo, y a esta altura, además de la clasificación en los delitos de actividad y de resultado, y éste último en lesión o peligro concreto o abstracto visto en el capítulo anterior, existen otras categorizaciones. Así, conforme la estructura del tipo obje-

303 Ídem, pág. 273.

304 Jakobs, Günther, *"Derecho Penal – Parte General"*, ob. cit., pág. 199/200.

305 Frister, Helmut, *"Derecho Penal – Parte General"*, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2011, pág. 166/167.

306 Jakobs, Günther, *"Derecho Penal – Parte General"*, ob. cit., pág. 199/200.

307 Ídem, pág. 190.

308 Ídem, pág. 191.

309 Ídem, pág. 195.

tivo, se puede diferenciar entre delitos de estado y permanentes, en donde lo se tiene en cuenta es si el ilícito tiene la posibilidad de acumularse en el tiempo; tal es así que en los de estado el acontecer típico, el mismo se compone de un suceso que con la producción definitiva se considera concluido, mientras que en los llamados permanentes el disvalor del resultado realizado aumenta con la duración del acontecer delictivo. Esta diferenciación es pertinente a los efectos de determinar el momento del hecho y su consecuente prescripción<sup>310</sup>. Para finalizar con los factores del tipo objetivo, nos debemos detener en la distinción entre delitos generales y especiales, en los cuales en ocasiones no se presupone una especial obligación de preservar el bien jurídico protegido –generales– y en otras sí –especiales o de deber–, siendo utilizado a los efectos de la determinación de la calidad de participación de los intervinientes en un hecho ilícito<sup>311</sup>.

Dentro del tipo subjetivo se encuentra el conocimiento de todo el acontecer delictivo que describe y detalla el tipo objetivo, lo cual significa que si una persona realiza un comportamiento enmarcado en el tipo objetivo de una norma jurídico-penal pero no conoce una de las circunstancias de este, el presunto autor no actúa de modo doloso, atribuyéndose una conducta imprudente si la mencionada legislación así lo permite<sup>312</sup>.

Es respecto a toda la subclasificación que es menester mencionar que en la actualidad la dogmática penal entiende que puede comprenderse e imputarse con-

ductas desde la posición de garante que tiene el presunto autor. Así, esta posición en los delitos comunes activos encuentra su base misma en la acción, dado que toda persona debe ser garante de que sus comportamientos no lesionen bienes jurídicos de los otros ciudadanos. Ahora bien, en cuanto a los delitos especiales, tiene fundamento en el deber que emerge de la posición que ostenta institucionalmente la persona presuntamente responsable<sup>313</sup>.

Todo esto se da porque existe la aprobación jurídica de algunas acciones en sí peligrosas, las cuales son el resultado de una ponderación de intereses, en la que se entrelaza una valoración entre la libertad de poder realizar tales acciones en sí peligrosas, dado que tienen un mayor peso que el riesgo de lesión de bienes jurídicos creados por las mismas. Solo ante esta preponderancia de la libertad de realización de acciones en sí peligrosas sobre el riesgo de peligro para bienes jurídicos que generan, estamos ante un riesgo jurídicamente permitido<sup>314</sup>.

Es así que la idea del comportamiento socialmente adecuado que se mantuvo dentro de los límites del riesgo permitido por la norma es uno de los criterios que subyacen, deducen de la teoría de la imputación objetiva. Además en este, también se encuentran el principio de confianza, la prohibición de regreso y la comisión en posición de garante<sup>315</sup>.

Sobre esos parámetros se puede referir de modo escueto, que el principio de confianza permite que no se impute objetivamente un hecho ilícito a una persona determinada en virtud de que, quien obró

310 Frister, Helmut, *"Derecho Penal – Parte General"*, traducción de la 4ª edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 2011, pág. 170/171.

311 Ídem, pág. 171.

312 Ídem, pág. 172.

313 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 244.

314 Frister, Helmut, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 201.

315 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 273.

confiando en que todos los demás se mantendrían dentro de los peligros permitidos, no producirá el resultado por permanecer dentro de los límites establecidos para su rol y sobre tal base no renuncia al ejercicio de la libertad que legítimamente tiene por una presunta acción ilícita de otros<sup>316</sup>.

Además, existe la prohibición de regreso, criterio que sirve para limitar la atribución de un resultado a ciertos comportamientos que pueden haber resultado causales pero que están fuera del interés del Derecho penal. Mediante ello se intenta hacer excluir la imputación en aquellos casos en los que la causa ha sido puesta por una persona que no tiene porqué responder por el resultado que produce directamente un tercero o que puede ser imputable directamente a la víctima. En virtud de tales presupuestos, la imputación solo alcanza a quien es garante de la evitación del resultado<sup>317</sup>.

Así, una atribución de resultado queda excluido en aquellos casos en los que tal resultado es mediación de un tercero que no obra conjuntamente con el autor inimputable. También queda sin endilgamiento el comportamiento que realiza un riesgo no permitido y este es consecuencia de la conducta o de una situación particular de la misma víctima, culminando con que concomitantemente queda sin imputación de resultado, la acción cuyo peligro fue creado por un tercero<sup>318</sup>.

Sobre todo lo dicho, es que una imputación objetiva consecuente tiene que poner en la base del enjuiciamiento del riesgo toda la situación de hecho objetiva existente al momento de la acción y preguntarse con que probabilidad era de esperar la

producción del resultado conforme las reglas generales de la experiencia. Así, en el tipo objetivo se establece que tal circunstancia se encuentra jurídico-penalmente reprobada y por tal motivo debió ser evitada por quien la accionó, siendo objeto de análisis del tipo subjetivo, la cuestión de si quien actuó conocía tales circunstancias y debió evadirlas. Cumplimentados tales parámetros, deviene el reproche de que esta persona no se comportó como lo exige la norma de conducta que subyace al ilícito<sup>319</sup>.

### III.- La realización del tipo en los ilícitos ambientales

Para clarificarlo más nítidamente en cuanto a las situaciones hipotéticas que pueden darse respecto a las instituciones dogmáticas antes referenciadas, vale decir, base de la imputación objetiva, y siempre dentro de los posibles delitos que pueden darse en vulneración o quebrantamiento del bien jurídico medioambiente, se puede decir que un riesgo del que debe responder uno de los intervinientes, o varios de acuerdo al grado de participación, siempre es definido como causa determinante, mientras que todas las demás condiciones se condisideran no determinantes. Así, tal suceso puede imputarse de manera preliminar a la víctima, al autor o a un tercero. Como un ejemplo podríamos mencionar la persona que tiene una especie animal prohibida para tenerse en una vivienda. En el caso, puede ser presunto culpable, quien de manera furtiva lo ha apresado, también a quien lo tiene como mascota, dado que es conocido por la generalidad de la sociedad que hay especies de animales que no son domésticas y finalmente, un tercero, el cual transportó, aún de

316 Ídem, pág. 276 y Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 203.

317 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 276/277.

318 Ídem, pág. 277.

319 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 203.

modo gratuito, al animal hasta la casa de quien terminó siendo su “dueño”.

Estos comportamientos incorrectos por parte de los intervinientes del curso lesivo, pueden a su vez ser combinados, toda vez que puede tanto el autor como el tercero haber violado la posición de garante que le ceñía de acuerdo al ámbito de organización que les pertenece o el rol que tenían en una determinada institución. Sin perjuicio de ello, la solución concreta del referente caso va a depender del estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad donde se intente resguardar al ambiente, toda vez que la imputación como forma y dentro de la teoría de imputación objetiva, se reconduce a los inicios de la cultura humana pero su contenido depende del contexto social actual, por lo que es vinculada a la sociedad concreta<sup>320</sup>.

Ahora, podríamos preguntarnos porqué no atribuimos a todos los intervinientes el comportamiento aludido. La respuesta tiene que ver con que toda imputación, incluso la jurídico-penal, se vincula a un suceso que acontece en el mundo exterior y con un destinatario (o varios) de la misma, de tal modo que el destinatario de la atribución aparece como a quien le pertenece dicho suceso, ya sea porque lo creó o por haber permitido que tuviese lugar.

Con lo dicho se quiere significar que la simple relación causal, vale decir, la causación, aún adecuada o dolosa, resulta insuficiente para fundamentar un endilgamiento, dado que la causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y es por ello que no aporta orientación social. Así se deja claro que para la imputación de comportamiento no es decisiva la capacidad de quien actúa, sino las que

el sistema normativo le impone al rol de la persona en ese determinado momento del comportamiento desviado. Esto logra verse en los hechos imprudentes de modo más perceptible, dado que aunque una persona que tenga en su vivienda un animal prohibido (en la hipótesis de que la norma admita la imprudencia) no piense en tal contravención, constituye igualmente una conducta contraria a la norma. En igual sentido, en los delitos dolosos tampoco es determinante la interpretación que pueda hacer la persona que de manera consiente se apropia de una especie animal que sabe no puede hacerlo, toda vez que lo concluyente es la interpretación objetiva orientada con base en el rol que la legislación pertinente le asigna.

Estos fundamentos admiten sustentar los tres ítems propugnados por el funcionalismo radical en cuanto a que “... 1) *Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado standar; 2) Entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quien compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quién por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico-penalmente...*; 3) *Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; sólo que en el ámbito de los hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita mayor explicación...*”<sup>321</sup>.

A esta altura, podemos bosquejar posibles configuraciones hipotéticas coherentes. De tal suerte, no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de bienes jurídicos ambientales,

320 Jakobs, Günther, “La imputación objetiva en el Derecho Penal”, 1° edición, 1ra. reimpresión, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 1997, pág. 14/18.

321 Ídem, pág. 25.

dado que existe un riesgo permitido para tales bienes como puede ser la fumigación de tierras con agroquímicos permitidos, donde la normativa y sólo ella, establece un grado de infectación del suelo, dándole un correcto standard de comportamiento a quienes lo realizan procurando así un desarrollo sustentable del mundo. También, debemos resaltar que en las relaciones sociales interconectadas no es parte de los roles establecidos legalmente, que una persona pueda controlar de manera permanente a todos los demás, toda vez que haría imposible una división de trabajo. Esto sucede en los casos en donde el vendedor del agroquímico confía en que el fumigador hará su trabajo de manera correcta y dentro de las cantidades admitidas, por lo que el principio de confianza se basa en la idea de, como se expuso en los párrafos anteriores, que todos los restantes intervinientes de un hecho son responsables de sus propios actos. Con esto se admite la posibilidad de división de trabajos, la cual decaerá cuando el reparto de trabajo se reciente en atención a que la otra persona, la potencial autora, no hace o no ha hecho justicia a la confianza brindada normativamente a su rol<sup>322</sup>.

Para continuar es indicativo que dentro de los delitos ambientales existe una prohibición de regreso cuando quien, en lo interrelacional de la sociedad, asumió un comportamiento estereotipado normativamente inocuo, no vulnerando el rol asignado como parte de dicha sociedad, aún cuando otra persona, más precisamente su comportamiento, lo vincule con un ámbito de organización no permitida, tal como pasa en las circunstancias en donde un vendedor de agroquímicos a gran escala y luego de expender una cantidad considerable a una empresa fumigadora,

322 Ídem, págs. 29/31.

intente ser imputado porque ésta última desoiga la legislación de colocación de tal elemento tóxico y contamine varias capas de suelo de una fracción de tierra determinada. Aquí se trata de desviar una conducta por sí misma carente de sentido hacia una delictiva, por supuesto con el conocimiento por parte de los fumigadores de que se va a producir tal daño al ambiente.

Finalmente, puede que la configuración de un contacto social sea competente no sólo del autor sino también sobre la víctima, ya sea por serle imputable tal comportamiento o porque se encuentre con la desgracia de hallarse en esa posición de garante por su rol, momento en el que existirá una competencia de la víctima que no será imputable, o cuanto menos no solamente, al presunto autor. Ejemplificativamente, podríamos mencionar el consentimiento brindado por el titular registral de la tierra a que la empresa fumigadora vierta en mayor porcentaje al permitido, el agroquímico que culmina con una toxicidad superior al permitido. Asimismo, cuando es la misma víctima quien prepara el líquido para ser desparramado en la fracción de terreno y lo hace superando lo permitido y conociendo de tal prohibición, ocasionando infracción a un deber de autoprotección directa de su propia vida, situaciones que no le permiten a la persona damnificada por el daño no asumir que a causa de su comportamiento arriesgado afronte las consecuencias que eran previsibles y por tanto evitables<sup>323</sup>.

#### IV.- El dolo y la imprudencia

Dentro de la realización de un ilícito jurídico-penal, y a su vez en los delitos de índole dolosa, su tipicidad se debe a factores externos e internos, y teniendo en consi-

323 Ídem, págs. 34/37.

deración que el aspecto objetivo ya fue desarrollado en los párrafos antecedentes, corresponde adentrarnos en la parte subjetiva de un comportamiento reprobado por la legislación penal. Así, es conveniente recordar que como factor principal del tipo subjetivo de cualquier delito de esta categoría nos vamos a encontrar al dolo.

Con esta tesitura advertimos que al tipo subjetivo pertenecen las circunstancias que determinan la realización del tipo objetivo en una conducta típica, vale decir, el dolo y la imprudencia, al igual que aquellos otros elementos subjetivos del injusto que referencia la norma para caracterizar o esquematizar un comportamiento, los cuales deben concurrir al momento de emprender la acción ejecutiva que permite al presunto autor salir de su ámbito de organización del curso causal y que tiene como destino el resultado no permitido<sup>324</sup>.

Igualmente, entendiendo que los elementos del tipo subjetivo son requisitos del injusto al igual que una forma específica y una especial cantidad del mismo, este injusto no puede ser objeto del tipo subjetivo, toda vez que el conocimiento o la cognoscibilidad no es parte del dolo o de la imprudencia sino de la culpabilidad en atención a que pertenece a ella<sup>325</sup>.

Es mediante el concepto de dolo que se permite atribuir un determinado acontecer fáctico como la propia acción a una persona en particular, siendo estos elementos internos psíquicos del comportamiento los que son objetivizados en los tipos objetivos. Ahora bien, debemos dejar bien aclarado que el tipo subjetivo de una acción penalmente responsable no se termina en el dolo, dado que existen algunos que requieren una finalidad trascendente de la

realización de dicha conducta y por ello es que algunos sostienen que en el delito doloso el autor obra sabiendo lo que hace<sup>326</sup>.

Mediante tal afirmación es que existe una técnica de regulación sistemática que entiende que los elementos subjetivos distintos al dolo o la imprudencia siempre se mencionan en el ilícito en particular, en el caso concreto y dentro de la parte especial. De tal suerte, la punibilidad de la imprudencia siempre debe imponerse expresamente al respectivo tipo concreto e incluso limitándose a determinados elementos típicos, ante lo cual, en caso de no estar establecido de este modo, todo el tipo debe desarrollarse de manera dolosa<sup>327</sup>.

Ante lo dicho, podemos manifestar que es de público y notorio para los profesionales y estudiantes avanzados de derecho, que el dolo dirigido a la realización de un tipo pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de este, sin perjuicio de lo cual también es dable aclarar un poco más detenidamente que es lo que debemos entender por la palabra “dolo”, vocablo que a través de su afirmación o negación decide la mayoría de las veces sobre la punibilidad y en todo caso sobre su magnitud<sup>328</sup>, dado que el hecho de que la individualización en la imputación tenga la función de eliminar la separación de papeles aún no explica por qué dentro de lo individualmente evitable se distingue entre dolo e imprudencia<sup>329</sup>.

Podríamos establecer aquí una pequeña manera de diferenciación entre una conducta que contiene dolo y otra que solo se

324 Jakobs, Günther, “*Derecho Penal – Parte General*”, ob. cit., pág. 309.

325 Ídem, pág. 311.

326 Bacigalupo, Enrique, “*Derecho Penal...*”, ob. cit., págs. 314/315.

327 Jakobs, Günther, “*Derecho Penal – Parte General*”, ob. cit., págs. 311/312.

328 Roxín, Claus, “*Derecho Penal...*”, ob. cit., págs. 414/415.

329 Jakobs, Günther, “*Derecho Penal – Parte General*”, ob. cit., pág. 312.

llevó a cabo de manera imprudente. Así, en el dolo las consecuencias son aceptables en virtud de que sino no obraría de este modo, en cambio en la imprudencia, la situación tiene falta de conocimiento de las consecuencias y su aceptabilidad no son imaginables, dado que en un comportamiento de este estilo el presunto autor acepta la probabilidad de que él mismo se ocasione un daño, mientras que cuando se actúa dolosamente, la previsión de un planeamiento lleva a la persona a dejarse excluida *prima facie* de cualquier presunto riesgo de lesión<sup>330</sup>, por lo que el límite del dolo se determina de un modo tajante entre el conocimiento o su contrario respecto al hecho. Este objeto de conocimiento es un acto terrenal, toda vez que la mera posibilidad de reconocerlo fundamenta sólo un reproche por imprudencia<sup>331</sup>.

Así las cosas, para que un determinado comportamiento pueda tildarse de dolo, la persona que lo ejecute debe conocer las circunstancias del tipo legal aunque no el tipo en sí mismo. Esto quiere decir que el autor se ha decidido conscientemente a realizar el disvalor típico y lo lleva a cabo cuando, al ejecutar la acción adecuada al tipo, conocía las particularidades que cumplen el tipo<sup>332</sup>, aunque no el precepto mismo de la norma que transgrede.

En ese entendimiento, hay que aclarar que en el ámbito de conocimiento de una prescripción típica dolosa se pueden hacer distinciones respecto a la consecuencia que puede llegar a traer un determinado hecho. De esta manera, un autor cualquiera puede obrar a causa de darse cuenta que está realizando un comportamiento típico, ya sea que la quiera por sí mismo o por las consecuencias que ello apareja, lo

cual nos lleva a alimentar la idea de que la anticipación así prevista es condición suficiente de la acción, siendo éste el ámbito de las consecuencias principales.

También puede suceder que el autor de un presunto hecho puede obrar dándose cuenta de la realización del tipo pero sin que aquello de lo que se da cuenta sea también contenido de su voluntad. Puede ser percibido como dependiente de la voluntad pero el llevarlo a cabo no es motivo del actuar, haciendo de este ámbito de consecuencias de un determinado suceso, las derivaciones secundarias<sup>333</sup>.

Sobre tales asertos es que podemos decir que en relación con los fines de la norma, consistente en evitar el comportamiento que defrauda expectativas, en el ámbito de las consecuencias principales el autor se ha desmarcado volitiva e intelectualmente de la evitación de dichas consecuencias, en tanto que en las consecuencias secundarias, sólo se ha desmarcado de las consecuencias intelectuales, quedando lo volitivo sin posibilidad de tener un objeto.

Ante ello, es dable decir que la fórmula usual utilizada en aras de concebir al dolo como “conocimiento y voluntad” de una determinada realización de un tipo penal, resulta un poco escueta, dado que para ser más certera tendría que argumentarse sobre la idea de que el dolo es el conocimiento de que la realización del tipo depende de la ejecución querida de la acción, aún cuando no sea querida por sí misma, o lo que es lo mismo, el dolo es el conocimiento de la acción junto con sus consecuencias<sup>334</sup>.

Por lo que, en la medida en que el autor persigue conscientemente con su actuación fines externos, también debe haber querido

330 Ídem, pág. 313.

331 Frister, Helmut, “Derecho Penal...”, ob. cit., pág. 219.

332 Ídem, pág. 220.

333 Jakobs, Günther, “Derecho Penal – Parte General”, ob. cit., pág. 315.

334 Ídem, págs. 315/316.

algo en el suceder externo, al menos la ejecución de la acción, aunque las consecuencias de la ejecución de la acción, ya sea en parte o en su totalidad, solo las haya percibido como dependiente de la misma.

Sin embargo, tenemos dogmáticamente reconocido tres tipos de dolo, la intención o el propósito (dolo directo de primer grado), el dolo directo (dolo directo de segundo grado) y el dolo eventual. Estas formas de actuar se contraponen con la imprudencia, la cual puede ser de dos maneras, una de modo consciente y otra de modo inconsciente. Así las cosas, sobre la intención o propósito recae lo que el sujeto persigue, en cambio sobre el dolo directo se encuentran atrapadas todas las consecuencias, las que aún sin perseguirlas, el sujeto las prevé de producción segura. Finalmente, el dolo eventual se da en aquellos casos en los que la persona actúa no persiguiendo un resultado ni lo prevé como seguro, sino que sólo lo pronostica como posible de realizarse, no obstante, si se llega a realizar lo asume como producto de su voluntad. En cuanto a las formas de imprudencia, en cualquiera de sus dos facetas, podría decirse que son conductas negligentes o hechas con ligerezas o faltas de la atención contraria al deber<sup>335</sup>.

Es claro a esta altura que en el presente trabajo en razón de su extensión no nos hemos introducido en la discusión científico dogmática del dolo entre la teoría de la voluntad o la teoría de la representación, no obstante, en atención a la evolución que ha significado la corrida referenciada, tenemos que advertir que es gracias a este desarrollo que mayoritariamente se podría decir que el dolo se caracteriza básicamente por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como gene-

radora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido.

Contrariamente, si desconoce o ignora la creación de un peligro concreto de realización del tipo objetivo o tiene un error sobre el mismo obrará de modo imprudente, por lo que en suma podemos decir que el dolo no requiere conocimiento de la punibilidad tampoco, vale decir, no es necesario que el presunto autor haya sabido que la acción que llevaba a cabo estaba amenazada con una determinada pena conminada en abstracto<sup>336</sup>, solo que podría recaerle una pena si ejecuta o realiza la conducta.

Es por ello que lo que se tiene en cuenta es que el disvalor de un plan delictivo se deriva recién del hecho de que el autor se esfuerce por realizar ese plan mediante su acción. De acuerdo a esto, el disvalor de la motivación de un delito de índole dolosa no queda fundada en la decisión del hecho sino por la consciencia de realización de un determinado plan ilícito. A su vez, tal argumentación nos pone a elucubrar que este disvalor de motivación va aumentando a medida que comienzan las acciones propias de la ejecución del plan, vale decir, desde la primera hasta la última necesaria, de modo que se plantea la cuestión de a partir de qué momento o estadio de realización el disvalor de motivación es suficientemente alto para justificar una punición por un ilícito doloso.

Tal problemática generalmente se encuentra ya resuelta en el marco de lo normativamente dado, toda vez que es la ley la que lo establece en la medida en que al disvalor de motivación del delito doloso consumado no pueden serle puestas exigencias menores que al disvalor de motivación de la tentativa respectiva, en tanto

335 Roxín, Claus, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 415/416.

336 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 316/320.

y en cuanto para esta última siempre se establece que el autor, según su representación del hecho, debe haberse puesto inmediatamente a realizar el tipo, por esto es que no existe ningún motivo que pueda obligar a requerir para el delito doloso consumado, una medida de disvalor de motivación mayor que para la tentativa<sup>337</sup>.

Entonces, a esta altura podemos dejar en claro que es ampliamente sostenido por los dogmáticos de la ciencia de derecho penal que la intención o el propósito no debe significar el motivo, la finalidad última del sujeto actuante, sino que la intención típica concurre aun cuando el resultado perseguido sirva para la consecución de ulteriores fines distintos de dicha persona, por lo que los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales, aún cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última, es decir, el motivo o el móvil por el cual se llevó a cabo, o la finalidad única de quien realiza el comportamiento, si en cambio se originan resultados indeseados cuya producción solo se había considerado como posibles o probables, son producidos a lo sumo con dolo eventual<sup>338</sup>.

También es factible mencionar que en la mayoría de los delitos no es menester al momento de analizar un caso particular, establecer cual es la forma de dolo que se ha realizado en dicho actuar, sin perjuicio de lo cual, en los casos en que sea de manera inequívoca la intención o el dolo directo, debe dejarse de ese modo sentado y no caer en la fórmula muchas veces utilizada del aforismo “al menos en dolo eventual”, toda vez que hacerlo de dicha forma conlleva una determinación inexac-

ta de la evaluación, análisis y desarrollo de la resolución del caso particular<sup>339</sup>.

Debe, de acuerdo a lo expuesto, decirse que toda acción que se emprende con la conciencia y seguridad de que se realizará el riesgo jurídicamente protegido, encaja en el tipo sin importar si el resultado propuesto por el autor de tal suceso lo acepta o no. Ahora bien, para casos contrapuestos, en donde la intención no tiene el carácter constitutivo mencionado con anterioridad, por lo menos dicho resultado debe ser deseado como finalidad secundaria<sup>340</sup>.

Sin embargo, puede darse la posibilidad de que el presunto autor de un comportamiento ilícito, no haya previsto las consecuencias de su accionar, dado que el Derecho penal por el principio de sujeción a la ley no puede tomar la forma de expresión racionalista de la norma como una mera cobertura de una psicología no racionalista, vale decir, vivencia y conocimiento no son lo mismo. En definitiva, hay que ver en cada caso concreto si se puede comprobar que las acciones y reacciones psíquicas del autor han alcanzado la conciencia del mismo<sup>341</sup>.

Así las cosas, y habiendo desandado un poco el camino, es necesario llegar a la comprensión de que si el autor no conoce una circunstancia que integra el tipo, se configura un error de tipo, significando por supuesto que desconoce el acontecer descrito en el tipo objetivo o no lo conoce completamente, actuando sin dolo en consecuencia. Más allá de ello, no siempre se puede decir que es de simple apreciación un error de tipo, dado que no se configura cuando el autor no conoce que su

337 Frister, Helmut, “Derecho Penal...”, ob. cit., pág. 223.

338 Roxín, Claus, “Derecho Penal...”, ob. cit., pág. 419.

339 Frister, Helmut, “Derecho Penal...”, ob. cit., pág. 226.

340 Roxín, Claus, “Derecho Penal...”, ob. cit., pág. 421.

341 Jakobs, Günther, “Derecho Penal – Parte General”, ob. cit., pág. 318.

conducta realiza un tipo delictivo en razón de haber efectuado una incorrecta subsunción de la situación fáctica. Ese error de subsunción podrá fundamentar un error de prohibición pero siempre dejando intacto al dolo<sup>342</sup>.

Sobre tal parecer, una de las opciones para que una conducta pueda serle atribuida a una persona determinada es cuando la misma se representa un querer sobre la realización del tipo, con lo cual, a modo de pensamiento simétrico, pero entre positivo y negativo, puede decirse que para que pueda darse un error de tipo que sea excluyente del elemento doloso debe faltar el conocimiento y esto se da cuando quien ejecuta la acción no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo<sup>343</sup> y entendiendo que el conocimiento es la percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión de las normativas, es decir, los hechos externos con su significación social, lo que se requiere es justamente el conocimiento del acto y lo que inside socialmente, si exigir claro está que el sujeto realice reflexiones conscientes sobre cada uno de los elementos, huelga decir, que dedique su tiempo en pensar en cada uno expresamente<sup>344</sup>.

Llegado el momento de referirnos más particularmente a la imprudencia, se puede especificar que la misma es aceptada mayoritariamente en la actualidad como una lesión a un deber de cuidado, es decir una conducta contraria al deber en relación con el bien jurídico protegido, por lo que teniendo en cuenta eso, un autor imprudente podría actuar con un error de tipo evitable, es decir, si no conoció todas las circunstancias que realizan el tipo

pero tales circunstancias le eran conocibles, vale decir, tuvo la capacidad para poder percibir y conocer el hecho si hubiera prestado la atención que le era debida<sup>345</sup>.

Esta apreciación de la negligencia es propio del principio de culpabilidad, toda vez que tanto el conocimiento como las capacidades del autor se ven en la misma.

Ahora bien, el tipo imprudente puede considerarse realizado o cumplido si un tercero imaginado en la situación y con los conocimientos especiales del autor, habría podido reconocer el acontecer típico, es por esta razón que el Derecho penal les exige a los ciudadanos que empleen su propio conocimiento empírico para evaluar sus acciones, dado que la importancia radica en que en ese momento, al autor no le fue suficientemente significativo evitar el acontecer ilícito, sin un asesoramiento técnico previo<sup>346</sup>.

Sobre tal marco es que se comprende que la cognocibilidad tiene distintos grados y por lo tanto la imprudencia también. Así, cuanto menos haga falta para que la persona reflexione sobre el comportamiento que efectúa, más grande será el reproche que sobre el mismo se ceñirá. Además, se distingue también entre la imprudencia consciente y la inconsciente, dándose la primera cuando el autor aún reconociendo la posibilidad de que se realice el riesgo jurídicamente protegido, confía de una manera irracional en que el mismo nunca acaecerá. En contrapartida, una persona se comporta de manera inconscientemente imprudente cuando no ha reconocido la posibilidad del suceso típico.

342 Frister, Helmut, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 233.

343 Roxín, Claus, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 458.

344 Ídem, págs. 460/472.

345 Frister, Helmut, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 250.

346 Ídem, págs. 252/258.

## V.- El dolo y la imprudencia en los ilícitos ambientales

Llegado a este momento, podemos decir que por tipicidad se entiende aquella relación axiológica de juicio u operación mental que hace un interprete o juez para intentar determinar si la conducta que se está analizando coincide mediante subsunción con la descripción abstracta contenida en la ley penal<sup>347</sup>.

Así las cosas, podemos advertir que el tipo tiene un carácter indiciario en tanto que, al ser sólo un indicio del injuto, pueden realizarse comportamientos que se encuentran por encima del riesgo permitido pero que en el caso concreto la conducta se encuentra permitida por gozar de una autorización de las legislaciones. A modo de ejemplo, la situación en la que una persona que se encuentra realizando una caminata en la mesopotamia del país junto con otras más, e inadvertidamente se coloca en posición de ser atacada por un yagareté, animal en peligro de extinción, momento en el cual uno de sus acompañantes, al ver brincar al felino sobre su compañero, decide utilizar el bastón de caminar o escalar y atravieza al animal dándole muerte, por lo que ocasionó un tipo penal de caza de un animal salvaje prohibido, pero se encuentra justificado por el estado de necesidad que entendió había en dicho instante por considerar la vida de su compañero un bien preponderante sobre la del jaguar sudamericano.

Igualmente el tipo cumple una función didáctica o pedagógica, toda vez que los tipos penales sirven para motivar a todos los ciudadanos a abstenerse de realizar las conductas prohibidas. En el caso anterior,

347 Lascano, Carlos J. (h), "El tipo doloso de comisión", en obra colectiva Derecho Penal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005, págs. 261/262.

la función didáctica se visualiza desde el momento en que las personas a pesar de saber que existía un riesgo cierto de ser atacado por animales salvajes en el lugar donde se aprestaron a caminar, este grupo no llevó ningún arma que pudiera ocasionar daño a las especies del lugar por entender que tal comportamiento está prohibido.

También, los tipos penales poseen una representación limitadora sobre las formas de actuar de la sociedad sobre la cual recae dicha normativa, es decir, el legislador selecciona de un gran grupo de bienes con interés para dicha comunidad, con criterio de intervención mínima, aquellas conductas que atentan más gravemente sobre los bienes más importantes, configurando de este modo comportamientos penalmente relevantes con significado valorativo propio dado que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico importante para el Derecho penal, que por medio del bien jurídico penal de restablecer la vigencia de la norma transgredida, logra prevenir tales sucesos.

En la continuidad del ejemplo, el legislador entendió que la fauna silvestre de la Nación debe ser un bien jurídico para proteger, toda vez que conforme a la Constitución Nacional, el ambiente en donde se integra la fauna es un bien protegido para nosotros y para nuestra posteridad, el cual de ser lesionado o superado el riesgo permitido, lleva consigo la imposición de una sanción que permite que el resto de los ciudadanos continúen confiando en que la norma tiene validez. Es decir, a través de la reestructuración de la vigencia de la norma, se logra impedir que las demás personas se vuelven de manera masiva a cometer similares acciones, ocasionando una lección para toda la comunidad al momento de imponerle una sanción al transgresor<sup>348</sup>.

348 Ídem, págs. 265/266.

Ahora bien, respecto al tipo subjetivo del ilícito jurídico penal, es dable señalar, dado que es el elemento más sobresaliente del mismo, que en las conductas dolosas lo importante es la función de motivación y el conocimiento que tenía el sujeto al momento en que inició el proceso de planificación del comportamiento, por lo que en el caso modelo, la persona que de manera consciente y aceptada provoca la muerte de una especie protegida, supera el riesgo permitido por la norma consintiendo sin coacción alguna que de acuerdo con las perspectivas que tenía sobre su comportamiento transgredía las expectativas normativas que estaban sobre tal conducta.

Concordantemente es para mencionar que el tipo subjetivo no se conforma solo del dolo sino que también puede ser integrado por especiales elementos subjetivos que suponen en el autor un determinado propósito o intención, una motivación o impulso. Así, puede ser una especial características de la participación, como puede ser una finalidad ulterior, en donde una vez superado el dolo, el autor se dirige a un fin que también está jurídicamente desaprobado. También puede ser un determinado conocimiento, un sentimiento, un estado de ánimo<sup>349</sup>.

Haciendo un cambio de tema y pasando a hablar sobre la imprudencia, es conveniente recordar que nos encontramos en una sociedad que al estar altamente tecnificada produce una cantidad de riesgos innumerables para la humanidad y nuestra casa común. Cuando estas conductas avanzan sobre leyes que protegen bienes jurídicos, pueden hacerlo desde un lugar no prohibido y respetando los límites impuestos normativamente, quedando dicho riesgo en carácter de permitido. De

349 Ídem, págs. 279/280.

manera ejemplificativa podríamos mencionar el ya citado caso de la persona que rocía agroquímicos a la tierra labrada para que no crezca maleza en sus cultivos. Con ello, es claro que se encuentra deteriorando el suelo mediante ese químico, no obstante, y en atención la legislación que enmarca dicha actividad, ese comportamiento dentro de los parámetros establecidos está permitido, por lo que tal conducta para el Derecho penal resulta irrelevante.

Cuando ese límite es traspasado, dicho actuar se vuelve desaprobado para la rama penal del Derecho, con independencia de la producción de resultado, y si tal acción proviene de una escasa representación por parte de la presunta autora en la situación fáctica en la que se encuentra, teniendo conocimientos habituales para una persona que se dedica a ello, debería poder reconocer el acontecer típico, toda vez que lo relevante para atribuir un hecho de este estilo es que el autor pudiendo no realizar el riesgo no permitido gracias al conocimiento que posee, decidió de una manera irracional no evitar la circunstancia riesgosa para evitar el delito cometido. Para mostrar un caso particular, podríamos referirnos a la situación en la que al momento de hacer la preparación de químicos para fumigar su campo, el agropecuario no utiliza el recipiente medidor pensando de una forma irracional que poniendo el líquido directamente en el recipiente fumigador, introducirá la cantidad exacta, cuando en realidad supera la medida ocasionando un daño al suelo que supera el riesgo permitido y lo hace por no evitar la posibilidad de incrementar los límites del fluido tóxico por medio del uso del recipiente medidor<sup>350</sup>.

350 Pérez Barberá, Gabriel E., *“El tipo culposo – La preterintencionalidad”*, en obra colectiva Derecho Penal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1º reimpresión, Córdoba, año

Para ir culminando, un error de tipo dentro de los delitos ambientales puede ocasionarse cuando la persona tiene un falso conocimiento o directamente carece del mismo, lo cual excluye el elemento intelectual o cognocitivo del dolo, es decir, la comprensión de la criminalidad del acto entendida como el conocimiento del hecho y sus caracteres constitutivos que fundamental el tipo y su antijuricidad. Tal situación puede darse cuando en una relación entre vecinos, enterado uno que el otro se fue de vacaciones, decide de manera voluntaria y sin consultar con el vacacionante, regar el jardín de su vecino, en donde yace una planta protegida por la norma jurídico penal por encontrarse en peligro de extinción, y con la suerte de que al momento de cargar el balde para mojar las plantas, le coloca más agua de la que puede resistir la planta eliminándola. También se daría en el caso en el cual un grupo de sujetos se encuentra frente a un bosque haciendo tiro al blanco los cuales están sobre los árboles y uno de ellos, pensando que está tirando sobre uno, ve que al alcance de tiro hay un animal que cree es permitido para la caza cuando en realidad no lo está por encontrarse en veda, efectuando el disparo y dando muerte al mismo<sup>351</sup>.

## VI.- Escenario de las causas de justificación

Muy asiduamente, por no decir de modo exclusivo, encontramos en los libros de textos que luego del elemento del delito "tipo" continúa la "antijuricidad", que enmarca a aquellas características del presunto hecho concreto que lo pone en contradicción con las normas jurídicas y

---

2005, págs. 261/262.

351 Lascano, Carlos J. (h), "El tipo doloso de comisión", ob. cit., págs. 284/285.

en especial las de *ultima ratio* del Derecho penal. Es necesario mencionar que en este componente se analizan todos los supuestos normativos que poseen circunstancias particulares capaces de justificar o no un comportamiento ilícito a través de la ponderación de valores o bienes en juego<sup>352</sup>.

En palabras más simples, quien se arroga la función o el cargo por algo, tiene que realizar alguna prestación que puede consistir en que aleje un peligro que recaerá sobre otra persona o que soporte los costes que pueden generar las tensiones conflictivas mediante la toleración de que se le lesionen ciertos intereses o deberes que les son propios<sup>353</sup>. A su vez, determina la incumbencia que le puede recaer a un sujeto o un grupo de personas, habrá que determinar qué esfuerzo se espera normativamente y en qué medida debe asumir los costes para que se solucione el conflicto.

Así las cosas, la teoría de la antijuricidad tiene como objeto determinar en qué condiciones y cuándo la realización de un comportamiento típico jurídico-penal en cualquier circunstancia, es decir, activo u omisivo, doloso o imprudente, no resulta contrario a derecho, con lo cual tal actuar no merece la desaprobación del orden jurídico. Es sobre tal base que es entendida como una teoría de las autorizaciones para la realización de un determinado hecho típico, en donde el autor a obtenido del sistema normativo una autorización para llevar a cabo la conducta que desplegó<sup>354</sup>.

---

352 Balcarce, Fabián, "La antijuricidad", en obra colectiva Derecho Penal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1º reimpresión, Córdoba, año 2005, pág. 371.

353 Jakobs, Günther, "Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal", traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, editorial Thomson Civitas, año 2003, págs. 135/136.

354 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 351.

De esta manera, nos encontramos ante la necesidad de esgrimir la idea ya por todos aceptada de que la tipicidad es causa necesaria pero no suficiente para la antijuricidad, dado que sólo será antijurídica en la medida que el sujeto sobre el cual se presume la autoría, no tenga en su favor o no intervenga sistemáticamente una causa o fundamento de justificación que excluya su contradicción a la norma.

Con tal situación, en primera medida debemos dejar en claro que las causas de justificación no tienen como única fuente al Derecho penal -aunque existe posición en contra-, sino que las mismas pueden provenir de todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, a pesar de ello, pueden deberse del mismo modo en todas las ramas de esta ciencia a dos situaciones. Las primeras transitan cuando media consentimiento de quien realiza el comportamiento, situación en donde la autorización se produce de la realización del tipo por voluntad o interés personal -principio de ausencia de interés-; y las segundas ocurren en torno a los demás permisos que concede el ordenamiento, circunstancias en las que todos tienen su base en la valoración prioritaria de resguardo de bienes jurídicos sobre otros -principio del interés preponderante<sup>355</sup>, es decir la necesidad en los primeros supuestos y la ley en los segundos.

En tales casos, las situaciones que gozan del beneficio de la justificación tienen como característica primordial la exclusión de la consecuencia jurídica de cualquier índole y para todos los intervinientes en el hecho, aunque lo sobresaliente de esto es que se excluye la pena en su favor, característica que comparte con la inculpabilidad y la inimputabilidad, aunque con distintos alcances, acontecer que permite dirimir la

<sup>355</sup> Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 265.

cuestión de si una determinada situación es una autorización o permiso, o sólo una disculpa o exención de pena<sup>356</sup>.

No obstante, nuestra Constitución Nacional y la lógica deóntica nos llevan a demarcar dos ámbitos de normatividad. Inicialmente encontramos las facultades o permisos de carácter débil que establece el primer párrafo del artículo 19 de la Carta magna, el cual permite que los sujetos puedan realizar u omitir y no realizar o no omitir determinadas maneras de conductas siempre que no tengan consecuencia jurídica alguna. A ello lo hace de una manera abierta y abstracta sin establecer cuáles son esos comportamientos, toda vez que si el actuar del individuo no reúne las características sancionadas por la ley, son irrelevantes<sup>357</sup>.

A su vez, desde la misma manda (segundo párrafo) tenemos un permiso normativo de carácter fuerte, dado que la forma negativa de redacción muestra que los comportamientos serán prohibidos u obligatorios cuando no estén específicamente permitidos, circunstancia que nos lleva a elaborar la idea sostenida por los doctrinarios penales en cuanto dicen que lo que se trata en este elemento no es sólo la cuestión de si un comportamiento, ya sea activo u omisivo, debe estar en general prohibido, satisfaciendo los principios de legalidad y lesividad, sino también que debe estar prohibido bajo pena, lo que a su vez satisface a los principios de subsidiaridad y mínima intervención<sup>358</sup>.

Sobre esto podemos decir entonces que al entender al derecho como una unidad, no se puede permitir dentro de sus ordenamientos sistemáticos dos normas

<sup>356</sup> Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 352/353.

<sup>357</sup> Balcarce, Fabián, "La antijuricidad...", ob. cit., pág. 374.

<sup>358</sup> Ídem, pág. 377.

que sean contradictorias entre sí, vale decir, que por principio de vigencia de interpretación de la ley penal no puede haber una norma que exija y otra que prohíba la misma acción.

En virtud de ello, la justificación en interés del afectado casi de forma total se da por el consentimiento de la propia víctima. Su efecto justificante es concedido por la importancia que tienen ciertos bienes jurídicos para el desarrollo individual de la persona según su propia determinación y, aunque no rige de modo irrestricto, tan intensa intromisión en la auto-determinación, se entiende que solo puede otorgarse en la ejecución de propia mano<sup>359</sup>, invitando al lector para una correcta instrucción a los distintos manuales y tratados que sobre el tema se encuentran escrito, dado que para el tema que nos encontramos desarrollando, vale decir, derecho ambiental penal, su víctima, el medioambiente, nunca podría prestar su consentimiento.

En cuanto a las justificaciones que se derivan de la protección de intereses de otros o de la generalidad, en no pocas ocasiones es necesario tomar injerencia en bienes jurídicos del individuo protegidos también penalmente, colisionando por lógica con otros bienes jurídicos<sup>360</sup>.

De tal suerte, en donde conforme las expectativas sociales hay momentos en los que la ayuda del Estado puede ser muy tarde, la legislación vigente, bajo determinadas circunstancias, permite que las personas puedan realizar un tipo penal para proteger bienes jurídicos que se encuentran amenazados, concediéndoles un permiso o autorización para ello. A tales acontecimientos la doctrina los llama derechos de

359 Frister, Helmut, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., págs. 266/276.

360 Ídem, pág. 269.

necesidad y son comprensivos del mismo la legítima defensa, la defensa necesaria, los estados de necesidad justificantes, el derecho al auto-auxilio y la posibilidad de aprehensión de un delincuente encontrado en flagrancia<sup>361</sup>, lo cual nos lleva a determinar que debemos tener un principio omnicompreensivo del ordenamiento vigente en donde todas las causas de justificación pretenden la regulación socialmente correcta de los intereses que colinden<sup>362</sup>.

Así las cosas, el sistema jurídico otorga un gran alcance de afectación de bienes jurídicos ajenos cuando se ejerce una legítima defensa (la cual proviene siempre de una conducta humana), en donde la misma es legítima sólo si es necesaria, permitiéndose con tal fundamento, todas las medidas apropiadas para realizarla, toda vez que el derecho no debe ceder ante lo ilícito, dando con ello una doble base: una defensa individual y una ratificación del orden jurídico como tal. Sobre los parámetros de dichos permisos, no se tiene en cuenta la relación valorativa de los bienes en juego, dado que lo que se aprecia es que tal colisión empezó por una conducta del agresor que es repelida por un comportamiento defensivo del ofendido, responsabilizando de este modo al agresor que obra sin derecho<sup>363</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de lo ya expuesto, es correcto advertir que dentro de esta modalidad de autorización existen especificaciones que tienen que ver con la agresión y los requisitos que ella tiene; con la actualidad o ilegitimidad que la

361 Ídem, pág. 270.

362 Cortés de Arabia, Ana María, *"Causas de justificación"*, en obra colectiva Derecho Penal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1º reimpresión, Córdoba, año 2005, pág. 415.

363 Frister, Helmut, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., págs. 270/271 y Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., págs. 359/360.

misma debe poseer; con la necesidad de la defensa que se esgrime; con la falta de una provocación suficiente que aliente la conducta del agresor; con las limitaciones que tiene este permiso normativo; y con el elemento subjetivo que debe tener la defensa legítima, situaciones que por la extensión del presente trabajo no se pueden exponer, sin embargo, es para alentar a quienes tengan interés, manifestar que sobre estos parámetros se puede profundizar en los textos que versen sobre Derecho penal parte general.

De igual forma que al tratar la legítima defensa o defensa necesaria, podemos decir a esta altura de evolución de esta rama del Derecho que dentro de los casos de estado de necesidad (que proviene de una cosa o animal), existen dos modos, uno defensivo y otro agresivo. Sobre ello podemos mencionar que en el defensivo se autoriza a repeler el peligro generado por la cosa o animal ajeno peligroso recayendo a su costa el resultado de la colisión de bienes aún cuando lo repelido sea de igual o mayor valor que el protegido, sin perjuicio de lo cual, aquí la relación valorativa con el objeto o animal a repeler si tiene insidencia, dado que el bien jurídico amenazado no puede ser de menor valor al que se menoscaba<sup>364</sup>.

Concomitante a esto, dentro de esta modalidad de autorización legislativa, el estado de necesidad se presenta en dos formas diferentes, una como colisión de bienes y la otra como colisión de deberes, las cuales, de una manera que podrá parecer de adolescente fundamentación por la extensión de la obra y las circunstancias del caso, se intentará explicitar.

En igual sentido, cuando hablamos de estado de necesidad agresivo, hacemos referencia a los casos en los que se permi-

364 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 271.

te por cuestiones de solidaridad menoscabar bienes de terceros ajenos al hecho. Aquí, se permite ocasionar un daño a una cosa o bien ajeno que es exageradamente de menor valor al bien que se pretende salvar, toda vez que si existe igualdad o a penas una superioridad valorativa, el daño no será suficiente para permitir la intromisión, toda vez que no se puede sólo trasladar el daño a sufrir a los demás<sup>365</sup>.

Aquí lo que pretende el ordenamiento es excluir la culpabilidad de quien se encuentra en estado de necesidad otorgándole al titular del bien menoscabado de menor valor, la imposición del deber de tolerar tal detrimento sobre la prerrogativa del "deber de solidaridad recíproca" que se entiende forma parte de las bases del pacto social<sup>366</sup>.

El objeto de justificación no es la acción en su totalidad, sino su tipicidad, dado que puede ocurrir que con una misma conducta se cometan varios delitos, de los cuales algunos estén justificados y otros no<sup>367</sup>. Tal posición nos da la pauta para reflexionar sobre el tema tratado y establecer que quien obra conforme a una norma jurídica actúa legítimamente en virtud de la no contradicción del orden jurídico, por lo que no pueden existir legitimidades contrapuestas<sup>368</sup>, situación que permite sostener la vigencia de la norma en las expectativas que los individuos esperan del sistema normativo.

De tal suerte el hecho que quedo justificado no acarrea para el sujeto ningún tipo de responsabilidad sobre la vigencia del ordenamiento, lo cual trae aparejado

365 Ídem, pág. 272.

366 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 372.

367 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 277.

368 Cortés de Arabia, Ana María, "Causas de justificación...", ob. cit., pág. 417.

la deducción de que si el individuo genera la situación que da lugar a la permisión, excluye a su respecto la causal de justificación, dado que, si bien es cierto que puede llegar a conocer las circunstancias del tipo permisivo, debe ser el ordenamiento y no él quien se ponga en tal situación<sup>369</sup>.

Con dicho marco, en los delitos de resultado, tal cual se expresó precedentemente, pueden existir comportamientos que puedan estar justificados y otros no, por ende el objeto del juicio de antijuricidad lo dan los riesgos de que se produzca un resultado, quedando en este análisis sin importancia la valoración jurídica del resultado producido<sup>370</sup>.

Hasta acá lo desarrollado tiene que ver con los permisos y autorizaciones que el ordenamiento determina en aras a los parámetros y fundamentos desarrollados. No obstante, la teoría de la culpabilidad trae consigo la solución mayormente sostenida en la actualidad respecto a que es lo que excluyen los errores sobre una causa de justificación<sup>371</sup>. De esta forma, todos los presupuestos que constan en una causa de justificación, esto es objetivos y subjetivos, son elementos de lo que actualmente se denomina tipo permisivo, y ante ello, tenemos de manera concordante al tipo penal, una parte objetiva y una subjetiva<sup>372</sup>.

Sobre tal tesitura, es dable reflexionar que los presupuestos objetivos de un tipo permisivo deben juzgarse según la situación de hecho efectivamente existente al momento del hecho, independientemente de si era cognoscible o no, dado que existe un peligro para el bien jurídico protegido

369 Ídem, pág. 417.

370 Frister, Helmut, "*Derecho Penal...*", ob. cit., págs. 277/278.

371 Bacigalupo, Enrique, "*Derecho Penal...*", ob. cit., págs. 382/383.

372 Frister, Helmut, "*Derecho Penal...*", ob. cit., pág. 280.

solo cuando, sobre la base de la situación de hecho objetivamente existente al momento de la acción, era posible, según el conocimiento empírico general, una lesión del bien jurídico<sup>373</sup>.

Ahora bien, para resolver sobre si se encuentran dados los requisitos del tipo permisivo subjetivo, se debe tener en cuenta que cuando nos encontramos en duda de conocer si estamos ante una causa de justificación, debemos tener presente que cuando alguien duda de tales parámetros, considera también la posibilidad de esos presupuestos estén satisfechos del respectivo delito y con ello lo hará dolosamente<sup>374</sup>.

Igualmente, en los supuestos donde el sujeto realiza una acción posiblemente justificada para proteger a otro bien jurídico que se halla en juego dentro de la situación conflictiva, las reglas del dolo en su subtipo eventual no se atañen a tal circunstancia, dado que en la representación del autor no podía haber otra alternativa de conducta con la cual se evitara con certeza una lesión de bienes jurídicos, por lo que la posibilidad de que se lesione un bien para resguardar uno que podría estar lesionándose, no puede ser entendido ni valorado como ilícito de motivación<sup>375</sup>.

Sin perjuicio de ello, no existe una doctrina dominante que pueda dar una respuesta uniforme sobre la existencia de circunstancias justificantes como elemento subjetivo de justificación. Todos los comportamientos en situaciones de incertidumbre que permitan que la postura tomada sea la errónea, se debe valorar de acuerdo a los riesgos de una decisión equivocada que se haya en contra posición con el caso concreto, contraponiendo el valor del acontecer

373 Ídem, pág. 282.

374 Ídem, pág. 285.

375 Ídem, pág. 286.

de la acción típica al disvalor del acontecer típico sin las circunstancias justificante<sup>376</sup>.

En las diversas formas de estado de necesidad justificante, la ponderación de los riesgos de una decisión equivocada es más compleja en la medida que en esos casos, al determinar el valor del acontecer como tal de la acción justificante, también deben ser considerados los intereses menoscabados por esa acción<sup>377</sup>.

Cuando el presunto autor realiza una conducta justificada con conocimiento de esa justificación, el mismo habrá obrado objetivamente, en base a su representación del hecho, acorde al derecho, por lo que no realizó ningún ilícito de motivación<sup>378</sup>.

También existen incidencias respecto a los errores que pueden darse sobre el tipo permisivo, los cuales se pueden dar cuando el hecho objetivo y la representación del autor divergen de tal manera que puede o bien realizarse el tipo permisivo objetivo o solo el subjetivo, vale decir, en el primer supuesto no conocía la existencia de una causa de justificación y en el segundo, su representación respecto de las circunstancias justificantes eran erróneas, pues no se daban efectivamente.

Así, quien supone de manera incorrecta circunstancias justificantes, y por ello toma la decisión auto-determinada de efectuar un comportamiento objetivamente típico, no reconoce correctamente la situación de hecho. Esta representación de circunstancias justificantes compensa el disvalor de motivación del dolo de tipo, toda vez que al actuar el sujeto carece de motivación dirigida al ilícito, sin perjuicio de lo cual, esta suposición no hace caer el dolo como tal pero si su antijuricidad, lo que

376 Ídem, pág. 287.

377 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 287/288.

378 Ídem, pág. 289.

permite tener presente que tampoco realiza un ilícito doloso<sup>379</sup>.

## VII.- Escenario de las causas de justificación en los delitos ambientales

Podríamos decir que, atento la voráGINE con que se dan actualmente las cosas, uno de los aportes más importante de la moderna teoría del delito es la antijuricidad y la distribución de dos análisis en el comportamiento ilícito, uno destinado a ver la contrariedad del mismo con el sistema normativo y el otro, en un momento posterior, la realización del reproche, atribución o imputación del hecho antijurídico al presunto autor material del suceso<sup>380</sup>.

Así las cosas, nosotros entendemos que las causas de justificación son los motivos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. En este tipo de conductas permitidas, no se trata de formas de actuar extrañas o especiales, sino que son autorizadas o justificadas por la sociedad a través de soportar los mismos en situaciones o contextos específicos<sup>381</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los intentos de derivación de las causas de justificación desde distintas perspectivas, hay que tener presente que no hay uno que tenga todas las soluciones que el sistema normativo necesita, dado que el contenido de este tipo de permisos o autorizaciones legales engloban el contenido de las concretas normas que ciñen a las diversas sociedades en concreto, lo que lleva a supo-

379 Ídem, págs. 290/292.

380 Molina Fernández, Fernando, "El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito", en obra colectiva Revista Chilena de Derecho, volumen 22, N° 2, año 1995, pág. 265.

381 Jakobs, Günther, "Derecho Penal – Parte General", Fundamentos y teoría de la imputación, 2° edición, corregida, editorial Marcial Pons, Madrid, año 1997, pág. 419.

ner que, en tanto la actualidad es una complejización de interrelaciones entre todos los actores sociales, no existe una fórmula exacta de comunidad excelente u óptima<sup>382</sup>.

Llegado el momento oportuno para referirnos específicamente a los ilícitos que podrían darse en contra del medioambiente, debemos tener en claro que en nuestra transición de un estado primitivo a un Estado de Derecho, se logró que tenga lugar una adecuada institucionalización de los distintos derechos personales y las diversas libertades garantizadas por la ley, lo que conlleva a entender que mis derechos sobrellevan el deber de otros de no poder lesionarlos, a cual también significa la implicancia de que los derechos de los demás sujetos tienen un deber de no menoscabarlos por mi parte<sup>383</sup>.

Todo ello supone que cada persona que decida vivir en sociedad tiene que presuponer la existencia de un derecho que consiste en la organización de su ámbito conforme a deber y cada derecho un deber que lleva consigo la necesaria administración inocua del derecho que le pertenece.

Así, cuando una persona pone en juego no solo la propiedad sino también el ámbito de organización de la cosa propia de una manera peligrosa y superando el riesgo permitido, lleva la situación sobre los límites de transgresión de los derechos de los demás integrantes de su comunidad, acarreado con ello la posibilidad no sólo de pérdida de propiedad de la cosa sino igualmente poniendo en tela de juicio su propio ámbito de organización, dado que ha extralimitado su disponibilidad de de-

rechos y con ello incrementando su deber frente a los demás<sup>384</sup>.

Para ejemplificarlo con un extremo, podríamos mencionar la situación de caza y pesca sobrepasando los límites del coto permitido, donde en atención a que supero el riesgo que por ley le fue concedido, ingresando al ámbito de organización que no le es propio, el Estado en representación de todos, puede disponer -de acuerdo a la gravedad- penas privativas de libertad, multas y decomiso de los elementos utilizados para la caza y la pesca, toda vez que no tienen que ser sus conciudadanos los que soporten cualquier menoscabo de sus derechos, perdiendo las libertades que les son propias, en aras al abuso de uso que el cazador o pescador hace de su organización.

De igual forma, en relación con los bienes compensables es dable advertir que no se puede, a los efectos de no tolerar la intromisión de los demás, contabilizar hasta el último céntimo del porcentaje que puede llegar a corresponder en los bienes del sujeto, toda vez que, al ser posible de una colisión de derechos o intereses, significaría que ambas partes del conflicto defenderían, dentro del límite de lo necesario, a la agresora de los daños. Para poder tener la justificación que la legislación otorga, la tensión no debe ser insignificante, sino más bien una circunstancia que en proporción parezca razonable, vale decir, no sea irrazonable<sup>385</sup>.

En este sentido, lo expuesto puede verse ejemplificado en la situación de conflictos en los que se intenta esgrimir un estado de necesidad defensivo por parte de los distintos productores que se oponen a que el Estado, en cualquiera de sus dimensiones, les exija que cultiven sus diversos

382 Ídem, pág. 420.

383 Jakobs, Günther, *"Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal"*; traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, editorial Thomson Civitas, año 2003, págs. 136/137.

384 Ídem, págs. 139/142.

385 Jakobs, Günther, *"Sobre la normativización..."*; ob. cit., págs. 146/149.

granos sin eliminar y con un espacio de dos metros antes del alambrado perimetral en aras a la protección de los espacios comunes, argumentando que de esta manera las pérdidas que tendrían en dinero serían importantes. Esta imposición que recae en cabeza de estas personas se da en el marco de que es uso habitual por estos tiempos que muchos de los productores agropecuarios se deshagan de los alambres para poder sembrar y cosechar fuera de los límites de su propiedad para obtener más ganancias aunque ello lleve la consiguiente fumigación y eliminación de flora y fauna que habita en esos espacios, y es por ello que nunca podría quedar destruido el derecho del Estado sobre los espacios comunes como así tampoco la vida de ese ecosistema en razón de la utilidad que le pueda generar una pequeña porción de terreno a una persona en particular. No existe proporcionalidad en la magnitud de los derechos e intereses en juego.

Para no sobreabundar con situaciones que puede darse en cuanto al desarrollo del punto anterior, es menester referir sólo algunas y en tal marco, la hipótesis de en una misma acción típica, exista a la vez un comportamiento justificado y otro antijurídico<sup>386</sup>. Así las cosas, el comportamiento desplegado por un pescador que,

en época de veda del dorado y coto limitado de variada, decide ir de pesca y obtener una cantidad permitida de piezas de variada y varios dorados. De este modo, este sujeto estaría realizando una acción típica pero permitida y otra antijurídica.

Sin perjuicio de todo lo dicho, párrafo aparte es menester referenciar acontecimientos que a entender de muchos de los que estudiamos día a día la rama penal del Derecho, están sucediendo es desmedro del crecimiento de la misma. Así, sorprende mucho que, a pesar de ser una parte casi unánimemente considerada como avance irrenunciable, muchos aún al día de hoy no le dan a la antijuricidad el mérito que posee y con ello no le permiten la fuerza expansiva que tiene. También, las divergencias que se producen por las distintas posiciones producen un retraso en la evolución hasta los extremos de llegar a que en otras ciencias pongan en duda incuestionable la propia presencia del sistema científicamente fundado, por lo que es momento de que entendamos que si bien pueden haber desacuerdos sobre los fundamentos que sostienen a la teoría del delito y las teorías que lo integran, es necesario resaltar que nos encontramos en presencia de una ciencia que aún no ha cumplido su ciclo de crecimiento.

---

386 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 279.

### I. Un pequeño desarrollo histórico con conceptualizaciones elementales

Dentro de la evolución, la idea de justicia se fue perfilando desde una retribución por responsabilidad absoluta y objetiva del mal causado para después ser compensación en virtud de la responsabilidad del resultado producido intencionalmente, siendo en la actualidad uno de los elementos de la teoría del delito que más estudiado se haya, dado que muchos opinan retornar al normativismo, otros al funcionalismos y otros ven una forma de eliminarla. Así, parte de sus primeros pasos los dio en Roma, donde se superó la responsabilidad por el hecho dañoso y la culpa moral de los griegos, asumiendo un sentido jurídico, dándose a la locución culpa paridad con la culpabilidad para luego ser entendida como la falta de cuidado<sup>387</sup>.

También en Derecho canónico, utilizando las bases de lo realizado por el derecho romano, se desarrolló la conceptualización a través del axioma *versari in re illicita*, donde entendió que desde el inicio del acto la culpabilidad se encuentra presente en el autor y en ello se mostró opositor a la responsabilidad por causa material del daño. Luego en el Siglo XVI, juristas franceses valentados por la influencia de criminalistas italianos, dejan para la posteridad el principio

“donde no hay dolo, no hay crimen y por ende, no puede haber pena”, máxima que culmina en la alocución “no hay pena sin culpabilidad”, donde, conforme entienden dogmáticos de renombre, está la dignidad del Derecho penal, dado que en ella reside la repulsa de la responsabilidad por el resultado y el reconocimiento de la responsabilidad por culpabilidad<sup>388</sup>.

Adentrándonos a la actualidad y dentro de lo jurídicamente penal, el vocablo tiene dos acepciones: la primera se entiende como una garantía individual y se denomina principio de culpabilidad, lugar en donde operan los límites de la potestad punitiva estatal y se permiten la atribución de responsabilidad penal y la imposición de una pena. Si bien ya se refenció al principio en los capítulos precedentes, menester es exponer que fue mediante el mismo que se le concedió a la persona la categoría de ser capaz de conducirse de modo racional y donde lo jurídicamente responsable no proviene únicamente de la naturaleza lesiva del comportamiento –responsabilidad por el resultado–, sino también de la actitud espiritual al portarse de esa forma –responsabilidad por la culpabilidad–<sup>389</sup>.

Tales asertos nos dejaron como consecuencia importante la idea de que la responsabilidad es siempre por el hecho propio, nunca de terceros, por el acto y de carácter subjetiva, el cual determina que el sujeto

387 Agostinetti, Marcelo Javier, “La culpabilidad”, en obra colectiva Derecho Penal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005, págs. 473/474.

388 Ídem, págs. 474/475.

389 Ídem, págs. 475/476.

debe ser imputable y debe tener la posibilidad y la aptitud de conocer que con su comportamiento contraría una norma.

A su vez, esto deja ver que mediante este principio se puede ver el presupuesto lógico de libertad de decisión del hombre, toda vez que sólo cuando existe la capacidad de dejarse determinar por las normas jurídicas, puede el autor ser atribuible de responsabilidad de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar sus impulsos criminales, por lo que a través de esto y de la experiencia en casos semejantes, puede tenerse por corroborado que la persona podría haber actuado de una manera distinta<sup>390</sup>.

La segunda significación del término, se utiliza cuando nos encontramos refiriendo a una categoría de los elementos del delito, donde tiene a grandes razgos la concepción de ser la actitud anímica jurídicamente reprochable del autor respecto a la consumación de un hecho penalmente típico y antijurídico –concepción normativa– o bien como un puro juicio de reproche -concepción finalista-; y en cuando en ambos casos, carente de permisos o autorizaciones para llevar a cabo tal accionar. Ahora bien, en la actualidad desde la perspectiva de la prevención general positiva, se sugiere un concepto de culpabilidad que no se basa ni en la libertad ni en el carácter del sujeto, sino que se fundamenta en las alternativas sociales a la solución penal del conflicto<sup>391</sup>.

Así, pasadas escuetamente las distintas posiciones dogmáticas de la teoría del delito y sus formulaciones respecto al elemento culpabilidad, quienes realizaron la crítica a las posiciones que mantenían al dolo y a la imprudencia en la misma, argumentan

que, en contrario, se escinden a los mismos de tal infidelidad al Derecho, dado que será la reprochabilidad del comportamiento el único componente que la integre, dividiéndose la misma en hechos en parte estadarizados y partes no, a saber: constitución psíquica normal; relaciones psíquicas y configuración normal de las circunstancias en las que el autor se comporta.

Dentro de este concepto normativo de culpabilidad, el autor debe ser dueño del hecho en todas sus características propias y según sus cualidades jurídicamente relevantes. Es justamente este dominio el que se traduce en conocimiento o cognoscibilidad del injusto material, el cual unido a la imputabilidad y a la falta de causas de exculpación, son los presupuestos necesarios para una pena<sup>392</sup>.

Sin embargo, no es sino hasta que el finalismo desarrolla el modelo adecuado, que se le asigna carácter dominante a la idea de que el dolo y la imprudencia no pertenecen a la culpabilidad. Así, la doctrina final de la acción dice que estos conceptos son objetos de valoración y que en la culpabilidad se valoran los mismos mediante el reproche que debe hacerse al sujeto por el comportamiento realizado, puesto que el autor pudo darse cuenta de la antijuricidad y por tanto pudo omitir su decisión de actuar de ese modo contrario a la norma, dado que el conocimiento del injusto no es elemento del dolo sino sólo de la reprochabilidad.

Ahora bien, hay que echar por tierra las críticas a la solución que brindó el finalismo (más allá que no es la que se sigue en el presente trabajo), estos discordes pensadores manifiestan que se desnatu-

390 Ídem, págs. 476/477.

391 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 415.

392 Jakobs, Günther, *"Derecho Penal – Parte General"*, Fundamentos y teoría de la imputación, 2ª edición, corregida, editorial Marcial Pons, Madrid, año 1997, págs. 569/570.

raliza o queda vacío el concepto de culpabilidad, para desechar tal posición hay que tener presente que la teoría del delito no es apilación de elementos sino una ordenación de objetos hacia un fin y por ello los elementos –dolo e imprudencia– de los escalones iniciales del delito –tipo–, no se pierden en la parte superior de la escalera –culpabilidad–, por lo que puede decirse que todo el injusto pertenece a la culpabilidad<sup>393</sup>.

Por ello, este componente del delito tiene como misión caracterizar la defraudación a la norma o la no motivación a Derecho por parte del autor que ha sido impulso del conflicto, siempre y cuando el hecho no haya sido minimizado por una modificación posterior del actuar o también cuando la impunidad no este sujeta a circunstancias situadas más allá del injusto material. Todo esto lleva a la declaración del sujeto como autor responsable puniéndoselo para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar el reconocimiento de tal ordenamiento y mediante ello el concepto de culpabilidad ayuda a estabilizar el Derecho<sup>394</sup>.

Así, la existencia de la acción y la responsabilidad del autor por su motivación contraria a la legislación vigente, muestra la expresión de sentido que el mismo quiere dar a su conducta, dejando ver que según su parecer el mundo debe ser de esa manera y no de otra. En este contexto, habrá que determinar si el contenido de la norma le era accesible o exigible de obediencia al sujeto, toda vez que si se dan tales supuestos positivos, el reconocimiento le era requerido a dicha persona, sufriendo tal afirmación una infidelidad o una falta, estableciéndose de ese modo el injusto en su cabeza<sup>395</sup>.

393 Ídem, págs. 572/574.

394 Ídem, págs. 579/581.

395 Ídem, pág. 581/582.

Conclusivamente con lo expuesto, debemos mencionar que los contextos disculpantes existen cuando no puede exigirse al sujeto que obedezca una norma por las particularidades del mismo, por lo que muestra que la culpabilidad es un eslabón de la imputación, vale aclarar, de la conexión entre sujeto y conducta<sup>396</sup>.

Es en virtud de ello que la culpabilidad, entendida en esta acepción, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma<sup>397</sup>. Ahora bien, al igual que la constitución de un injusto -realización del tipo faltando un contexto justificante- depende de la organización de la sociedad en la que ha de distinguirse Derecho e injuto, así también el contenido de la culpabilidad se ve determinado por la configuración o conformación social, debiendo interactuar y acomodarse la una a la otra y viceversa<sup>398</sup>.

Así, la culpabilidad se dará no sólo cuando el autor no se ha motivado por la norma, sino cuando, además, estuviera obligado a ello, es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación, la cual se dará siempre que el hecho antijurídico no pueda ser explicado por razones que no afecten la confianza general en la vigencia de la norma, es decir, culpabilidad entendida como deslealtad al orden jurídico establecido<sup>399</sup>.

Con tal contexto, cuando hablamos o valoramos la culpabilidad, siempre es esencial comenzar antes bien por los requisitos positivos de ella que son cuatro elementos que se dan acumulativamente de mane-

396 Ídem, pág. 567.

397 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 413.

398 Jakobs, Günther, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 567.

399 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 418.

ra necesaria. En primer término tenemos que el autor debe comportarse antijurídicamente, para luego ser imputable, es decir, un sujeto con capacidad de cuestionar la validez de la norma; a los que se agrega el actuar no respetando el fundamento de validez; y finalizando con, de acuerdo a la clase de delito, que tienen que concurrir los especiales elementos de culpabilidad si el tipo lo requiere<sup>400</sup>.

## II.- Determinación de culpabilidad que se acompaña

Entendido lo anterior, la aptitud para la culpabilidad debe ser concebida de manera literal en la capacidad del sujeto de ser culpable, vale decir, verificar de sí y en qué medida el presunto autor, en razón de su constitución psíquica, tenía al momento del hecho la capacidad para decidirse de modo autodeterminado en contra o en favor de la comisión de ese suceso contrario a la norma<sup>401</sup>.

Teniendo en cuenta el párrafo anterior, es menester referir que para lograr la determinación de la culpabilidad es preciso ponderar las coacciones sociales que el autor debe superar por su cuenta y qué características perturbadoras del autor tienen que ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o ser soportadas por terceros<sup>402</sup>. Así, el ordenamiento normativo entiende en general que la capacidad sólo se ve afectada por la inmadurez o algún tipo de perturbaciones psíquicas<sup>403</sup> y de acuerdo a lo expuesto, podemos dejar establecido que dos son las condiciones de atribubilidad individual, la infracción penal de una

norma primaria y la responsabilidad penal del sujeto<sup>404</sup>.

De tal suerte, dentro de la infracción individual de una norma primaria penal se requiere capacidad propia de evitar la conducta que es objetivamente desvalorada, la cual puede estar ausente si existe inimputabilidad, toda vez que si no está el disvalor objetivo tampoco estará el personal. Luego, se encuentra la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad, cuya carencia de tal juicio puede ser debido a un error sobre la prohibición invencible, exculpando la persona que la padece. Finalmente, la responsabilidad penal del sujeto, que es una infracción personal de una norma primaria penal, permite imputar la antijuricidad penal a su autor, sin perjuicio de lo cual, para imponerle una pena es preciso que aparezca como sujeto idóneo para responder penalmente, competencia que puede ser excluida por incapacidad e inimputabilidad<sup>405</sup>.

Por ello, la culpabilidad se concibe a partir de la función preventivo general de la pena, es decir, en función de la seguridad del orden social, siendo que en virtud de esto se verifica, no si antes verificar en el caso concreto y conforme al rol que le estaba determinado socialmente, si el autor tenía una alternativa real de realización de la conducta, dado que si existe una alternativa de organización que fuera preferible a la imputación del hecho al productor del presunto ilícito, se determinaría normativamente la alternativa de otra conducta distinta<sup>406</sup>.

400 Jakobs, Günther, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 567.

401 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 363.

402 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 418/419.

403 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 364.

404 Agostinetti, Marcelo Javier, "La culpabilidad...", ob. cit., pág. 481.

405 Agostinetti, Marcelo Javier, "La culpabilidad...", ob. cit., págs. 481/482.

406 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 419.

Con todo esto llegamos a la definición funcionalista, no aceptada por todos, de culpabilidad que rinde un fruto de regulación conforme a determinados principios frecuentes que tienen que ver con los requisitos del fin de la pena para una sociedad de estructura determinada<sup>407</sup>.

Sobre tales ideas y teniendo en cuenta que es menester conceptualizar a la imputabilidad en función de la idoneidad del autor por sus condiciones psíquicas normales y definir en el mismo sentido a la exigibilidad en función de la idoneidad del autor por su actuación en una situación motivacional normal, nos deja con el marco perfecto para poder referenciar un poco lo que acontece en nuestra normativa interna respecto a ello, sin perjuicio de lo cual, cuando entendemos que la capacidad de culpabilidad no está dada por la calidad del autor, concebimos que la misma es atribuida y orientada normativamente, por lo que son las disposiciones legales las que nos establecen cuáles son los sujetos capaces y cuáles no, y en su caso cuáles son las circunstancias que la excluyen<sup>408</sup>.

Así, nuestra legislación plantea regímenes diferenciados entre quienes son considerados adultos conforme las normas del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994 B.O. 07/10/2014) y aquellos que aún no han llegado a esa edad. Además, en la actualidad en materia penal coexisten dos sistemas diferenciados respecto a como debe tratárselos.

Desde la época del proceso militar argentino, rige y aún tiene vigencia la ley 22.278 que establece el régimen penal aplicable a los menores incurso en delitos, la cual fue sancionada el 25 de agosto

407 Jakobs, Günther, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 584.

408 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 419.

de 1980 y sin tener en cuenta las prerrogativas que traería consigo la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989. La legislación que si tuvo en cuenta este tratado internacional es la otra ley que cohabita en el sistema, la número 26.061, la cual reglamenta tal acuerdo entre las distintas naciones en el seno de la ONU y da mejores y más derechos a los niños y adolescentes dentro del territorio de la República Argentina.

Llegado el momento de hablar sobre el Código Penal y su fórmula, el art. 34, inc. 1 determina que la imputabilidad tenga una base mixta biológica psicológica, dado que para eximir de responsabilidad penal a un sujeto determinado, la norma exige que haya un presupuesto biológico, vale decir, insuficiencia de facultades mentales, alteraciones morbosas de las mismas o estados de inconsciencia, debiendo tal presupuesto biológico tener injerencia sobre el efecto psicológico de inimputabilidad, lo que haría que el presunto autor del hecho ilícito no comprendiera la criminalidad del mismo<sup>409</sup>.

Ahora bien, dogmáticamente hablando, hay en Derecho una presunción sin prueba en contrario, de que los niños que no superan los dieciséis años de edad (ley 22.803, art. 1) carecen de la madurez mental suficiente como para decidir autodeterminadamente cualquier comisión de ilícitos, excluyéndolos de ese modo de la posibilidad de aplicación de pena, imponiéndoseles en su caso, medidas educativas preventivas que buscan lograr la comprensión y capacitación del menor respecto a la conducta contraria a las normas sociales.

En cuanto a los adolescentes de entre 16 a 17 años, es necesario que la madurez sea constatada por el juez en el caso concreto

409 Agostinetti, Marcelo Javier, "La culpabilidad...", ob. cit., pág. 483.

teniendo en cuenta a su vez la entidad del ilícito cometido, por lo que en esta etapa etárea de desarrollo la presunción de incapacidad por madurez en el ordenamiento argentino es con admisión de prueba en contrario. Luego, desde los 18 años en adelante, la normativa le aplica a las personas sin restricciones –salvo perturbación psíquica– todas las consecuencias propias que devienen de un delito, es decir, las penas y las medidas que el ordenamiento penal establezca, en la cantidad y calidad que el mismo determine.

Así las cosas, volviendo al desarrollo dogmático, previo a efectuar el análisis de las otras causas de incapacidad, es decir, perturbaciones psíquicas, es necesario recordar que la culpabilidad se estructura sobre tres elementos que son la base misma de ella, a saber: la capacidad de comprender la ilicitud y de comprenderse de acuerdo con ella, la posibilidad de conocimiento de la ilicitud y la exigibilidad<sup>410</sup>.

Habiendo aclarado, corresponde referirnos a las perturbaciones psíquicas, las que debemos mencionar de acuerdo a lo establecido por la posición jurídicopenalmente dominante. Aquí, nos encontramos con las que son mentalmente patológicas y que engloban a aquellas afecciones psíquicas que provienen de una causa orgánica. Puede ser por daños cerebrales de lesiones tanto internas como externas, v.g. la psicosis -esquifrenia, manía o depresión-, aunque sin poder determinarse a ciencia cierta aún hoy si son orgánicas. En esta clasificación podríamos ingresar a las personas que se encuentran en estado de embriaguez por alcohol o drogas, dado que causan una modificación momentánea del cerebro<sup>411</sup>.

410 Bacigalupo, Enrique, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 423/424.

411 Frister, Helmut, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 366.

Debemos igualmente tener presente las perturbaciones profundas de la conciencia que llegan a través de los estados de excitación condicionados por las experiencias, es decir, estados de emoción violenta, las cuales tienen fundamento sólo cuando la capacidad de actualizar las vivencias intelectuales está afectada en forma externa.

Finalmente, tenemos que mencionar que los graves déficit de inteligencia están enmarcados dentro de lo que se considera debilidad mental, aquellos que no tienen aceptación dentro de aquellas perturbaciones de causa orgánicas demostrables o las mentalmente patológicas y por ello abarcan indeterminados fenómenos psíquicos anómalos como las adicciones, las neurosis, las psicopatías, etc<sup>412</sup>.

Concordante con lo dicho y como característica común con las demás perturbaciones, todas las precedentemente nombradas tienen que ser de especial gravedad para poder afectar la capacidad de culpabilidad propia del sujeto que la padece, dado que de no poseer tal grado de importancia carece de valor exculpatorio.

Más allá de lo expuesto, actualmente podría decirse que para ser considerada culpable una persona, la misma tiene que tener la capacidad de comprender el ilícito del hecho y comportarse conforme esa misma comprensión, reconociendo en su auto-determinación nuestro mundo social y tomando una posición –en favor o en contra– de la observancia de una norma determinada<sup>413</sup>.

Por lo tanto, la responsabilidad del autor se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y

412 Frister, Helmut, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., pág. 366.

413 Frister, Helmut, *"Derecho Penal..."*, ob. cit., págs. 367/368.

este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte la confianza general en la norma. Es justamente esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante en un comportamiento antijurídico, lo que es la culpabilidad<sup>414</sup>, por lo que la misma podría definirse como falta de fidelidad al Derecho o infidelidad al Derecho que es determinada normativamente.

Sin embargo, al momento de hablar de comprensión del ilícito, no debemos dejar de tener en cuenta que lo que se intenta clarificar es la capacidad de configurar una voluntad que se corresponde con el juicio que se hace al hecho delictivo. Es aquí precisamente donde vemos que quien obra antijurídicamente no ha configurado su voluntad con el ordenamiento social, dejando un mensaje en esa decisión a la sociedad en la que cohabita junto a sus otros miembros, distinta a la que se esperaba conforme las expectativas sociales de sus conciudadanos<sup>415</sup>.

Sobre estos tópicos encontramos que la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico penal del acto se rodea de aspectos como la conciencia de la desaprobación jurídica, en donde desaparece la culpabilidad por desconocimiento de la antijuricidad y también está la duda sobre la desaprobación jurídico penal que permite, según se pueda aplicar, la atenuación de la pena<sup>416</sup>.

De tal suerte es que podemos referir que la capacidad de culpabilidad es una cuestión específica de la autodeterminación jurídica, la cual es entendida como la posibilidad de un sujeto de evaluar de modo sensato el asunto a resolver y tomar su decisión sobre la base de ponderacio-

414 Jakobs, Günther, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 566.

415 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 368.

416 Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 425/428.

nes razonables, por lo que quien tiene esta capacidad e igualmente se ha decidido en contra del Derecho, actúa culpablemente.

Es por esto que existirá incapacidad de culpabilidad cuando durante el proceso de decisión al alcance de la persona, se encuentre de alguna manera desvirtuado tanto temporal como espacialmente respecto de las vivencias sociales, ocasionando su imposible comparación con un adulto normal<sup>417</sup>.

### III. Excuso y ampliación respecto de lo ambiental

Como se ha expuesto en la parte anterior del presente capítulo, la culpabilidad es en nuestra cultura jurídica uno de los presupuestos decisivos para la responsabilidad jurídica penal, y su conceptualización proviene básicamente de dos visiones de la culpabilidad, la psicológica y la normativa, siendo la última la que mejor traduce el concepto de culpabilidad que manejamos en el llamado Derecho Penal de Culpabilidad. A partir de la segunda mitad del siglo XIX surge la concepción psicológica de la culpabilidad, en profunda armonía con la teoría jurídica del delito propia de los sistemas de Franz Von Liszt y Ernst Beling, que conceptualizaron el tipo penal como una fórmula estrictamente objetiva y descriptiva y que localizan "todo lo subjetivo" en la culpabilidad.

Mientras V. Liszt construye la culpabilidad como una relación subjetiva entre el acto y el autor, Beling en el mismo sentido apunta la relación del autor con el resultado y su vínculo subjetivo con el hecho practicado. Para ambos, lo que vincula al autor con la realización de la conducta es la culpabilidad, habiendo un presupuesto

417 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 369/370.

ideológico sobre la libertad del hombre y sobre su capacidad intelectual.

También Radbruch sostiene que hay un contenido de voluntad en la culpabilidad, una relación psicológica con el resultado. Constituye un concepto de culpabilidad de matiz causalista, puesto que busca un nexo psíquico entre la acción y el resultado, cambiando a la culpabilidad suministrar una explicación causal subjetiva, simultánea y paralela al nexo de atribución objetiva. De esta forma, se configura un sistema bipartido rígido de lo ilícito, separando drásticamente los elementos objetivos de los elementos subjetivos, distinguiendo, por lo tanto, lo injusto –elementos objetivos– de la culpabilidad –elementos subjetivos–<sup>418</sup>.

Con los avances del Finalismo, los cambios son implementados en el concepto normativo de culpabilidad, pasando éste a incorporar a partir de Hans Welzel un criterio de reprochabilidad que consiste en la formación antijurídica de la voluntad del autor. Para Welzel, la culpabilidad es la parte de la responsabilidad del autor por su determinación antijurídica, a pesar de que él no explica de qué forma una persona puede evitar el delito y utilizar su autocontrol con la finalidad de actuar de acuerdo con el Derecho, o sea, tampoco Welzel ofrece una explicación del libre albedrío, que sigue como una categoría sin comprobación empírica.

Se observa, por lo tanto, que el finalismo se vale de la fórmula que pregona que la culpabilidad equivale a la reprochabilidad agregando a ella elementos valorativos normativos. De este modo, la culpabilidad es el reproche que deriva de una acción tí-

pica y antijurídica realizada, e implica ser responsable por un comportamiento antijurídico. Este es un aspecto importante, pues es el que hace que el concepto de culpabilidad sea un concepto jurídico y no moral o simplemente psicológico. Por esta razón, este concepto complejo de culpabilidad es el que comprendería conjuntamente elementos psíquicos y valorativos.

De tal suerte, debemos entender que el fin orientador y determinante de la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el ordenamiento jurídico perturbado por la conducta delictiva. La atribución de culpabilidad y la punición a ella vinculada, tienen el poder de confirmar la “corrección de la confianza en la corrección de una norma”. El delito frustra las expectativas de la comunidad jurídica y tal frustración se compensa interpretando como falla no a la norma y sí a la conducta que la frustró, visión de prevención general positiva.

Por ello es que es la reprochabilidad lo que legitima la pena, y que la utilidad pública de la pena jamás podrá sobreponerse a la culpabilidad del autor, lo que se traduce en el respeto a la dignidad de la persona humana. Este posicionamiento agrega que un concepto material de culpabilidad implica normas legítimas, reforzando que el ordenamiento jurídico no puede comportarse frente a un autor como si fuese un acechador, toda vez que la culpabilidad está fundamentada en fines sociales y no es nada más que la falta de fidelidad al Derecho o la demostración de un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico.<sup>419</sup>

La responsabilidad, sin embargo, solamente se puede atribuir al ciudadano fiel al Derecho, o aún a la persona en Derecho. Por consecuencia, la medida de la culpabi-

418 Fernández, Gustavo D., “Culpabilidad y teoría del delito”, editorial B de F., año 1995, vol.1, pág. 164. y en Karyna Batista Sposato, “*Culpa y Castigo – modernas teorías de la culpabilidad y los límites al poder de punir*”, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/03/doctrina30067.pdf>

419 Jakobs, Günther, “*El Principio de Culpabilidad*”, Estudios de Derecho Penal, editorial Civitas, año 1997, págs. 365 y 381.

lidad no mide el sujeto, y sí una persona, en el sentido más general y de quien se espera respeto y fidelidad al derecho, es decir aquél que presta una mínima garantía cognitiva de comportamiento fiel al Derecho.

Es a través de esto que la asignación de la responsabilidad viene dada tras la antijuricidad para permitir una valoración ulterior que generalmente es la punibilidad. Ello sucede porque mientras que con la antijuricidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva del deber ser jurídico-penal socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista de hacer responsable penalmente al sujeto que efectúa un comportamiento que desconoce en vigencia la obediencia de la norma<sup>420</sup>.

Sobre esta base es que solo se hace acreedor de la tacha de responsable quien cumple con los presupuestos culpabilidad, posibilidad de conocimiento de la antijuricidad y causas de exclusión de culpabilidad<sup>421</sup>.

En este apartado debemos permitirnos ampliar la mirada a los diversos factores fácticos que nos muestra el mundo, para con ello poder tener una mejor visualización de la omisión de reproche del ordenamiento.

Desde tal marco la responsabilidad puede decirse que es dependiente de dos datos proveniente del injusto: la culpabilidad y la necesidad preventiva de sanción penal que se deduce de la ley. Así, podríamos establecer que un individuo se comporta de manera culpable en momentos en que efectúa un injusto jurídico penal cuando poseía capacidad de autocontrol y todavía tenía la posibilidad de comportarse conforme la norma.

---

420 Roxín, Claus, *"Derecho Penal – Parte General"*; Tomo I, Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito, editorial Civitas – Thomson Reuters, 1º reimpresión, año 2010, pág. 791.

421 Ídem.

Cuando los parlamentarios plasman mediante las leyes los distintos tipos jurídico penales, inician con la idea de que tales conductas deben ser combatidas por medio de una norma y con una pena en atención a que concurren antijuricidad y culpabilidad de modo conjunto<sup>422</sup>. Mediante tal esquema es que se dice que se puede lograr una sanción penal, toda vez que mediante el reconocimiento de la culpabilidad y la necesidad preventiva puede la dogmática jurídico-penal conseguir conectar con la teoría de los fines de la pena<sup>423</sup>.

Así, es determinante exponer que la defraudación que se produce sobre una norma viene dada o motivada por la voluntad defectuosa de una persona<sup>424</sup>, dado que con las condiciones psíquicas que la ley determina, se entiende que para que una ley sea cumplida, una persona debe tener un motivo para respetarla y la capacidad psíquica de encontrar y acatar la norma en cuestión, por lo que trata de una prestación volitiva y otra cognitiva, un querer y un conocer<sup>425</sup>.

En este entendimiento, para que sea constatada la vulneración de una norma, debe haber en el hecho un defecto volitivo o uno cognitivo. Cuando existe uno volitivo la responsabilidad se agrava en virtud de un no querer, mientras que si hay uno cognitivo es exonerada por un desconocer. Un ejemplo es la situación que sucede cuando un individuo ante un daño ambiental manifiesta que la norma medioambiental le daba igual, siendo ella

---

422 Ídem, pág. 792.

423 Ídem, pág. 793.

424 Jakobs, Günther, *"El principio de culpabilidad"*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLV, Fascículo III, año 1992, pág. 1051/1052, en <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/11.5guntherjakobs.pdf>.

425 Ídem

una manifestación que hará recaer un agravamiento para quien lo exprese, mientras que para quien diga que, a pesar de esforzarse al máximo, no logró conocer ni darse cuenta que estaba perjudicando al ambiente, existirá la posibilidad de lograr una exoneración a su respecto<sup>426</sup>.

No obstante, es dable resaltar que para que la persona que quiere acomodarse a esta realidad, y para con ello no quedar fuera de la sociedad, tiene que ocuparse de que lo que planifique coincida con lo que hace, todo dentro del ordenamiento vigente en dicha comunidad o contexto<sup>427</sup>, por lo que cada individuo en la sociedad o contexto en el que se encuentre, deberá conformar su conducta sobre la base de cubrir las expectativas que sus conciudadanos han establecido, mediante los mecanismos previstos allí, en las normas vigentes.

De tal suerte se desprende que, un comportamiento en el que aparece un defecto cognitivo, no aporta nada que sea comunicativamente relevante, dado que como no conoce la realidad lo único que permite es aprender para que en el futuro no vuelva a fracasar, llevando consigo una pena natural. A modo de ejemplo, quien procede a conservar una especie prohibida como mascota se dará cuenta probablemente que además de lesionan un bien jurídico protegido también se hará daño a sí mismo<sup>428</sup>.

Sobre tal base es que –cuando se conoce la realidad– se especula que todo ser humano racional intentará organizar su ámbito sin hacer cálculos erróneos, fijándose lo mejor posible que es lo que ocurre e intentando seguir aprendiendo para reducir el margen de lo inevitable, por ello al descuido o imprudente no se lo considera

como alguien que tuvo mala suerte, mientras que el que yerra de modo inevitable puede ser objeto de compasión<sup>429</sup>.

Ahora, respecto al desconocimiento de una norma debe mencionarse que lo que primero aparece es que la autocomprensión del Derecho se ve cuestionada, toda vez que el cuestionamiento de legitimidad de una norma se debe contrarrestar con el principio *error iuris nocet*, el cual pregona que es asunto de todo sujeto sometido a la norma procurarse el conocimiento de ella.

Es por esto que a través del juicio de valor negativo que es la culpabilidad, se le reprocha al actor que se haya decidido en favor de cometer un delito en contra del medio ambiente cuando podría haberlo hecho en favor de su protección y a favor del Derecho<sup>430</sup>.

Ahora bien, esta obligación de procurarse el conocimiento de la norma fue el precio que se pagó por vivir en esta sociedad moderna con libertad de movimiento, toda vez que se hizo intolerable el error de los demás y por lo tanto quien yerra debe asumir el riesgo<sup>431</sup>.

No obstante, el carácter positivo y con ello la modificabilidad del Derecho, se ha convertido postguerras en un hecho evidente, dado que la actividad de fidelidad no se concibe como determinado contenido, sino que, antes bien, sólo como una actitud que reconoce su positividad, su vigencia.

Más allá de ello, no existe una relación rígida entre el hecho psíquico de falta de conocimiento actual y la atenuación de la pena. Al contrario, si el desconocimiento se fundamenta en un desinterés en cono-

426 Ídem, pág. 1053/1054

427 Ídem, pág. 1050

428 Ídem, pág. 1058/1059

429 Ídem, pág. 1059

430 Jakobs, Günther, “El principio de culpabilidad”, ob. cit., pág. 1060/1061

431 Ídem, pág. 1062

cer, sin que ese desinterés a su vez pudiese explicarse mediante una razón que deba valorarse como favorable al ordenamiento jurídico, se mantiene la pena<sup>432</sup>. Como ejemplo, quien al momento de ir de pesca al río Paraná utiliza una red no permitida para ello, no puede intentar desconocer tal situación sobre el fundamento de que eso es una pequeña red, dado que es por la generalidad de la sociedad que en el río Paraná o sus afluentes está prohibido pescar de ese modo.

Por supuesto, estos casos no son casual de exculpación, toda vez que es el propio autor quien se aleja del objeto de conocimiento y eso no permite que se pueda computar como un yerro en donde el mismo sufre en su persona, dado que los estándares de riesgos socialmente intolerables tienen que establecerse de manera objetiva, con independencia de los sentimientos individuales de los actores, lo que, de permitirse, no solo se aprenderían las normas y se aplicarían de modo selectivo, sino que traerían consigo el peligro de no tener condenas ni penas por hechos que superan el riesgo protegido.

En resumen, la imputación y la pena, en caso de error evitable, deben garantizar determinados estándares y evitar que haya aprendizaje selectivo. Ello teniendo en cuenta que aun cuando la evitabilidad del error se determina individualmente, nadie puede excusarse diciendo que, aunque fracaso en un rol, deber ser considerado integro en los demás, ya que su fracaso se hace sobre las exigencias iguales que deben y tienen que satisfacer todos los roles<sup>433</sup>.

En cuanto a los defecto volitivos, la culpabilidad tiene como finalidad la estabilización de la norma débil, dado que sólo puede haber este tipo de defectos en un

ordenamiento poco fuerte, porque a través de la relación entre la norma débil, en un punto, y la culpabilidad y la pena, por otro, le resulta fácil al sistema la configuración de la sociedad de lo que es posible, siendo idónea para compensar la debilidad, la dirección de la voluntad del sujeto, la cual, actuando conforme la norma, se transforma en costumbre<sup>434</sup>.

Con todo ello, queda claro que quien no puede conocer la ley, actúa sin culpabilidad, pero respecto de quien puede conocerla, rige el principio que también puede respetarla, con la excepción de aquellos sectores sociales –menores, adolescentes o los enajenados incapaces–, que son considerados de manera desigual<sup>435</sup>.

Así las cosas, resumiendo, el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre. Sin perjuicio de ello, una persona es libre mientras mantiene su capacidad de gobernarse y esa concepción se muestra en que el individuo situado en el lugar del sujeto hubiera podido actuar de otro modo en las mismas circunstancias.

De otro costado, en el juicio de culpabilidad se tiene como objeto al hecho y en el caso concreto es lo decisivo y por ello la culpabilidad es la libertad de comportarse de otro modo. Esto se debe a que el individuo no es entendido de modo aislado, sino la sociedad concebida como sistema social autopoiético, vale decir, que se reproduce y mantiene por sí mismo, para el que, los individuos sólo adquieren relevancia, en tanto que son portadores de roles, “estructuras”.

Sobre esa base es que la misión del Derecho penal consiste en garantizar que se contradiga la expresión de sentido con

432 Ídem, pág. 1064/1067

433 Ídem, año 1992, pág. 1067

434 Ídem, pág. 1070/1071

435 Ídem, pág. 1077

la que se declara que la norma no rige. En consecuencia, el Derecho penal no se desarrolla en el sujeto sino en la comunicación la que genera al Derecho como producto autónomo de una democracia y su infracción como lesión de la autonomía del resto de los miembros de dicha sociedad<sup>436</sup> y es sobre tal marco que la culpabilidad es uno de los elementos centrales en la definición de la relevancia penal de determinados actos o hechos producidos por el actuar humano. La misma posibilita atribuir y responsabilizar de una conducta contraria a la norma a un determinado sujeto, a la vez que sirve de parámetro para la individualización de la sanción, lo que conlleva la consecuencia más elocuente del esquema psicológico, cual es, imputar determinado hecho a un individuo culpable y a título de dolo o imprudencia, buscando una relación interna entre el autor y el suceso.

Coincidentemente, en el marco de la culpabilidad como fundamento de la pena, que es distinta a la culpabilidad en la determinación de la pena, es loable demostrar que las tradicionales causas de exclusión de la culpabilidad son, en verdad, casos de exclusión de responsabilidad basadas en los fines de la pena<sup>437</sup>, pena que no debe regirse exclusivamente por la utilidad pública de la misma, dado que quien la impone sin que la persona que va a castigar merezca el reproche, excederá los límites del marco de la culpabilidad<sup>438</sup>.

---

436 Schünemann, Bernd, "La culpabilidad: Estado de la cuestión", en obra colectiva "Sobre el estado de la teoría del delito", Seminario en la Universität Pompeu Fabra, editorial Civitas, año 2000, pág. 93/99.

437 Roxín, Claus, "Culpabilidad y Prevención en Derecho penal", traducción de Muñoz Conde, editorial Reus, año 1999, pág. 151, ob. cit., págs. 23/24

438 Jakobs, Günther, "El principio de culpabilidad...", ob. cit. pág. 1051/1052

Entiéndase aquí la situación de necesidad existencial para sí o para un allegado muy cercano, que no esté amparado por derechos de necesidad y por lo tanto anti-jurídico, pero que de igual modo aún podrá ser exculpado por apremio existencial que excluye el reproche de culpabilidad; ello sobre la base de que existe una conjunción entre una disminución de la capacidad de autodeterminación presumida en la situación de necesidad sin admitir prueba en contra, con una atenuación del ilícito que resulta del salvamento de bienes jurídicos amenazados (teoría de la doble disminución de la culpabilidad)<sup>439</sup>.

Con este marco, para que pueda operar efectivamente la exculpante debe necesariamente encontrarse en peligro la vida, el cuerpo o la libertad de una persona, los peligros que puedan generarse en torno del resto de los bienes jurídicos no son parámetros de exculpación, aunque el afectado otorgue mayor valor a esos otros bienes que a los que preeminencia el sistema legal.

Además, es menester que la situación de peligro existencial sea actual, toda vez que al no proteger un derecho de realizar una injerencia como en los derechos de necesidad, no requiere inminencia, sino que es suficiente con que la actuación del peligro sólo pueda ser impedida en ese momento<sup>440</sup>. Igualmente es dable reflexionar que aquí sólo debe soportarse el peligro sino también que debe excluirse la exculpación cuando al autor le era exigible afrontar el peligro, es decir, debe haber una limitada exigencia de proporcionalidad, si los intereses a resguardar no guardan tal propor-

---

439 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 387/388.

440 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., págs. 390/391.

ción establecida con los que se vulneran no será exculpado<sup>441</sup>.

Es en virtud de todo lo precedentemente expuesto que entendemos que conjuntamente la culpabilidad y sus elementos operan la atribución de responsabilidad a un sujeto por un hecho típico y antijurídico, por lo que debemos reconocer que estamos delante de uno de los aspectos fundamentales para el sistema de control penal. Por eso, la culpabilidad no es sólo un problema del individuo imputado y sí del propio Estado en lo que se refiere a su legitimidad y capacidad de exigir responsabilidad.

En otras palabras, la culpabilidad provoca que el Estado tenga la necesidad de demostrar su condición para exigir del individuo el cumplimiento de las normas jurídicas y, evidentemente, tal capacidad de exigir varía de acuerdo con cada persona, sus circunstancias personales y su relación con el propio Estado.

La culpabilidad penal por ello se basa en un presupuesto lógico de la libertad de decisión del hombre, que se relaciona estrechamente con la idea de la posibilidad de actuar de modo distinto a partir de la suposición de cómo otras personas actuarían en las mismas circunstancias, pues la punición se dirige a aquél que se desvió del promedio. Es importante observar que no se trata de un concepto psicológico más, y si normativo, sostenido en un juicio de reproche.

Por lo demás, es justamente la discusión en torno al concepto de culpabilidad el que ha llevado a lo que se ha dado en denominar la actual crisis del principio de culpabilidad referenciada a lo largo del capítulo<sup>442</sup>.

441 Frister, Helmut, "Derecho Penal...", ob. cit., pág. 392.

442 Cárdenas Aravena, Claudia Marcela, "El Principio de Culpabilidad: Estado de la cuestión", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección:

## Frases conclusivas

Como medida inicial a este colofón y a modo de excuso, quiero incorporar las bellas palabras que una cantautora co-provinciana, Srta. Emiliana Zapata, quien embebida de la necesidad de protección y resguardo de nuestra casa común, incluyó como relato inaugural a una canción de su autoría, las siguientes líneas que son la base y el fundamento de lo que se expondrá en este intitulado, a saber:

*¿Qué hemos hecho?*

*Hemos mutilado,  
hemos desgarrado y maltratado,  
hemos extinguido todo a nuestro paso,  
la codicia nos ha llevado a este infierno,  
el poder devoró las almas, las restregó,  
las hundió, las oscureció.*

*Al monte lo talamos,  
a las montañas detonamos,  
a las aguas, la tierra y al aire contaminamos.*

*La tierra nos pide a gritos un cambio,  
un renacer, un florecer,  
un dejar crecer la vida de nuestros montes,  
de nuestros animales, de nuestros alimentos.*

*Nos pide a gritos que dejemos de correr y  
nos detengamos a mirar a nuestro alrededor  
el daño que hemos hecho,  
eso hemos hecho, solo daño.*

*Miremos a nuestro alrededor,  
Contemplemos los árboles, el cielo,  
las aves, la vida, tu vida, nuestra vida.*

Así las cosas y luego de tan bellas palabras, es de resaltar que el posicionamiento ideológico de Derecho penal parte general sostenido en el presente y que tiende a la evitación de los delitos, tiene como

Estudios Año 15- N° 2, 2008 pág. 67, <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041323003.pdf>

orientación final el proteger a las normas del Derecho Penal, sosteniendo su postura sobre la base de que, aún en ausencia de peligro de repetición de tal o cual conducta, no se debe renunciar a la pena, dado que dicha sanción es necesaria para que los demás miembros de la sociedad, en los casos de delitos sin consecuencias, no se vuelquen a la imitación.

Con todo esto, se busca lograr que un Estado social y democrático de derecho, ampare como bienes jurídicos las condiciones de la vida en comunidad en la medida en que afecten la posibilidad de participación de las personas en el sistema social. En base a esto, para que tales bienes jurídicos sean dignos de tutela jurídica, debe tratarse de aquellos que jurídico-penalmente posean una importancia de carácter fundamental.

Así, el estado de derecho y el principio de legalidad material que por medio de este se impone, deben determinar la intervención penal sobre la base de bienes perfectamente determinados y específicos, correspondiéndolos a distintos tipos penales y dejándole a la comunidad que no transgrede la norma un mensaje claro: "no se preocupen, su conducta es la correcta y por ello no serán castigados, no obstante, quédense tranquilos que si lo serán aquellos que delinquen".

En esta postura puede verse dos concretos aspectos, 1) la función del Derecho penal en donde se encuentran tuteladas las condiciones esenciales para la existencia y evolución del sistema social, lográndose la protección de bienes jurídicos y 2) la función de la rama jurídica punitiva a través de la cual ha de actuarse sobre los miembros del grupo social para evitar que realicen comportamientos lesivos o peligrosos para los bienes jurídicos, lográndose la motivación social.

Conforme a ello es que las expectativas sociales institucionalizadas se expresan mediante normas, es decir, por un acuerdo social que establece una comunicación de deseos en la forma de órdenes o imperativos, que, al tener el carácter de cognitivo, llevan al transgresor de la norma a que recalque y vuelva a aprender, vale decir, calcular mejor *pro futuro* para llegar a ser más juicioso por medio de la experiencia. Si no lo hace y decepciona a su sistema social a través de la vulneración de las normas, termina con la derivación lógica de que los miembros de dicho contexto tengan la pretensión de que se respeten las mismas, recayendo en su contra la pena indicada.

Por ello es necesario que todos se mantengan dentro de su ámbito de organización y así no provocar daños a los demás, toda vez que nadie puede dominar la organización de los demás. De la misma manera, dentro de la sociedad existe una elevada expectativa social respecto a la función ordenada de las instituciones elementales del Estado, toda vez que, si ello no fuera de dicha manera no habría armonía entre el ámbito de organización de cada uno de los habitantes de dicho lugar, generando daños masivos y la infracción de un deber.

Es decir que, un comportamiento humano no es sólo un suceso que genere consecuencias en el mundo exterior, sino que, siempre que la persona pueda dominar o domine su comportamiento, el mismo también, y necesariamente, significa algo. Si alguien que realiza un accionar y a su vez conoce o puede conocer que el mismo es irregular, puede ser pasible del deber de reproche en la propia motivación de no importarle la evitación de la conducta infractora, dado que de haberse motivado por los elementos que evitaban tales comportamientos, no habría tenido la necesi-

dad de enfrentar los reproches jurídicos penales vigentes.

Por ello, cuando se atribuye al autor su punto de vista desobediente, se logra establecer una infracción a una norma vigente al momento del hecho, la cual trae aparejado la desautorización de la misma y el correspondiente conflicto social en la medida en que pierde el carácter de modelo de orientación frente a la sociedad, provocando posiblemente la irrupción por parte de otras personas a desobedecerla.

A esta altura, resta significar que todos, y no sólo algunos de los autores potenciales, somos destinatarios de las normas penales, dado que ninguna persona puede imaginarse una sociedad sin tener interrelaciones entre sus miembros y, en el entendimiento de que vivimos en una comunidad con ordenamientos jurídicos, todos debemos saber que esperar de ellas, por lo que la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, concibiéndose como una réplica a un comportamiento desviado y sobrellevando un costo del infractor.

En tal marco, la pena sirve para ejercitar a los ciudadanos en la confianza de la norma, para tener fidelidad al derecho y para aceptar las consecuencias de la infracción a sus preceptos, y con ello cuidar que los hombres sigan reconociendo en su faz interna como vinculante.

Es así que, la ley puede conminar con pena sólo formas de conducta que fundamentalmente un reproche personal importante en contra del autor, que sea de tal magnitud que pueda ser capaz de justificar una sanción jurídico-penal, debiendo su escala graduarse conforme al reproche que le cabe, pero sin sobrepasarse. Ello, conlleva el deber de decir si tal conducta es un ilícito material prohibido y si tal comporta-

miento es tan grave que es merecedor de pena, por ello la ocupación del Derecho consiste en crear condiciones para que los hombres desarrollen su personalidad en igualdad de situaciones, por lo que una conducta es ilícito material en tanto transgreda este cometido.

Ahora bien, la legitimación material del Derecho penal reside en que las leyes de esta naturaleza jurídica son menesteres para el mantenimiento de la sociedad y del Estado, por ello los contenidos del mismo tienen que ver con el contexto social en el que se determinan, siendo las normas y principios de la Constitución, la única restricción que el legislador tiene previamente.

Desde esta perspectiva, se puede decir que el Derecho penal tiene como contribución garantizar las expectativas que son imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, a pesar de que, mediante la defraudación de las mismas, se puedan creer pérdidas, y en base a esto, el bien a proteger es la firmeza de estas expectativas normativas esenciales, lo que lleva a sostener que el bien jurídico penal es la vigencia de la norma puesta en práctica.

Esto nos muestra que esta rama del ordenamiento jurídico no cumple la función de garantizar la existencia de bienes como la vida, la propiedad, la salud, etc., sino que los protege frente a ataques de distintas clases, dado que de cuidar del bien en sí mismo o por su utilidad, toda destrucción de dicho bien, suceda como suceda, debe ser entendida como una perturbación penalmente relevante y entonces cualquier menoscabo de ellos, ya sea por simple deterioro natural o por una acción que sea no evitable, tendría que evaluarse como detrimento del bien. Tal situación, demuestra que tal perspectiva equivoca la misión específica que tiene el Derecho

penal, toda vez que confunde el criterio de valoración y pone en el mismo lugar la perturbación por haber lesionado un bien con el comportamiento imputable que efectúa la persona, único bien que interesa a este marco legal.

Por ende, corresponde decir que al Derecho penal le interesa la alteración contra la valoración normativa, que sólo puede ocasionarse a través de un comportamiento humano con el contenido expresivo de que no era pertinente respetar esa norma, dado que la lesión al bien jurídico penal se da en la oposición a la regla que prohíbe hacer o no hacer algo que ocasiona el daño a un bien, toda vez que al autor se lo hace responsable por su conocimiento o cognoscibilidad, y en virtud de esto, se le achaca el haber elegido el comportamiento que le traería consecuencias negativas, en vez de optar por la conducta o alternativa inocua para el ordenamiento.

No obstante, es dable exponer que los bienes como la vida, la salud, etc., son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social, que cubren las situaciones halladas previamente al Derecho y las que son creadas por el mismo, por lo que la concepción de este tipo de bien jurídico, no jurídico penal en atención a ser objeto de acción o del comportamiento, es mutable debido al marco de las finalidades constitucionales, por lo que está abierto al cambio social y a los progresos del conocimiento científico.

Generalmente, la norma no obliga a elegir lo socialmente aceptado, vale decir, el no ocasionar daños a otros, no obstante, el autor se organiza de tal manera que se auto determina a causar daño imputablemente, por lo que se concluye que su proyecto de conformación del mundo se opone a la norma y por ello un bien jurídico penal

sólo puede ser atacado por un comportamiento que tenga significado normativo dejando como objetivo de la acción u objeto del comportamiento a aquellos bienes que se encuentran tutelados.

El punto de vista aquí sostenido, también se justifica mediante la teoría del comportamiento no permitido, denominada igualmente, teoría de la imputación objetiva, en donde su punto de partida radica en que lesionar es algo distinto a causar de cualquier modo una lesión y dado que hay que elaborar el significado sobre esa base, se puede atribuir un curso lesivo a una persona o grupo de ellas cuando es causado o no evitado por está o estás, ocasionando con este un riesgo no permitido.

A su vez, al no ser frecuente que una persona no respete las preferencias de otra, dado que en la generalidad de casos se respeta, es lícito pensar y confiar en que todos cumplirán sus deberes, circunstancia que se da en el principio de confianza que rige socialmente. También es factible que una persona actúe autodeterminadamente, en contra de sus propios intereses, vale decir, a riesgo propio, sin perjuicio de lo cual, concomitantemente puede darse la circunstancia de que una persona realice una prestación que socialmente se encuentre estereotipada como inocua y termina siendo usada por otro individuo con fines delictivo, determinando que exista una prohibición de regreso en contra de quien actúa inocuamente.

Por todo lo dicho, es que se mantiene y sostiene que las competencias de las personas no se ordenan en relación a los bienes, sino antes bien, sobre los distintos roles, vale decir, por las relaciones entre personas que son a su vez, expectativas normativas, es decir, normas, por cuanto lo decisivo es proteger bienes jurídicos, no hay nada más efectivo que intervenir

cuanto antes, toda vez que el legislador debe ocuparse de que todas las personas parten de una visión del riesgo socialmente válida, siendo justamente esto lo que tiene lugar en la prohibición de puestas en peligro abstractas, pues sin una seguridad de carácter cognitivo, difícilmente pueda imaginarse una sociedad ordenada.

Es mediante la teoría de la estabilización de la norma, que se sirve a la sociedad no sólo por medio de una limitación de los márgenes de la criminalidad para la integración, sino también a su equilibrio.

Es decir, se castiga la negación de la negación, por ello, es que la orientación que tiene como fin proteger la vigencia del ordenamiento social lo tiene que hacer de acuerdo a la concepción filosófica-política que haya en determinado lugar, dado que la sanción penal es la carta de presentación de esa rama del Derecho y el factor que la diferencia de las demás instancias de control que están en la sociedad.

De lo dicho, corresponde sostener que lo importante es, no solo la teoría en sí misma, sino fijar los criterios mínimos en la legitimación de la intervención del Derecho penal, por lo que permite conce-

bir o pensar que el bien jurídico *per se* no puede conformar una teoría adecuada de criminalización, ofreciendo sólo un patrón argumentativo adicional a la discusión político-pragmático pero careciendo de eficacia jurídica.

A su vez se trató de establecer que la pena ejerce sus efectos en el ámbito del subconsciente de cada individuo, satisfaciendo impulsos violentos de venganza y creando o reforzando un tabú respecto a las conductas prohibidas por las normas, viendo que el Derecho penal dirige sus efectos en la misma dirección que otros medios de control social, siendo esa vinculación moral de los ciudadanos a las normas la que evita un quebrantamiento masivo de las mismas.

Por lo expuesto precedentemente, es que es posible determinar que el fin de la pena es el de estabilizar la conciencia jurídica y la paz social, restituyendo el clima emocional alterado por el delito satisfaciendo los instintos de agresión y venganza generados en la sociedad como consecuencia del ilícito, vale decir, la acción es merecedora de pena porque quebrantó la norma y pone en duda su vigencia en la sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGOSTINETTI, Marcelo Javier, *La culpabilidad*, en obra colectiva Derecho Penal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del Derecho penal – Una aproximación desde la filosofía política*, Anuario de derecho penal y ciencias penales, ISSN 0210-3001, Tomo 51, Fasc/Mes 1-3, año 1998, pág. 370; se puede leer en la dirección web <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=234093>.
- ALVARADO MARTÍNEZ, Israel, *El problema del sujeto Activo en el Derecho Penal Ambiental*, Derecho Penal Ambiental – Derecho Ambiental y Ecología, [http://www.ceja.org.mx/IMG/EL\\_PROBLEMA\\_DEL\\_SUJETO\\_ACTIVADO.pdf](http://www.ceja.org.mx/IMG/EL_PROBLEMA_DEL_SUJETO_ACTIVADO.pdf).
- ANDRADA, Gabriel y NAJLE, Yamile E. *Acerca de los delitos ambientales en Argentina*, Coordinación Clínica Jurídica CEDHA, <http://center-hre.org/wp-content/uploads/2011/07/Delitos-Ambientales..pdf> y en cita de [www.academia.edu/33383056/ACERCA\\_DE\\_LOS\\_DELITOS\\_AMBIENTALES\\_EN\\_ARGENTINA](http://www.academia.edu/33383056/ACERCA_DE_LOS_DELITOS_AMBIENTALES_EN_ARGENTINA)
- BACIGALUPO, Enrique, *La noción de autor en el Código Penal*, Editorial Temis, año 1965.
- BACIGALUPO, Enrique, *La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente*, Estudios penales y criminológicos N° 5, años 1980-1981, pág. 193 y [http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/8\\_la-instrumentacion.pdf](http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/8_la-instrumentacion.pdf).
- BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal Parte General – 3ra. Reimpresión*- Editorial Temis – Año 1996.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal – Parte General*, 2da. edición totalmente renovada y ampliada, editorial Hammurabi, año 1999.
- BALCARCE, Fabián, *“La antijuricidad”*, en obra colectiva Derecho Penal – Parte General, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005.
- BERNARDI BONOMI, Laura Ester, *“El derecho ambiental en la Constitución Nacional. Las leyes dictadas en su consecuencia”*, [www.saij.jus.gov.ar](http://www.saij.jus.gov.ar), bajo el número de identificación SAIJ DACC030053.
- BIANCHI, Alberto B., *“Control de constitucionalidad”*, Bs. As., Abaco, año 2002.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo 2, editorial Ediar, año 2013.
- BREGLIA ARIAS, Omar – GAUNA, Omar R., *Código Penal y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, Tomo 1 y 2, 6° edición actualizada y ampliada- editorial Astrea-
- BUERES, Alberto J., *Derecho de daños*, Ed. Hammurabi, Año 2001.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *“Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa”*, Bs. As., editorial Abeledo-Perrot, año 1995
- CAFFERATTA, Néstor A., *“Acceso a la justicia ambiental”*, LL 9/11/2020, Cita Online: AR/DOC/3682/2020.
- CAFFERATTA, Néstor A., *“Contenido del derecho- deber de información ambiental”*, JA 2003-IV, 356.
- CAFFERATTA, Néstor A., *“De la efectividad del derecho ambiental”*, LL 2007-E, 1308.
- CAFFERATTA, Néstor A., *“El debido proceso ambiental en el Acuerdo Regional de Escazú”* en *“Acuerdo de Escazú. Hacia la democracia ambiental en América Latina y Caribe”*, Michel Prieur, Gonzalo Sozzo y Andrés Nápoli (eds.), Ediciones UNL, Santa Fe, 2020.
- CAFFERATTA, Néstor A. (dir.), *“Tratado jurisprudencial y doctrinario – Derecho Ambiental”*, Tomo I, II A y II B, Bs. As., La Ley, 2012.
- CAFFERATTA, Néstor A., *“Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”*, Bs. As., Revista La Ley, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 2014, AR/DOC/3833/2014.
- CAFFERATTA, Néstor A., *“El ascenso de los principios de Derecho Ambiental”*, Bs. As. Revista de Derecho Ambiental, editorial Thomson Reuters, año 2018, AR/DOC/4320/2017.

- CAFFERATTA, Néstor A., *"El principio precautorio en el derecho ambiental"*, La Ley on-line, AR/DOC/4311/2013.
- CAFFERATA, Néstor A., *"Introducción al Derecho Ambiental"*, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales – Instituto nacional de ecología – Programa de Naciones Unidas para el Medio ambiente, <https://books.google.com.ar/books?isbn=9688176826>.
- CAFFERATTA, Néstor A., *"Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, interpretada y concordada"*, DJ2002-3, 1133 - Antecedentes Parlamentarios 2003-A, 01/01/2003, 673.
- CAFFERATTA, Néstor A., *"Los principios y reglas del Derecho Ambiental"*, <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIPrograma-Regional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>
- CAFFERATTA, Néstor A., *"Principio Precautorio con especial referencia a la doctrina y legislación de Argentina y Brasil"*, Sao Pablo, Lex.
- CAFFERATTA, Néstor A., *"Reformulación del principio de progresividad a 10 años de la ley 25675 general del ambiente. Avances y novedades"*, Revista de Derecho Ambiental N° 31, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- CAFFERATTA, Néstor A., *"Reglas y Principios Moralizadores del Derecho ambiental"*, Bs. As., Thomson Reuters, 2020, publicado en SJA 03/06/2020, JA 2020-II, cita online AR/DOC/1080/2020.
- CAFFERATTA, Néstor A. y Peretti, Enrique, *"Nuevos desafíos del derecho ambiental. La solidaridad y la sustentabilidad como pilares del derecho ambiental"*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2019.
- CAFFERATTA, Néstor A., *"Perspectiva del derecho ambiental en Argentina"*, para Planeta Verde, en [http://www.planetaverde.org/archivos/biblioteca/archivo\\_20131101100031\\_4499.pdf](http://www.planetaverde.org/archivos/biblioteca/archivo_20131101100031_4499.pdf)
- CAFFERATTA, Néstor A. y Goldenberg, Isidoro H., *"El principio de precaución"*; Thomson Reuters, Cita Online: 0003/009138
- CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *"Los principios del derecho ambiental en la ley general del ambiente"*, [xa.yimg.com/kq/groups/.../LOS+PRINCIPIOS+DEL+DERECHO+AMBIENTAL.pdf](http://xa.yimg.com/kq/groups/.../LOS+PRINCIPIOS+DEL+DERECHO+AMBIENTAL.pdf).
- CÁRDENAS ARAVENA, Claudia Marcela, *"El Principio de Culpabilidad: Estado de la cuestión"*; Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios Año 15- N° 2, 2008, <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041323003.pdf>.
- CARRIÓ, Alejandro D., *"Garantías constitucionales en el proceso penal"*; Bs. As., Hammurabi, 2008.
- CASSAGNE, Juan C., *"La tutela judicial efectiva"* en *"Tratado general de derecho procesal administrativo"*, dirigida por Juan C. Cassange, Bs. As., La Ley, 2011, tomo I.
- CASTALDO, Andrea, *"La concreción del 'riesgo jurídicamente relevante'"*, en obra colectiva *"Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro II"*, Tomo 2008-1, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008.
- Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, *"La protección del medio ambiente, conceptos y políticas"*; Editorial Konrad -Adenauer- Stiftung, Josef Thesing y Wilhelm Hofmeiseter, año 1997.
- CHÉRCOLES, Ricardo León, *"Derecho Penal Ambiental: Generalidades y Particularidades de un Derecho hacia el futuro"*, Anuario 10, sección 9: Trabajo ganador del premio a la mejor investigación, editorial La Ley, año 2008, págs. 867/868. y en <https://docplayer.es/4814890-Segui-buscando-en-la-red-de-bibliotecas-virtuales-de-clacso-http-biblioteca-clacso-edu-ar.html>.
- CIJUL en línea, [ucsderecho.cimsacr.com/.../3343-PRINCIPIOS\\_DEL\\_DERECHO\\_AMBIENTAL.pdf](http://ucsderecho.cimsacr.com/.../3343-PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf).
- CORIA, Silvia, *"Desarrollo sustentable"*, en obra colectiva *"El Rumbo Ambiental en la Argentina"*, Bs. As., 1998.
- CORTÉS DE ARABIA, Ana María, *"Causas de justificación"*, en obra colectiva *Derecho Penal – Parte General*, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005
- COUTENCEAU, Roberto, sobre referencia bibliográfica de Carlos Aníbal Rodríguez en *"El Derecho Humano al Ambiente Sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los de-*

- rechos humanos*”; cita online [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140124-coutenceau-de-recho\\_humano\\_al\\_ambiente.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf140124-coutenceau-de-recho_humano_al_ambiente.htm)
- CREUS Carlos, *Derecho Penal – Parte Especial*, 6ª Edición Actualizada y Ampliada – 1ª reimpresión”, editorial Astrea.
  - D’ALESSIO, Andrés José (dir.), *Código Penal de la Nación comentado y anotado*, 2da. Edición actualizada y ampliada- Tomo I Parte General Art. 1 a 78- editorial La Ley, año 2008.
  - DE LUIS GARCÍA, Elena, “*El medio ambiente sano: La consolidación de un derecho*”, Revista Boliviana de Derecho N° 25, 2018, ISSN: 2070-8157.
  - DIAZ ARAUJO, Mercedes, “*El artículo 41 de la Constitución Nacional: la jurisdicción local y federal en materia ambiental*”, en obra colectiva “*Tratado jurisprudencial y doctrinario – Derecho Ambiental*, Tomo II, Volumen B, Editorial La Ley, año 2012.
  - DONNA, Edgardo (dir), *Revista de Derecho Penal – Autoría y participación I* – editorial Rubinzal Culzoni – año 2005.
  - DONNA Edgardo A., DE LA FUENTE Javier E., MARZA María C., PIÑA Roxana G. –*El Código Penal y sus interpretaciones en la jurisprudencia* – Tomo I art. 1 a 78 bis. Editorial Rubinzal Culzoni.
  - DORONI, Georgina, “*Pasivos ambientales (PA) en el contexto del derecho al ambiente sano*”, Cuaderno de Derecho Ambiental N X, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, Editores Información Jurídica, 2018.
  - DUBRA, María Fernanda de los Ángeles, “*Responsabilidad Penal Ambiental en las personas jurídicas*”, La Ley online, AR/DOC/7081/2010.
  - ECOS Sud – MINCYT, “*La aplicabilidad del principio de no regresión en materia medioambiental. Posibilidades y perspectivas*”.
  - EKMEDJIÁN, Miguel A., “*Tratado de Derecho Constitucional*”, Bs. As., Depalma, 2001.
  - ESAÍN, José Alberto, “*El principio de progresividad en materia ambiental*”, consultado en [www.buscalegis.cj.ufsc.br/revistas/files/ane-xos/26555-26557-1-PE.pdf](http://www.buscalegis.cj.ufsc.br/revistas/files/ane-xos/26555-26557-1-PE.pdf),
  - ESAÍN, José A., “*Ley 25.675 General del Ambiente. Comentada, concordada y anotada*”, Bs. As., La Ley, 2020.
  - FAYT, Carlos S., “*Los derechos de tercera generación en la doctrina y en la jurisprudencia de la C.S.J.N.*”, Bs. As., La Ley, 2014.
  - FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “*Sobre la administrativización del Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo*”, Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, año 2006, ISBN 84-8342-047-3;
  - <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=11980>
  - FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, “*Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico*”, Revista para el Análisis del Derecho N° 2, editorial Indret, año 2008.
  - FERNÁNDEZ, Gustavo D., *Culpabilidad y teoría del delito*, editorial B de F., año 1995.
  - FONTAN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal Introducción y Parte General*, Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma – Editorial Abeledo Perrot – Año 1998
  - FRISTER, Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, Traducción de la 4ta. Edición alemana de Marcelo Sancinetti, Editorial Hammurabi, año 2011.
  - GARCIA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín, “*Filosofía y Medio Ambiente – Su impacto en las conductas humanas, la administración y economía de los bienes*”, [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/filo\\_y\\_medio\\_amb.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/filo_y_medio_amb.pdf), año 2006.
  - GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “*El desafío ambiental del SXXI: la aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine*”, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/el-desafio-ambiental-del-siglo-xxi.-la-aplicacion-de-los-principios-de-no-regresion-de-solidaridad-y-pro-homine>,
  - GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, 4ta. edición ampliada y actualizada, 4ta. reimpresión, Editorial La Ley, año 2011.

- GEROSA LEWIS, Ricardo T., "Tutela judicial del ambiente", en "Tutela judicial del ambiente", Roberto O. Berizonce y José L. Pasutti (coord.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- GIACOSA, Natalia y LLORET, Juan Sebastián, "El principio de progresividad ambiental y los horizontes de su aplicación", publicado en Jurisprudencia Argentina, Especial de Derecho Ambiental, fascículo 13, año 2011.
- GOLDENBERG, Isidoro H. y CAFFERATTA, Néstor A., *Daño Ambiental – Problemática de su determinación causal*, Ed. Abeledo-Perrot, Año 2001.
- GONZALEZ GONZALEZ, Miguel Alberto, "La crisis ambiental y el neoscurantismo filosófico", [https://www.researchgate.net/publication/270285655\\_La\\_crisis\\_ambiental\\_y\\_el\\_neoscurantismo\\_filosofico](https://www.researchgate.net/publication/270285655_La_crisis_ambiental_y_el_neoscurantismo_filosofico).
- GRAFEUILLE, Elías G., "Derecho Ambiental: El daño ambiental como elemento de cambio del derecho de daños", Rosario, Juris, 2015.
- GRAFEUILLE, Elías G., "Formulación de un porqué de un derecho penal ambiental", editorial Microiuris.com, Bs. As., 2017.
- GRAFEUILLE, Elías G., "Hacia un real cambio de perspectiva sobre el ambiente", Rosario, 2017, Cita: DJuris378.
- GRAFEUILLE, Elías G., "Mirada de los principios ambientales a la luz del contradictorio: ambiente y desarrollo", Rosario, Juris, 2017, cita online: DJuris 380.
- GRAFEUILLE, Elías G., "Por una filosofía que se desarrolle acorde al ambiente", editorial Juris, Rosario, año 2018, cita online DJuris 423.
- GRAFEUILLE, Elías G. y DIAZ CAFFERATA, Santiago, "Amparo Ambiental", editorial Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, año 2021.
- GUIASOLA LERMA, Cristina, "La tutela ambiental en el Código Penal Español de 1995", <http://www.ces.gva.es/pdf/conferencias/01/4.pdf>.
- GUIASOLA LERMA, Cristina, "Tendencia expansiva de los delitos de peligro y garantías penales: Especial referencia a los delitos de peligro abstracto", en obra colectiva "Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro II", Tomo 2008-1, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008.
- GUTTNER, Carlos Hermann, "El principio de cooperación en el Derecho Ambiental", [blogspot.com/2012/01/el-principio-de-cooperacion-en-el.html](http://blogspot.com/2012/01/el-principio-de-cooperacion-en-el.html), año 2010
- HEINE, Günter, "Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVI, España, año 1993, pág. 289; y en [https://www.boe.es/publicaciones/anuario\\_s\\_derecho/anuario.php?id=P\\_1993\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_PENAL\\_Y\\_CIENCIAS\\_PENALES](https://www.boe.es/publicaciones/anuario_s_derecho/anuario.php?id=P_1993_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES).
- HIRSCH, Hans Joachim, "Sistemática y límites de los delitos de peligro", en obra colectiva "Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro – II", Tomo 2008-1, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008.
- INGUNZA, Millitza Franciskovic, "Perspectiva del Derecho Ambiental Internacional. Aspectos Críticos". [http://usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/PERSPECTIVAS\\_DEL\\_DERECHO\\_AMBIENTAL\\_INTERNACIONAL.doc](http://usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/PERSPECTIVAS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL_INTERNACIONAL.doc).
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal – Parte General*, Fundamentos y teoría de la imputación, 2º edición, corregida, editorial Marcial Pons, Madrid, año 1997.
- JAKOBS, Günther, "Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal", traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, editorial Thomson Civitas, año 2003
- JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas", en obra colectiva Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLV, Fascículo I, enero-abril de 1992.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 1º edición, 1ra. reimpresión, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, año 1997
- JAKOBS, Günther, *El Principio de Culpabilidad*, Estudios de Derecho Penal, editorial Civitas, año 1997.
- LANGER, Natalia, "Principio precautorio" en "El derecho ambiental en la sustentabilidad del desarrollo local", Daniel E. Denmon (dir.), Corrientes, FADeS Ediciones, 2019.
- LASCANO, Carlos (h), *Derecho Penal – Parte General*, editorial Advocatus, año 2005.

- LASCANO, Carlos J. (h), "*Conceptos fundamentales del derecho penal*", en obra colectiva *Derecho Penal – Parte General*, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005.
- LASCANO, Carlos J. (h), "*El tipo doloso de comisión*", en obra colectiva *Derecho Penal – Parte General*, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005.
- LOPEZ ALFONSIN, Marcelo, "*Derecho Ambiental Constitucional*", *Revista de Derecho Público*, Tomo 2009 – I. Derecho Ambiental I, Editorial Rubinzal – Culzoni, año 2009. Cita online: RC D 2995/2012.
- LORENZETTI, Ricardo L., "*Justicia colectiva*", 2° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017.
- LORENZETTI, Ricardo L., "*Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente*", LL 1998-A, 1024.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría del Derecho Ambiental*, Editorial La Ley, año 2008
- LORENZETTI, Ricardo L., "*Responsabilidad civil en el caso de intereses individuales, individuales homogéneos y colectivos*", en obra colectiva "*Tratado jurisprudencial y doctrinario – Derecho Ambiental*", Néstor Cafferatta (dir), Tomo II, Volumen B, Bs. As., La Ley, 2012.
- LORENZETTI, Ricardo L. y Lorenzetti, Pablo, "*Derecho Ambiental*", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2018.
- MARTÍNEZ ALTAMIRANO, Eduardo, "*Alcances y Límites del Derecho Penal en la protección del medioambiente*", <http://www.unla.mx/iusunla3/opinion/EL%20DERECHO%20PENAL%20MEDIO%20AMBIENTAL%202.HTM>.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, "*El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito*", en obra colectiva *Revista Chilena de Derecho*, volumen 22, N° 2, año 1995
- MONTI, Laura M., "*Competencia regulatoria y judicial en materia ambiental según la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia de la Nación*", en obra colectiva "*Tratado jurisprudencial y doctrinario – Derecho Ambiental*, Tomo II, Volumen A, Editorial La Ley, año 2012.
- MONTORO CARRASCO, Juan Sebastián, "*Solidaridad y Derecho al medio ambiente*", *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, Número 12, año 1997.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, "*Derecho Civil Constitucional*", editorial Rubinzal-Culzoni, año 2011, ISBN 978-987-30-0201-4.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, HUTCHINSON, Tomás, y DONNA, Edgardo Alberto, *Daño Ambiental*, segunda edición ampliada y actualizada, Tomo I y II, Editorial Rubinzal-Culzoni, año 2011.
- MORELLO, Augusto M. y SBDAR, Claudia B., "*Teoría y realidad del a tutela jurídica del ambiente*", en obra colectiva "*Tratado jurisprudencial y doctrinario – Derecho Ambiental*, Tomo II, Volumen A
- MÜLLER, Enrique Carlos, "*Los principios preventivo y precautorio en el Derecho Ambiental*", *Revista de daños*, Tomo 2008-3, Daño ambiental, Editorial Rubinzal – Culzoni, año 2009, RC D 1977/2012.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, "*La situación de los presos de Guantánamo: Entre la tortura y el Estado de Derecho*", en obra colectiva "*Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro III*", Tomo 2008-2, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008
- NOGUERA de ECHEVERRI, Ana Patricia, [http://idea.manizales.unal.edu.co/gestion\\_riesgos/descargas/gestion/Propuestaepistemico.pdf](http://idea.manizales.unal.edu.co/gestion_riesgos/descargas/gestion/Propuestaepistemico.pdf).
- NOGUERA de ECHEVERRI, Ana Patricia y PINEDA MUÑOZ, Jaime Alberto, "*Filosofía ambiental y fenomenología: el paso del sujeto-objeto a la trama de vida en clase de la pregunta por el habitar poético contemporáneo*", [http://www.clafen.org/AFL/V3/261-277\\_Noguera.pdf](http://www.clafen.org/AFL/V3/261-277_Noguera.pdf)
- NOVELLI, Mariano H., "*La justicia en el Derecho Ambiental*", *Revista del Centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social*, Revista N° 32, año 2009
- NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*, 2ª edición actualizada por Víctor Félix Reinardi Año 1999 Editorial Marcos Lerner.
- ORTIZ BLANCO, Adriana Mercedes, "*La relación hombre-naturaleza. Tendencias de su filosofar en cuba*", *Revista de Ciencias Sociales*, ISSN:

0717-2257, Universidad Arturo Prat, Chile, [www.redalyc.org/pdf/708/70831715004.pdf](http://www.redalyc.org/pdf/708/70831715004.pdf)

- PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *“Constitución Nacional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”*, Bs. As., La Ley, 2011.
- PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., *“Garantías y protecciones judiciales en los tratados de derechos humanos”* en *“Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho argentino”*, dirigido por la misma autora, Bs. As., La Ley, 2015, Tomo III.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *“Teoría social de sistemas y Derecho Penal de Mínima intervención”*, en obra colectiva *“Revista de Derecho Penal – Delitos de Peligro II”*, Tomo 2008-1, editorial Rubinzal Culzoni, año 2008.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E., *“El tipo culposo – La preterintencionalidad”*, en obra colectiva *Derecho Penal – Parte General*, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005
- PIÑON, Francisco, [www.uam.mx/difusion/revista/nov2001/pinon.pdf](http://www.uam.mx/difusion/revista/nov2001/pinon.pdf)
- PRITTWITZ, Cornelius, *“Sociedad de Riesgo y Derecho Penal”*, Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 91), cuenca, año 2003, <http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/13sociedad-del-riesgo-y-derecho-penal.pdf>
- QUINTERO DIAZ, Claudina y FONTICIELLA IZQUIERDO, Elena Lidia, <http://www.eumed.net/rev/delos/14/qdfi.html>
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *“La especialidad del Derecho Penal Ambiental en relación con la contaminación acústica y la contaminación del agua”*.
- QUIROGA LAVIE, Humberto, en obra colectiva *“Tratado jurisprudencial y doctrinario – Derecho Ambiental”*, Tomo II, Volumen A, año 2012.
- REAL FERRER, Gabriel, *“El principio de solidaridad en la Declaración de Río”*, <https://dda.ua.es/solidrio.htm>
- RINESSI, Antonio Juan, *“Los principios del derecho ambiental”*, Revista de daños, Tomo 2008-3 Daño ambiental, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2009, RC D 1987/2012.
- ROSATTI, Horacio Daniel, *“Consecuencias culturales de la tutela constitucional del Medio Ambiente”*, en obra colectiva *Revista de Derecho de Daños*, Tomo 2011 – 1. Daño Ambiental, Editorial Rubinzal Culzoni
- ROSATTI, Horacio Daniel, *Derecho Ambiental Constitucional*, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2007.
- ROSATTI, Horacio Daniel, *“La tutela del Medio Ambiente en la Constitución Nacional”*, en obra colectiva *Revista de Derecho de Daños*, Tomo 2008 – 3. Daño Ambiental, Editorial Rubinzal Culzoni. Cita online: RC D 650/2012.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito”, editorial Thomson Civitas, 5° reimpresión, año 2008.
- ROXÍN, Claus, *“Derecho Penal – Parte General”*, Tomo I, Fundamentos: La estructura de la Teoría del Delito, editorial Civitas – Thomson Reuters, 1° reimpresión, año 2010
- ROXÍN, Claus, *“El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, número 15, año 2013, págs. 2/3; se puede leer en la dirección web <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>
- ROXÍN, Claus, *“Culpabilidad y Prevención en Derecho penal”*, traducción de Muñoz Conde, editorial Reus, año 1999
- ROZZI, Ricardo, <http://www.umag.cl/facultades/williams/wp-content/uploads/2017/05/Rozzi-Filosofia-Ambiental-Sudamericana-Env-Ethics-2012.pdf>.
- RUVIRA, José de Madaria, *“La protección penal del medio ambiente – breve análisis de la sentencia del tribunal supremo de 13 de abril de 2008”*, Revista de la Universidad Miguel Hernández: facultad de ciencias sociales y jurídicas de Elche, volumen I, número 4, enero 2009, ISSN: 1886-6611; <https://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/04-ju-01.pdf>
- RUZA TARRIO, Felipe, *“Tratado Universal del Medio Ambiente”*, Vol. 1, Editorial Rezza Editores, año 1993, ISBN: 84-7973-188-5

- SABSAY, Daniel A., *“El estado de la cuestión ambiental a 20 años de la Reforma”*, en suplemento constitucional 2014 (octubre), editorial La Ley, 02/10/2014, AR/DOC/3157/2014
- SABSAY, Daniel A. y FERNANDEZ, Cristian H., *“Principios de solidaridad, cooperación y equidad intergeneracional”*, editorial La Ley, 09/03/2017, AR/DOC/315/2017.
- SAEZ PORTILLO, Jorge, *“La responsabilidad penal ambiental”*, en obra colectiva *“Memorias del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental”*, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, Instituto Nacional de Ecología, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, año 2004, ISBN 9688176818.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, *“Reflexiones sobre la dogmática penal, la imputación objetiva y la sociedad de riesgo”*, Revista de Derecho Penal, editorial Rubinzal Culzoni, tomo 2008-2, Delitos de peligro – III, año 2008.
- SANZ LARRUGA, Francisco Javier, *“Principio de subsidiariedad”*, Anuario da Facultade de Dereito, año 1999, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/18909>
- SCHÜNEMANN, Bernd, *“El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”*, con traducción de Jesús María Silva Sánchez, Editorial Tecnos, Madrid, año 1991
- SCHÜNEMANN, Bernd, *“La culpabilidad: Estado de la cuestión”*, en obra colectiva *“Sobre el estado de la teoría del delito”*, Seminario en la Universität Pompeu Fabra, editorial Civitas, año 2000
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*, tercera edición ampliada, editorial B de f, Buenos Aires, año 2011
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, segunda edición ampliada y actualizada - reimpresión, editorial B de f, Buenos Aires, año 2012
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Normas y acciones en Derecho Penal*, editorial Hammurabi, año 2003
- SPOSATO, Karyna Batista, *“Culpa y Castigo – modernas teorías de la culpabilidad y los límites al poder de punir”*, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2005/03/doctrina30067.pdf>.
- SUÁREZ, María de las Mercedes, *“El modelo integrado de ciencia penal”*, en obra colectiva *Derecho Penal – Parte General*, Carlos J. Lascano (h) director, editorial advocatus, 1° reimpresión, Córdoba, año 2005.
- TAWIL, Guido Santiago, *“La cláusula ambiental en la Constitución Nacional”*, Bs. As., La Ley 1995.
- VALLS, Mario F., *“Derecho Ambiental”*, segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, año 2012.
- VALLS, Mario F., *“Derecho Ambiental”*, tercera edición, Editorial Abeledo Perrot, año 2016.
- VILLARROEL, Raúl, *“Ética y medioambiente. ensayo de hermenéutica referida al entorno”*, <http://www.scielo.cl/pdf/rfilosof/v63/art04.pdf>,
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Ediar – Año 2002.
- ZANOTTI, Gabriel J., *“Principio de subsidiariedad, bienes públicos y ecología”*, año 2015, <http://institutoaacton.org/2015/03/30/principio-de-subsidiariedad-bienes-publicos-y-ecologia>.

### Otros sitios web de consulta

- <http://dle.rae.es/?id=OIQ6yC8>.
- <http://dle.rae.es/?id=2HmTzTK>,
- [https://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/\\_file/200000093-b7962b88fa/Bidart%20Campos%2C%20German%20J.%20-%20Manual%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20Reformada%20-%20Tomo%202.pdf](https://alumnos-ucalp-info-y-material.webnode.com.ar/_file/200000093-b7962b88fa/Bidart%20Campos%2C%20German%20J.%20-%20Manual%20de%20la%20Constituci%C3%B3n%20Reformada%20-%20Tomo%202.pdf).