

EL DERECHO PENAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN FRENTE AL DAÑO AMBIENTAL CAUSADO POR EL DESARROLLO URBANÍSTICO IRREGULAR*

CRIMINAL LAW AS A PROTECTION MECHANISM AGAINST ENVIRONMENTAL DAMAGE CAUSED BY IRREGULAR URBAN DEVELOPMENT

*Ramón Agustín Ferrer Guillamondegi***

Resumen: El presente trabajo busca evidenciar la magnitud de la problemática ambiental derivada del desarrollo urbanístico irregular, así como los beneficios económicos que actúan como incentivo para que grandes empresas lleven a cabo estas prácticas, y la ineficacia de la regulación legal actual para disuadir las. En este contexto, se examinará la relevancia del derecho penal como herramienta de protección ambiental, tomando como referencia el modelo de la legislación española. Dicho modelo establece sanciones para las empresas y funcionarios implicados, junto con medidas de restauración ambiental, tales como la demolición de construcciones ilegales. Finalmente, se presentará una propuesta para una futura reglamentación nacional que busque equilibrar el desarrollo urbanístico, la ordenación territorial y la protección ambiental en beneficio de las generaciones futuras.

Palabras-clave: Delito ambiental urbanístico - Ordenación del territorio - Sistema español de protección penal del ambiente.

Abstract: This work seeks to demonstrate the magnitude of the environmental problems derived from irregular urban development, as well as the economic benefits that act as an incentive for large companies to carry out these practices, and the ineffectiveness of current legal regulation to dissuade them. In this context, the relevance of criminal law as a tool for environmental protection will be examined, taking as reference the model of Spanish legislation. This model establishes sanctions for the companies and officials involved, along with environmental restoration measures, such as the demolition of illegal constructions.

* Trabajo recibido para su publicación el 4 de noviembre de 2024 y aprobado el 28 del mismo mes y año.

** Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo por la Universidad de Salamanca (España). Docente de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho UNC. Investigador de la Universidad Siglo 21. Correo electrónico: agustin.ferrer@unc.edu.ar

Finally, a proposal will be presented for future national regulations that seek to balance urban development, territorial planning and environmental protection for the benefit of future generations.

Keywords: Environmental crime - Urban planning - Territorial planning - Spanish system of criminal protection of the environment.

Sumario: I. Introducción. II. El daño al ambiente con motivo de la expansión urbanística. III. La importancia de la planificación territorial y urbanismo. IV. El Derecho Penal como mecanismo de protección. V. Características del Derecho Penal Ambiental. VI. El modelo español de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo. VI.1. La sanción a los particulares que lleven a cabo las tareas ilícitas. VI. 2. La sanción a los funcionarios públicos que intervengan. VII. Consideraciones finales.

I. Introducción

En Argentina, la protección ambiental ha transitado diversos estadios y actualmente es transversal a diversas ramas del derecho, por lo que podemos evidenciar normativa tendiente a su protección en diversas ramas del derecho como la administrativa, civil y penal. Sin embargo, no existe en el Código Penal Argentino un título o un capítulo referido a delitos contra el ambiente, si bien existen leyes dispersas que se fueron dictando según las necesidades propias de cada momento histórico, a medida que se visibilizaban aspectos ambientales, que precisaban de un plus de tutela jurídica que iba más allá de las normas del derecho civil o administrativo.

En este sentido, se ha dictado la ley de protección de fauna silvestre (Ley 22421 arts. 24 y siguientes¹), la ley de residuos peligrosos (Ley 24051, arts. 55 y siguientes²), la ley que regula el buen trato a los animales (Ley 14346), sin embargo, tales disposiciones normativas no abarcan las posibles afectaciones al ambiente que puedan surgir de aspectos vinculados a la ordenación del territorio y urbanismo.

Tal como lo expresan algunos autores³, en la protección ambiental, los esfuerzos de las autoridades públicas han chocado, con la política expansionista de las grandes industrias y su necesidad de aumentar el crecimiento de la producción en función de las demandas de inmuebles para residencia y esparcimiento. Sin embargo, los esfuerzos estatales, en materia de política criminal, se han centrado en las empresas que extraen materias primas o producen bienes y servicios, pero no han abarcado

(1) Ley 22421 sancionada el 05/03/1981 consultable en <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/38116/texact.htm>

(2) Ley 24051 sancionada el 17/12/1991 consultable en <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=450>

(3) CATALANO, M. - ABOSO, G. (2023). *Derecho penal ambiental*, Hammurabi. <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/derecho-penal-ambiental-1692047331?location=22>

aquellas que generan edificaciones que tienen entidad para alterar el ambiente, al afectar la planificación urbanística de la ciudad o con fines edilicios.

No hay dudas, de que esta relación de tensión se ha visto favorecida en las últimas décadas por el surgimiento de una conciencia ambiental en la población y el reconocimiento constitucional del ambiente, como un derecho de tercera generación. Frente a las medidas proteccionistas, los empresarios suelen esgrimir distintos contraargumentos focalizados en la necesidad de satisfacer una demanda creciente de la propia población de recursos naturales que constituyen la matriz energética de nuestras sociedades modernas (gas, electricidad, combustible).

En el marco del presente trabajo, pretendemos efectuar un aporte al análisis de tal situación, comenzando por establecer la situación actual en nuestro país, para luego abordar la insuficiencia de la regulación legal existente, para hacer frente al problema que implica la criminalidad económica y el fin de lucro, tendiente a lograr un equilibrio armónico entre el desarrollo urbanístico y la protección ambiental adecuada. Sobre tal panorama, pretendemos precisar la importancia de la materia y la necesidad de reforzar la protección del ambiente por medio de una tutela penal de la materia urbanística y de planificación territorial, precisando las particularidades del derecho penal como herramienta de protección ambiental. Finalmente, analizaremos la legislación española, como modelo de regulación penal de la materia.

Para lograr dicho cometido efectuaremos una revisión y análisis crítico de la regulación normativa, de pronunciamientos jurisprudenciales y de doctrina vinculada, tanto nacional como española, sin pretensiones de agotar la temática abordada, sino con la convicción de la necesidad de realizar aportes a la discusión en torno al tema y en función de las limitaciones propias del objetivo del presente trabajo.

II. El daño al ambiente con motivo de la expansión urbanística

Siguiendo a Botassi⁴, en Italia el alcance de la palabra ambiente fue definida por primera vez en términos jurídicos por Massimo Severo Giannini en su trabajo “Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti Giuridici”, publicado en el año 1973 en la *Rivista trimestrale di diritto pubblico* en el que se diferenciaron tres grandes ámbitos de protección, el primero vinculado al ambiente relacionado con el paisaje, en el cual el Derecho Ambiental tenía una finalidad conservacionista; el segundo vinculado con la defensa del suelo, el aire y el agua, en el que el derecho tenía una finalidad proteccionista, pues la legislación establece un sistema de control sobre las actividades que pueden dañarlos; y el tercero en el que el ambiente es el conside-

(4) BOTASSI, Carlos (2004). “El Derecho Ambiental en Argentina”, *Hiléia Revista de Direito Ambiental da Amazônia* N° 3, 2004. Citando a Pastorino, Leonardo: *El daño al ambiente como instituto típico del Derecho Ambiental*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 38 y 313; CROSETTI, Alessandro - FERRARA, Rosario - FRACCHIA, Fabrizio - OLIVETTI RASON, Nino. *Diritto dell'ambiente*, Laterza, RomaBari, 2002, p. 46.

rado en las normas y estudios de urbanismo, destinados a impulsar una actividad administrativa de planificación del uso del territorio, en armonía con el ambiente.

En Argentina, no se ha profundizado sobre la importancia de la protección penal en este último aspecto, dicha función se ha relegado al derecho administrativo. Sin embargo, existen conductas específicas, direccionadas por grandes inversores, que tienden a alterar el suelo, su vegetación, su fauna y con ello todo el ecosistema que se desarrollaba en el lugar, con la finalidad de emprender proyectos de construcción edilicia y lucrar con su venta.

Un ejemplo de estos puntos lo constituye la ley que regula el Sistema Federal de Manejo del Fuego (26815), que si bien fue sancionada en el año 2012, recién en el año 2017⁵ incorporó el art. 22 bis el cual, en aquel tiempo, preveía que, en caso de incendios de superficies de bosques nativos, no podrán realizarse modificaciones en el uso y destino que dichas superficies poseían con anterioridad al incendio. Posteriormente, advirtiendo que dicha modificación resultaba insuficiente para evitar el daño, en el año 2020 se incorporó una nueva previsión, por medio de la ley 27604 que amplió dicha protección abarcando aquellos incendios, en zonas agropecuarias, praderas, pastizales, matorrales y en áreas donde las estructuras edilicias se entremezclan con la vegetación fuera del ambiente estrictamente urbano o estructural. Dicha normativa alude expresamente a la prohibición de llevar a cabo, en esos lugares, emprendimientos inmobiliarios⁶. Sin embargo, tal prohibición no contempla ninguna sanción penal frente a su incumplimiento, por lo que su efecto disuasorio es limitado.

Otro ejemplo, lo podemos encontrar en la Ley 26331 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, sancionada en el año 2007 cuyos principales objetivos son el enriquecimiento, la restauración, la conservación, el aprovechamiento y el manejo sostenible de los servicios ambientales que los bosques brindan a la sociedad⁷.

Esta norma, detalla la importancia de la conservación de los bosques nativos, explicando que estos brindan servicios ambientales, que son los beneficios tangibles e intangibles generados por los ecosistemas del bosque y que resultan necesarios para el concierto y supervivencia del sistema natural y biológico en su conjunto; además de mejorar y asegurar la calidad de vida de los habitantes de la nación. Entre estos beneficios destaca la regulación hídrica; la conservación de la biodiversidad; la conservación del suelo y de calidad de agua; la fijación de emisiones de gases con efecto invernadero; la contribución a la diversificación y belleza del paisaje y la defensa de la identidad cultural. Sin embargo, dicha normativa tampoco prevé

(5) Por medio de la reforma introducida por la Ley 27353, 27/04/2017.

(6) Conforme se desprende del art. 22 quater, inc. A, incorporado por la Ley 27604 consultable en <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/345000-349999/345627/norma.htm>

(7) Conforme se desprende del artículo 1 de la Ley 26331.

protección penal para reforzar la prevención general y disuadir la comisión de ilícitos dirigidos a afectar los bosques nativos⁸.

Para graficar la trascendencia de este problema, en la provincia de Córdoba, en el año 2020 se quemaron unas 300 mil hectáreas⁹ y en el año 2021 unas 5.820 hectáreas fueron objeto de desmonte ilegal¹⁰. Sobre esta problemática, el geógrafo Joaquín Deón¹¹, becario de CONICET-UNC e integrante de la Coordinadora Ambiental y de Derechos Humanos de Sierras Chicas, efectuó un informe que da cuenta que, “detrás de los incendios que en un 95% son intencionales, está el agronegocio, la minería a cielo abierto, el sector inmobiliario y los deportes de élite como el golf, las carreras de enduro y motocross, quienes buscan el cambio de uso del suelo una vez que las llamas arrasaron con el bosque nativo”. Detalla en ese informe que el control y seguimiento por parte de las autoridades políticas es escaso y deficiente.

La temática ha vuelto a ponerse en discusión debido a las manifestaciones efectuadas por el presidente en cadena nacional, respecto a la posible derogación o modificación de la Ley de Manejo del Fuego¹², derogación que circuló en la primera versión del proyecto de ley omnibus, pero finalmente el capítulo ambiental fue excluido del dictamen final y al día de la fecha no se han concretado dichas manifestaciones, sin embargo, sí ha modificado el presupuesto asignado a tales fines.

Tal como se desprende del informe elaborado por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Argentina, las principales causas directas de la deforestación son la expansión y diversificación de la empresa agropecuaria, los incendios, el sobrepastoreo y el desarrollo de infraestructura. También se mencionan causas que favorecen dicha depredación de los bosques y entre ellas se indica la deficiente aplicación de la legislación y la falta de controles¹³.

(8) Conforme Art. 5 Ley 26331.

(9) Conforme la nota publicada por el Museo de Antropología de la UNC, consultable en <https://museoantropologia.unc.edu.ar/2021/03/todo-fuego-es-politico/> 16/03/2024

(10) Tal como se desprende de las notas <https://lmdiaro.com.ar/contenido/187727/cordoba-ya-perdio-mas-del-95-de-su-bosque-nativo> y <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/aumento-el-desmonte-ilegal-en-cordoba-hubo-5820-hectareas-afectadas-en-2021/>

(11) DEON, J. U. (2020). “Donde hubo incendios negocios quedan. Desmontes, despojos y acaparamientos inmobiliarios, megamineros de canteras y del agronegocio en las Sierras Pampeanas, Argentina”, *Revista Naturaleza de derechos*, 2020, 45-76.

(12) Conforme fue receptado en diversos medios locales tales como <https://www.pagina12.com.ar/697817-que-es-y-para-que-sirvio-la-ley-de-manejo-del-fuego-que-javi#>; - https://www.tiempoar.com.ar/ta_article/combo-explosivo-junto-a-la-derogacion-de-la-de-tierras-cambian-la-ley-de-manejo-del-fuego/ y https://www.clarin.com/rural/ley-manejo-fuego-proyecto-impulso-maximo-kirchner-ahora-derogara-javier-milei_0_taAVkF0YME.html

(13) DIAZ, D. - LACLAU, P. - SCHLICHTER, T. (2017) *Estudio de las causas de la deforestación y degradación forestal*, Programa ONU-REDD ARGENTINA citado en Mónaco Martín et al. *Causas e impactos de la deforestación de los bosques nativos de Argentina y propuestas de desarrollo alternativas*; consultable en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/desmontes_y_alternativas-julio27.pdf

Asimismo, en dicho informe se detalla que, como consecuencia de la deforestación, se modifican el ciclo hidrológico, el ciclo de nutrientes con pérdidas de fertilidad de los suelos, aumenta la emisión de gases de efecto invernadero y se pierde biodiversidad. Se produce una reducción de la cobertura forestal, disminuye la intercepción por parte de los árboles y deja el suelo al descubierto (o parcialmente cubierto) la mayor parte del año. Esto aumenta el drenaje superficial, favoreciendo la erosión y, en consecuencia, la intensidad y frecuencia de inundaciones, se pierden los servicios ecosistémicos; los suelos productivos; lo que genera la pérdida de empleo rural y la reducción de recursos para la sociedad¹⁴.

El fin de lucro detrás del ilícito ambiental

Este aspecto resulta relevante, debido a que los daños ambientales son considerados delitos de cuello blanco, por una creciente doctrina mayoritaria¹⁵, lo cual responde al hecho de que, en la mayoría de los casos, la afectación del ambiente no es un fin en sí mismo, sino que es el medio para lograr un objetivo determinado, necesario para potenciar el lucro. A modo de ejemplo, los incendios, deforestaciones o alteraciones del ambiente, se emplean para eliminar la protección que ampara determinados territorios, con el fin de habilitar el desarrollo de proyectos edilicios o poder afectar la tierra a la agricultura. Por otra parte, la afectación del ambiente, también puede resultar como consecuencia de la actividad desarrollada y de la omisión del debido tratamiento de la sustancia, tendiente a reducir costos de producción (desechos de minería, poluciones, efluentes, etc.).

Es por ello que los sujetos potencialmente idóneos para llevar a cabo este tipo de acciones, son aquellos titulares de los medios de producción, o que cuentan con los recursos suficientes como para llevar a cabo tales proyectos. En el caso de la expansión urbana, la transformación del territorio, sea mediante la deforestación de bosques, o la modificación de los cursos de agua o por cualquier otro medio, brinda a ese terreno un incremento de su valor económico, al introducir en el mercado un bien que anteriormente se encontraba fuera de él, potenciando de esta manera los ingresos de las empresas constructoras y desarrollistas.

Sin embargo, dicho proceso, acarrea como consecuencia, la pérdida o supresión de los servicios ambientales que esos terrenos brindaban a la sociedad; tales como la regulación hídrica y climática, la conservación de la biodiversidad, la conservación del suelo y la calidad de agua, la fijación de emisiones de gases con efecto invernadero, la contribución a la diversificación y belleza del paisaje y la defensa de la identidad cultural.

(14) *Ibidem*.

(15) CATALANO, M. – ABOSO, G. (2023). *Derecho penal ambiental*, Hammurabi. <https://biblioteca.hammurabidigital.com.ar/reader/derecho-penal-ambiental-1692047331?location=22>

En tal sentido, se patentiza el hecho de que las grandes empresas priorizan el fin de lucro por sobre el bienestar general. En ese marco, la política expansionista de las grandes industrias, suele imponerse a las resistencias de los proteccionistas, por las promesas de crear fuentes de trabajo, reducir el desempleo, generar productos que satisfagan necesidades sociales, pero esconde grandes intereses económicos que, incentivan la pretensión de reducir los costos de producción, sin ningún escrúpulo en las consecuencias que ello pueda implicar.

Esta realidad se ha tornado más visible en los últimos tiempos, sobre todo (o casi exclusivamente) en lo referido a la contaminación generada como consecuencia de los procesos de producción de las grandes empresas, lo que conlleva una mayor demanda social de protección del ambiente. Esta demanda, si bien generó nuevas tipificaciones penales, no ha contemplado el aspecto criminal en su conjunto, limitando la tutela a la contaminación generada como consecuencia de residuos generados en los procesos de producción.

La insuficiencia de la regulación actual y proyectada

Tal como se ha expresado, si bien nuestro país cuenta con diferentes normas que tutelan el ambiente y sus componentes (los bosques, los parques nacionales, los glaciares, los humedales), sin embargo, no se advierten disposiciones que establezcan sanciones penales que refuercen la protección de tales normas. Por el contrario, aquellas normas penales que podrían considerarse indirectamente protectorias del ambiente, tales como la figura de incendios y otros estragos punibles previstas en el art. 186 y siguientes del Código Penal, solo focalizan la sanción punitiva en el primer eslabón de la cadena, por ejemplo, quien inicia el fuego para lograr la deforestación del lugar con miras a la construcción, aspecto que resulta insuficiente.

Ello, debido a que la realización material de esta conducta, puede ser llevada a cabo por una persona en forma aislada, pero lo habrá realizado en base a la solicitud o al incentivo brindado por una empresa o grupo empresario que precisa de ese incendio para llevar a cabo el proyecto y resultará sumamente dificultoso acreditar el vínculo entre quien ha iniciado el fuego y la empresa. A lo cual, se deben sumar las facilidades para llevar a cabo tales ilícitos, dadas por el hecho de que se trata de zonas alejadas de los centros urbanos, poco concurridas y sin cámaras de seguridad, a lo cual se añaden las dificultades investigativas -el fuego consume gran parte de las evidencias o rastros que el ilícito podría haber dejado-, lo que potencia la impunidad de estas conductas. Como resultado, el terreno queda allanado para que la empresa constructora, pueda avanzar con el proyecto de edificación o construcción y la conducta ilícita cometida no tendrá ningún responsable sancionado.

Sobre este punto, si bien es cierto que existen sanciones administrativas de índole pecuniaria que en la mayoría de los casos han regulado las jurisdicciones locales, muchas veces estas normas no cumplen la finalidad disuasoria. Es que, entre otros aspectos, dichas sanciones en general no se aplican con rigor, pues no se realizan

los controles o supervisiones necesarios y las multas suelen estar fijadas en montos fijos o rígidos, por lo que el proceso inflacionario -por el que atraviesa nuestro país- las ha tornado irrisorias; más aún, si se comparan con las ganancias que las grandes empresas generan como resultado de la comercialización de esos terrenos.

Si bien, la protección penal de la materia ambiental ha sido objeto de consideración en diversos proyectos de actualización del Código Penal Argentino y ello puede observarse en el trabajo de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización e Integración del Código Penal de la Nación (Decreto P.E.N.678/12)¹⁶, presidida por E. Raúl Zaffaroni, que incorporaba la responsabilidad de funcionarios públicos (art. 205), los delitos contra la fauna silvestre, acuática u otros animales (art. 206) y delitos contra la flora (art. 208). Como así también, en el proyecto presentado por la Comisión para la reforma del Código Penal de la Nación, creada por el Decreto PEN 103/17¹⁷ que recepta nuevas tendencias en materia de protección penal ambiental¹⁸.

Sin embargo, estas propuestas, no contemplan específicamente el aspecto relativo a la planificación territorial y urbanística al que se hace referencia en el presente trabajo, y en este sentido, continúan abordando la temática de una forma parcial y acotada, por lo que consideramos dichas propuestas legislativas no permiten comprender la problemática de manera integral.

III. La importancia de la planificación territorial y el urbanismo

La importancia de la temática abordada en este trabajo, no se agota en la pretensión de evitar incendios que permitan modificar la afectación del suelo para poder edificar sobre él, va más allá y comprende otros aspectos que hacen a la ordenación territorial y el planeamiento urbano, que consideramos, resultan determinantes en lo que hace al ambiente y con él a la calidad de vida de las personas que viven allí.

Ello, debido a que, en lo relativo a la afectación ambiental, la urbanización como proceso destruye y fragmenta ecosistemas naturales con la consiguiente pérdida de biodiversidad, modificación de los flujos de agua, energía y nutrientes. Consume dos terceras partes de la energía mundial, abarca considerables proporciones de servicios de los ecosistemas, puede introducir especies invasoras, estos

(16) El proyecto completo puede consultarse en <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/38309-anteproyecto-codigo-penal-comision-zaffaroni>

(17) Denominada Comisión "Borinsky" 2017. El proyecto que puede consultarse en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/proyecto_de_ley_-_reforma_del_codigo_penal.pdf

(18) A modo de ejemplo sanciona la tala indiscriminada de árboles nativos, atentados contra la biodiversidad como la introducción de especies exóticas invasoras (EEI) y manipulación genética; el cambio de trayectoria de cursos de agua y supuestos afines que deriven en la desertización de terrenos, tornándolos infértiles, así como el incendio de este tipo de zonas.

asentamientos generan grandes cantidades de residuos y expulsan emisiones que dañan la atmósfera¹⁹.

Por otro lado, en lo concerniente a la calidad de vida de las personas, se debe considerar que la ciudad constituye un ecosistema complejo, creado por la especie humana y en ella tiene lugar una interacción entre los elementos físicos, químicos y biológicos. Este ecosistema complejo, es el resultado de un proceso colectivo, pero el principal problema fue considerar a la ciudad como un ente aparte de la naturaleza²⁰, cuando tanto el desarrollo económico como la habitabilidad de las ciudades, depende necesariamente del equilibrio ecológico entre la ciudad y la naturaleza.

Por ejemplo en Costa Rica, el Programa de Estado de la Nación del año 2017, expuso que la forma de planificar la ocupación del suelo en dicho país no posee una prioridad ambiental, ni en el aprovechamiento de los recursos naturales, por lo que “en el mediano y largo plazo prevalecen tendencias insostenibles” y aunque también reportan fortalezas históricas y avances específicos como la recuperación de la cobertura forestal, electricidad limpia, acceso al agua potable, herramientas legales e instrumentos pioneros para la conservación, el Programa es enfático al señalar que: “estos logros no alcanzan para cambiar el rumbo de los patrones de uso del territorio y su falta de ordenamiento, el aprovechamiento de los recursos naturales clave para el desarrollo (como energía y el agua) y la gestión política”²¹.

Sobre este punto, es importante considerar que la calidad ambiental, se asocia a un orden funcional de carácter cuantitativo (equipamiento, infraestructura, accesibilidad y estado de edificación) y un orden simbólico y representativo de carácter cualitativo (elementos de significación que están en la memoria colectiva y satisfacen las necesidades de identidad y legibilidad urbanas).

Otros autores, como Odum²², hacen alusión a un sistema mayor que influye en el sistema urbano, en este sentido, sostiene que el sistema ambiental se compone por pequeños sistemas ecológicos y grandes sistemas en los que se inserta la población. Por lo que la ciudad constituye un subsistema. Dentro de los sistemas ecológicos la ciudad supone mayores concentraciones de dióxido de carbono, contaminantes atmosféricos y nutrientes minerales liberados por el consumo, sumado a una ace-

(19) MONTES, C. - DUQUE, M. (2015). *Ciudades resilientes en el Antropoceno; mito o realidad*. Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales, CyTET XLVII

(20) TORT DONADA, J. - SANTASUSAGNA RIU, A. (2018). “La ciudad como ecosistema. Entrevista a Salvador Rueda”, *Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales* Vol. XXIII, n°. 1.233-Universidad de Barcelona.

(21) Programa Estado de la Nación (2017). *Informe Estado de la Nación 2017*, San José, Costa Rica. Recuperado de www.estadonacion.or.cr

(22) ODUM, H. (1980). *Ambiente, energía y sociedad*, Blume, Barcelona, España, citado por CASTAÑEDA NORDMANN, A. L. (2018). *Metodología para la detección de umbrales de calidad ambiental en base a los servicios urbanos. un aporte a la evaluación del área metropolitana de Tucumán*, Tesis Doctoral consultable en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/84996>

lación del exceso de la producción e incremento de la demanda y prospección de combustibles fósiles como el carbón y el petróleo. En este sentido, Odum afirma que el sistema natural es menos capaz de proteger al hombre, en la medida que este aumenta su papel desempeñado, como así también, en la medida que aumenta y se intensifica la influencia del hombre sobre el diseño de los ecosistemas, lo que torna necesario construir un sistema razonable de inserción del sistema urbano en el sistema ambiental.

Por su parte, Vigliocco²³ refiere que la degradación del hábitat por el explosivo crecimiento urbano trae como consecuencia una crisis de tipo ambiental, pues lleva aparejada la dotación de gran cantidad de industrias en los centros urbanos. En este sentido, los problemas ambientales comienzan a ser entendidos como causa de la insustentabilidad urbana por la falta de provisión de servicios en los asentamientos periféricos, la ausencia o nula implementación de planes urbanos estatales y el uso excesivo de los recursos energéticos²⁴.

Sobre este punto, se ha dicho que el aspecto urbanístico es de gran relevancia pues el crecimiento intensivo y desorganizado de las ciudades puede agravar la condición y calidad de vida de las personas que residen allí, al impedir que los gobiernos locales ofrezcan servicios de calidad a todas las personas. Además, el desarrollo de las industrias y el consumo concentrado de energía aumentan la contaminación del aire, con un notable impacto en la salud humana, generan mayor cantidad de emisiones de los automóviles producen elevados niveles de plomo en el aire urbano, aumentan el volumen de residuos con su consecuente riesgo para la salud; fomentan la pérdida de masa forestal urbana y la fauna se ve perjudicada por la pérdida del hábitat y las fuentes de alimentos, además de las sustancias tóxicas y desechos urbanos²⁵.

En definitiva, si bien hay diferentes acepciones de los sistemas urbanos y el impacto ambiental, podemos concluir que hay una creciente preocupación por esta temática. De esta manera, la importancia entre la sostenibilidad y el cambio climático en las urbes ha sido uno de los temas de las ponencias y presentaciones de la XXXI Asamblea General del Foro de Ministros y Autoridades Máximas de la Vivienda y

(23) VIGLIOCCO, M. (1995). *Urbanización y Planeamiento*, Ediciones Civilidad, Buenos Aires, Argentina, citado por CASTAÑEDA NORDMANN, A. L. (2018). *Metodología para la detección de umbrales de calidad ambiental en base a los servicios urbanos. Un aporte a la evaluación del área metropolitana de Tucumán*, Tesis Doctoral consultable en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/84996>.

(24) GÓMEZ LÓPEZ, R. (1979). *San Miguel de Tucumán. Estudio del Área Central*, San Miguel de Tucumán, Argentina, IPDU-FAU-UNT, citado por CASTAÑEDA NORDMANN, A. L. (2018). *Metodología para la detección de umbrales de calidad ambiental en base a los servicios urbanos. un aporte a la evaluación del área metropolitana de Tucumán*, Tesis Doctoral consultable en <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/84996>

(25) "Amenazas de la urbanización", *National Geographic*, consultable en <https://www.nationalgeographic.es/medio-ambiente/amenazas-de-la-urbanizacion#:~:text=El%20crecimiento%20intensivo%20de%20las,impacto%20en%20la%20salud%20humana>

el Urbanismo de América Latina y el Caribe (MINURVI), celebrada los días 5 y 6 de diciembre de 2022 en la sede de la CEPAL en Santiago de Chile²⁶.

Así, las grandes urbes se enfrentan a desafíos en materia de planificación, administración y gobernanza con el objetivo de maximizar las oportunidades económicas y minimizar los daños medioambientales²⁷. Para ello, basta advertir que la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, dedica un objetivo específico a las ciudades, entre sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y plantea la temática urbana de forma transversal para las cuestiones de desarrollo, por lo que focaliza la necesidad de dar respuestas integrales a esta temática. Particularmente, es el Objetivo N° 11 denominado “Ciudades y comunidades sostenibles”, el que pretende lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. Se advierte que muchas ciudades no están preparadas para afrontar una rápida urbanización, y que ello implicaría el aumento la contaminación atmosférica. Por lo que concluyen que no es posible alcanzar el desarrollo sostenible sin transformar significativamente la forma en que se construyen y gestionan los espacios urbanos²⁸.

Asimismo, se detalla que entre los retos más urgentes a los que se enfrentan las ciudades, se encuentra el de gestionar la desigualdad y los niveles de consumo urbano de energía y de contaminación. Pues si bien las ciudades apenas ocupan el 3 % de la superficie terrestre, suponen entre el 60 % y el 80 % del consumo energético y el 75 % de las emisiones de carbono. Esta situación genera que muchas ciudades sean más vulnerables a los efectos del cambio climático y a los desastres naturales debido a su elevada concentración de población y a su ubicación, por lo que mejorar la resiliencia urbana es crucial no solo para mitigar el impacto de la contaminación ambiental, sino también para evitar pérdidas humanas, sociales y económicas²⁹.

Estas preocupaciones han dado lugar al desarrollo de concepciones modernas de planificación, con pretensiones eco-sustentables, un ejemplo de ello es el denominado Urbanismo Bioclimático, que es definido por Higuera como aquel que *“se enmarca dentro en la planificación de desarrollo sostenible cuyo objetivo es mejorar la calidad de vida de las personas aprovechando al máximo todos los recursos disponibles y controlando los efectos perniciosos sobre el medio ambiente en todas sus escalas, (recursos del soporte, del clima, energéticos, paisajísticos e incluso socio-económicos)”*³⁰.

(26) Tal como puede consultarse en <https://revista.cigob.net/24-diciembre-2023/documentacion/transformacion-del-habitat-y-las-ciudades-hacia-un-desarrollo-urbano-sostenible-en-america-latina-y-el-caribe-N8D9/>

(27) *El camino de desarrollo de las ciudades inteligentes: Buenos Aires (2022-07-15)* <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/09242a54-2330-4059-b471-bf3909cc5e14/content>

(28) Conforme se desprende del objetivo 11: Ciudades y comunidades sostenibles la consulta formulada en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>

(29) *Ibidem*.

(30) HIGUERAS, E. (2006). *Urbanismo Bioclimático*, Gustavo Gili, Barcelona, 2006.

La importancia de los recursos que pueden verse afectados, como resultado de una proyección urbanística desarrollada en forma abusiva, desproporcionada o ilegal (por la inobservancia de las disposiciones administrativas que lo regulan), y la trascendencia de los beneficios sociales que implica la debida observancia de estos límites, para el desarrollo sostenible, armónico y equilibrado entre la ciudad y el ambiente dentro del cual aquella se encuentra inmersa justifican la necesidad de reforzar la mera protección administrativa de esta modalidad de afectación del bien jurídico.

IV. El Derecho Penal como mecanismo de protección

Conforme al panorama detallado en el punto anterior, se vuelve evidente que la debida planificación y ordenación del territorio, en miras al desarrollo de un urbanismo sostenible, ecológico y eficiente tiene entidad suficiente, por sí misma, para constituirse en una modalidad especial de protección del ambiente y por lo tanto debe ser objeto de tutela.

Además, el hecho de que los principales generadores de estos daños sean empresas constructoras, cuyo respaldo de capital, torna a las sanciones administrativas y pecuniarias, en una modalidad sin potencialidad disuasiva de la comisión de conductas lesivas. Sumado a la entidad de las consecuencias que pueden generarse por medio de la comisión de estas acciones, las cuales no afectan a un particular en forma aislada, sino que atentan tanto contra el ambiente como contra la calidad de vida de las personas, se pone en evidencia que el derecho administrativo y el derecho civil resultan insuficientes para garantizar la debida protección, lo cual conlleva a la necesidad de recurrir al derecho penal para reforzar la tutela jurídica ambiental, en este sentido.

V. Características del Derecho Penal Ambiental

Habiendo precisado la necesidad de reforzar la protección del ambiente, mediante el derecho penal, la importancia de contemplar la problemática en forma integral, de perseguir de manera eficiente los fines constitucionales, de cumplir con obligaciones internacionales y reforzar la disuasión de estas conductas que tienden a afectar la planificación territorial y urbanística de las ciudades, corresponde ahora determinar los aspectos que caracterizan a esta rama del derecho y que la tornan una herramienta no solo útil, sino más bien necesaria para la protección, por medio del refuerzo de la disuasión de las conductas que se analizan en el presente trabajo.

En cuanto al bien jurídico protegido

En tal sentido, podemos decir que una primera característica del derecho penal ambiental se vincula con el contenido y alcance del bien jurídico tutelado, sobre el cual no existe aún consenso. Sin embargo, se observan dos grandes posiciones sobre

este punto, un concepto restrictivo, denominado antropocéntrico, según el cual, la sanción de las conductas que afectan el ambiente se justifican en tanto tengan entidad para afectar al ser humano, que es tomado como valor exclusivo de referencia. En esta concepción, la protección es indirecta, pues se preserva el ambiente siempre que su vulneración influya en la salud y bienestar de las personas que se desenvuelven en él. El concepto extensivo, se asocia con una perspectiva ecologista integral, que abarca la protección del ambiente como entorno de desarrollo de las personas y los demás seres vivos, como así también de los componentes orgánicos e inorgánicos que conforman el ecosistema. Como puede advertirse, el sistema ecológico incluye a los seres humanos, pero también a una variedad de organismos, sistemas y subsistemas que permiten la sustentabilidad y el desarrollo de la vida en este planeta. Por este motivo, la pureza del agua, la falta de perturbaciones en el sistema ecológico (contaminación sonora) o la integridad de los suelos serían objetos dignos de tutela penal en razón de su estrecha relación con la bio-sustentabilidad³¹. Esta perspectiva, ha adquirido mayor preponderancia a partir de la Convención de Estocolmo de 1972 y se sustenta en la necesaria interrelación que existe entre la calidad de vida de las personas y el ambiente.

Como puede advertirse del desarrollo efectuado, la planificación y ordenación del territorio, en miras al desarrollo de un urbanismo sostenible, se enmarca sin mayor esfuerzo dentro de esta última postura, pues tal como se indicó en el apartado anterior, el avance de las edificaciones implica necesariamente la destrucción y fragmentación de ecosistemas naturales con la consiguiente pérdida de biodiversidad, modificación de los flujos de agua, energía y nutrientes.

Pero también puede considerarse abarcado por la concepción antropocéntrica o restrictiva, pues el crecimiento intensivo y desorganizado de las ciudades, tienen entidad suficiente como para afectar la calidad de vida de los residentes, al impedir que los gobiernos locales ofrezcan servicios de calidad a todas las personas. Además, el desarrollo de las industrias y el consumo concentrado de energía aumenta la contaminación del aire, con un notable impacto en la salud humana, genera mayor cantidad de emisiones de los automóviles producen elevados niveles de plomo en el aire urbano; aumenta el volumen de residuos con su consecuente riesgo para la salud tanto de las generaciones presentes como de las generaciones futuras a las que afectará con mayor potencialidad por el efecto acumulativo.

La intervención empresarial en la explotación de los recursos naturales

Siguiendo a Catalano y Aboso³², podemos indicar que otra característica de los delitos ambientales, se relaciona con la extendida intervención de las empresas en la explotación de los recursos naturales. Si bien no se trata de un aspecto excluyente,

(31) CATALANO, M. – ABOSO, G. (2023). Ob. cit.

(32) *Ibidem*.

esto obedece, en primer término, a los altos costos de inversión que generalmente demanda este tipo de actividades.

Estos autores señalan que en el campo del derecho ambiental se cristaliza de un modo evidente la relación de fricción que existe entre la explotación económica de los recursos naturales y la protección del ambiente. Por un lado, señalan que la explotación económica está relacionada de manera inherente a la conservación de las fuentes de trabajo, por lo que la inversión económica en el campo de la explotación de los recursos naturales y los métodos de producción, estarían fuertemente vinculados con la necesidad de mantener los puestos de trabajo.

Según los autores citados, las restricciones al uso o aprovechamiento de los recursos naturales por parte de las empresas impactan directamente en la economía de las grandes firmas e indirectamente en la conservación de las fuentes de trabajo, creando así un círculo vicioso entre la protección del ambiente y la preservación de los puestos laborales³³.

Sin embargo, en el marco del desarrollo urbanístico esta concepción podría implicar un falso dilema, pues en esta rama, los puestos de trabajo se crean, solo si existen trabajos para realizar. Además, en el caso del desarrollo urbanístico, la mayoría de los trabajadores del rubro de la construcción se contratan para la realización de una obra concreta, pero no forman parte del personal permanente de la empresa constructora, por lo que la afectación de los puestos de trabajo es relativa y no poseería la entidad suficiente como para justificarla.

Vinculado a este aspecto, en el que la mayoría de los sujetos activos de estos ilícitos están conformados por grandes empresas, que poseen el capital suficiente para realizar las inversiones y materializar los proyectos, surge otra de las particularidades que posee el derecho penal ambiental. Según los autores mencionados, este otro aspecto responde al funcionamiento de los órganos directivos de las empresas y la modalidad colegiada de la toma de decisiones de la firma.

En este sentido, señalan los autores: *"Al respecto, se ha discutido mucho sobre la relevancia de dichas decisiones colegiadas en el marco de la criminalidad empresarial y ambiental, por ejemplo, en calidad de qué debe responder el directivo, socio o accionista que se niega o se abstiene en una votación sobre el vertido ilícito de desechos contaminantes en un río o en el propio mar"*³⁴. Sin embargo este aspecto también carece de entidad para desligar de responsabilidad a la firma, pues las decisiones sobre la comisión de una conducta ilícita o al menos ilegal, no se adoptarán por medio de procedimientos formales y en su caso la firma deberá poseer los sistemas de integridad ("compliance") necesarios para que esas conductas se denuncien, de lo contrario, pese a la votación contraria, con ausencia de una denuncia que evidencie tal postura

(33) *Ibidem*.

(34) *Ibidem*.

contraria, en la práctica, el silencio implicará el encubrimiento de tal conducta o al menos el consentimiento tácito y el consecuente aprovechamiento de los beneficios que la misma ha generado.

Sobre este punto, es dable destacar el dictamen del Procurador General ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos CSJ 1045/2007, en el cual se expresó que: *“A su vez, la protección del medio ambiente, cuya mejora o degradación beneficia o perjudica a toda la población -por tratarse de un bien que pertenece a la esfera social y trasciende la individual-, trae aparejados deberes a cargo de todos los ciudadanos, como correlato del derecho a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras (cf. doctrina de Fallos 329:2316). Por consiguiente, puede afirmarse, sin ambages, que la protección ambiental no sólo implica un mandato a la autoridad estatal sino que exige, además, la responsabilidad empresarial e individual de cada uno de los habitantes para su preservación. Pues de ello depende, como ha declarado la Corte, que el derecho a gozar de un ambiente sano no constituya una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir (Fallos 329:2316)”*³⁵.

La interrelación con el derecho administrativo

Otro aspecto al que se hace alusión en el derecho penal ambiental, es la relación de dependencia del derecho penal respecto del derecho administrativo; pues muchas veces es la autoridad ambiental la que tiene el poder de policía y la facultad de controlar y/o autorizar o habilitar mediante un acto administrativo (certificado ambiental) una explotación potencialmente contaminante. Por lo que algunos autores entienden que el derecho penal ambiental se encuentra determinado por la necesaria afectación del derecho administrativo o la inobservancia de leyes y reglamentos de dicho carácter³⁶.

Sin embargo, la tendencia en este punto se ha ido modificando, y en tal sentido se ha pasado de una mera accesoriedad administrativa del derecho penal ambiental, en el que se requería el incumplimiento de normas o abuso de permisos a una postura en la que no existe una dependencia absoluta de la norma administrativa, pues la sola ostentación de autorización administrativa no es causal excluyente de responsabilidad. Lo que implica un cambio de paradigma, pues basta con que la actividad sea contaminante, no precisándose que a su vez viole normativas administrativas. Lo que significa que de una vez por todas se hace foco en la protección del ambiente en sí, verificando la tan reclamada trasmutación del modelo antropocéntrico al modelo ecocéntrico³⁷.

(35) CSJN Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional (Buenos Aires, Provincia de, citada 3º) s/ acción meramente declarativa 1045/2007 (43-P)/CS1 ORIGINARIO. Dictamen disponible en http://www.mpf.gob.ar/dictámenes/2013/AGilsCarbo/octubre/Papel_Prensa_P_1045_L_XLIII.pdf

(36) *Ibidem*.

(37) *Ibidem*.

La necesaria previsión de delitos de peligro abstracto

Otro de los puntos relevantes en materia de derecho penal ambiental es la necesidad primordial de evitar la producción del daño y para ello el derecho penal cuenta con herramientas específicas como es la previsión de delitos de peligro abstracto. En este sentido, la política criminal seguida en esta clase de delitos impone necesariamente una intervención penal temprana ante la posibilidad del daño ambiental.

Por tal motivo, es necesaria la sanción de conductas peligrosas o potencialmente peligrosas para el ambiente, en lugar de legitimar una intervención penal tardía, desde la perspectiva del resultado lesivo (una vez concretado el daño ambiental). Si bien esto implica optar por una estrategia más intervencionista, basada en un modelo de prevención de riesgos, la importancia de la preservación del ambiente, exige un rol proactivo y un actuar preventivo por parte del poder punitivo.

Sobre este punto, se ha dicho que las causas y las fuentes de los problemas ambientales deben atenderse en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir cualquier efecto negativo; pues en el campo de la protección ambiental, la vigilancia y la prevención son especialmente requeridas en vista del carácter usualmente irreversible del daño ambiental³⁸.

Las particularidades del sujeto pasivo del delito

El análisis de este punto debe efectuarse adoptando previamente una postura respecto a las diversas perspectivas mencionadas anteriormente, pues para la perspectiva antropocéntrica, la protección del ambiente es indirecta, dado que requiere dicha afectación tenga entidad para producir un daño o perjuicio al ser humano.

Mientras que, para la perspectiva ecocéntrica, el hombre está situado en un plano de igualdad normativo con otras especies, lo que permite considerar sujeto pasivo de estos delitos, tanto a la fauna como a la flora, pues el ser humano no está representado como el *primus inter pares*, sino como un *pars inter pares*³⁹.

Si bien el daño se produce en el ambiente, no existen dudas sobre que la contaminación ambiental afecta de modo directo a todos los seres vivos que habitan ese medio, la potencialidad dañina de esa contaminación, ha caracterizado a los daños ambientales como delitos masa o de víctimas indeterminadas, cuya afectación posee la particularidad de que no permite conocer de antemano la entidad del perjuicio que ocasionará, ni la cantidad de personas que afectará. Además, por ser un delito con potencialidad de poseer efectos permanentes o al menos sostenidos en el tiempo, no se agota o limita a la afectación de las personas existentes en el momento de su comisión, pues tiene entidad para afectar a las generaciones futuras.

(38) Corte Internacional de Justicia de Naciones Unidas, sentencia en la causa 'Plantas de celulosa en el río Uruguay' (Argentina c. Uruguay) de fecha 20 de abril de 2010.

(39) *Ibidem*.

Por tal motivo, la determinación de los daños provocados no debe limitarse a la medición efectuada en un primer momento, debido a que otra de las características del derecho penal ambiental está relacionada con el hecho de que el número de víctimas potenciales siempre es creciente. Ello dado que *“la contaminación del aire, el agua o el suelo no solo tiene efectos inmediatos en la población circundante donde tiene lugar el epicentro contaminante, acarreando así muertes, lesiones o alteraciones genéticas, sino que los efectos a mediano y largo plazo también son significativos”*⁴⁰. En similar sentido se puede referir a las afectaciones que genera la falta de la planificación territorial en el desarrollo urbanístico; pues una vez que la ciudad se expande, solo un desastre natural permanente (como podría ser la inundación de ese terreno), tiene entidad suficiente como para retrotraer el avance de la ciudad efectuado sobre la naturaleza.

Con relación a la competencia para regular dicha materia

En función del carácter federal, del sistema de gobierno de nuestro país, conforme al cual, la regulación de la temática ambiental, puede recaer tanto en el gobierno nacional, provincial o municipal según el caso, se genera otro punto a considerar, respecto a la sanción penal de aspectos vinculados con la planificación territorial y el urbanismo. En tal sentido, se debe reparar en el hecho de que las facultades para regular la planificación urbanística no han sido delegadas al gobierno federal, por lo que pertenecen a las facultades que las provincias se han reservado para sí.

Este aspecto, podría llevar a considerar que la previsión de sanciones penales vinculadas a tales aspectos constituiría una intromisión indebida de la Nación sobre las competencias que las provincias expresamente se han reservado (art. 121 Constitución Nacional), dado que dicha planificación urbanística, solo tendría entidad para afectar un recurso que le es propio, tal como se desprende del art. 124 de la Constitución Nacional, que prevé que *“(c)orresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”*.

Sin embargo, cabe precisar que no se trataría de una intromisión por parte de la Nación sobre el ordenamiento administrativo que ha efectuado la provincia, por el contrario, la normativa penal operaría reforzando dichas previsiones, al potenciar el efecto disuasivo de las conductas que tiendan a desconocer la normativa local, siendo competente para entender en la acción penal que surja de la comisión de tal conducta, por regla los tribunales locales y, en aquellos casos en que el territorio afectado sea interjurisdiccional, o esté afectado a una finalidad nacional (bosques nativos, Ley 26331, Parques nacionales, Ley 22351 etc.), será competencia de los tribunales federales. Con ello, puede advertirse que no se produciría afectación alguna a las jurisdicciones locales, al contrario, se refuerza la tutela local dictada como correlato del principio de complementariedad que rige en materia ambiental, principio que reconoce el derecho de las provincias a establecer, por encima de los

(40) *Ibidem*.

contenidos mínimos regulados por la Nación, previsiones más estrictas, pues apunta a la optimización de la tutela ambiental en resguardo de las características específicas, geográficas, climáticas, poblacionales y socioculturales del entorno provincial⁴¹.

Sobre este punto se ha pronunciado nuestro Máximo Tribunal (en la causa registrada bajo el número CSJ 1666/2016/RHI), siguiendo el criterio del Procurador General de la Nación, el cual expuso que: *“Si bien la obra proyectada se realizaría sobre recursos hídricos que nacen y concluyen dentro del territorio de la provincia actora, lo cierto es que las autoridades nacionales resultan competentes para adoptar un temperamento protector del medio ambiente en ejercicio de facultades precautorias ante una situación de peligro como la que se presenta en el sub lite”*. Continuó detallando que: *“La titularidad de los recursos naturales que contempla el art. 124 de la Constitución Nacional a favor de las provincias no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción que corresponde al Estado Nacional en materia ambiental”*. Además, aludió al hecho de que *“(…) el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316), calificación que cambia sustancialmente el enfoque del problema cuando son múltiples los afectados y comprende una amplia región (...). La regulación jurídica del agua ha cambiado sustancialmente en los últimos años basándose en un paradigma eco-céntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente (v. sentencia de diciembre de 2017, en la causa ‘La Pampa’ antes citada)*⁴².

En otro precedente, en el cual se debatía sobre a qué autoridad le correspondía el control y fiscalización de una empresa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo *“la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse”*⁴³. Sobre dicha base, indicó: *“Que el ejercicio de las competencias concurrentes que la Constitución Nacional consagra en los arts. 41, 43, 75, incs. 17, 18, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad*

(41) Del dictamen fiscal emitido en el marco de la causa CSJ 1666/2016/RHI “CEMINCOR y otro el Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”; dictamen emitido el 19/10/2018.

(42) CSJ 660/2012 (48-C)/CS1 ORIGINARIO Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad; de fecha 11 de Marzo de 2021.

(43) Fallos: 306:1883; causa CSJ 1110/2003 (39-P)/CS1 “Pescargen S.A. y otra c/ Chubut, Provincia del s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 18 de septiembre de 2012, y CSJ 62/2010 (46-E)/CS1 “Empresa Pesquera de la Patagonia y Antártida S.A. c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 29 de abril de 2015, y Fallos: 334:891, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.

*en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la protección del medioambiente, sin perjuicio del poder de policía que, en primer término, está en cabeza de las provincias. Este tipo de complementación a nivel constitucional es el que se dispone en el art. 41 de la Constitución Nacional*⁴⁴.

VI. El modelo español de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo

En España, la importancia de la temática abordada en el presente trabajo es ejemplificativa, pues el legislador le ha otorgado todo un capítulo entero a la regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo⁴⁵.

Por tal motivo, consideramos relevante analizar algunos aspectos de la modalidad con la que el legislador español ha pretendido abordar la cuestión. El primero de los delitos tipificados, en el Capítulo 1 del título en cuestión, se encuentra numerado como artículo 319 y posee cuatro incisos, siendo que en los dos primeros se regulan las prohibiciones, en el tercero se prevén medidas para reparar el daño causado, mientras que en el cuarto inciso se extiende la responsabilidad a las personas jurídicas. Por su parte, en el art. 320 se prevén sanciones para los funcionarios públicos que intervengan en la comisión de tales ilícitos.

VI. 1. La sanción a los particulares que lleven a cabo las tareas ilícitas

Art. 319: 1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores,

(44) CSJ 1045/2007 (43-P)/CS1 ORIGINARIO Papel Prensa S.A. e/ Estado Nacional (Buenos Aires, Provincia de, citada 3°) s/ acción meramente declarativa. Sentencia de fecha 03 de noviembre de 2015.

(45) Particularmente, dicha temática conforma el primer capítulo del Título XVI del Código Penal español.

constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. *En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.*

4. *En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.*

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Bien jurídico protegido

El término complejo “ordenación del territorio”, constituye el género al que pertenece la especie urbanismo, el cual puede ser definido como “el sector de la ordenación del territorio que viene a cumplir las funciones de: a) creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población; b) ordenación y gestión jurídica de las actividades de planeamiento territorial, régimen del suelo, ejecución de construcciones y edificaciones, etc.; c) y todo ello con la finalidad específica de hacer posible la vida en común de los hombre en una sociedad urbana”⁴⁶.

En base a ello, la jurisprudencia Española, lo ha definido como un bien jurídico colectivo, de un “interés difuso” cuyo titular es la sociedad⁴⁷, que además de proteger la “forma” del urbanismo (las normas reguladoras de carácter administrativo). a través de ella defiende la materia, consistente en la utilización racional del suelo orientado a los intereses generales contenidos en la ordenación del territorio, res-

(46) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de junio de 2003. Citada en la Tesis de Doctorado de SANCHEZ Robert (2012) “Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto” consultable en <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/22248/20981193.pdf?sequence=1>

(47) Conforme STS 363/2006 de 28 de marzo [LA LEY 154860/2006] y SAP de Málaga de 19 de abril de 2006 [LA LEY 174273/2006].

petando la calidad de vida y el hábitat de los seres humanos, al estar relacionado con los demás bienes jurídicos del título⁴⁸.

Sujetos activos

La norma en cuestión contiene diversas conductas, en el primer inciso, se identifica como sujeto activo al promotor, que puede ser identificado como aquel que promueve o promociona profesionalmente la labor de otra persona o la construcción en sí misma. También se sanciona al constructor, que es quien lleva a cabo las labores tendientes a hacer efectivo el proyecto de edificación, según la jurisprudencia española, tiene entidad para abarcar a cualquier persona con esa dedicación aun cuando sea con carácter ocasional, incluido el particular que construye para sí mismo, al prever en forma independiente a los técnicos directores, el término constructor no tendría una connotación técnica como el de arquitecto, proyectista u otros profesionales que han de tener una profesionalidad acreditada mediante el correspondiente título académico⁴⁹. Dicha concepción no se ve modificada por el hecho de que la norma prevea pena de inhabilitación especial, dado que esa sanción se aplicará sólo cuando el autor se haya valido del título habilitante para la consumación del ilícito⁵⁰.

Con relación a la participación criminal, la jurisprudencia ha considerado instigador al beneficiario de la licencia ilegal, cooperadores necesarios a los funcionarios que concedieron la licencia y autor en régimen de comisión por omisión, al celador que nada hizo por parar las obras, conociendo su ilegalidad⁵¹.

Conductas típicas

Las conductas típicas están configuradas por las acciones de llevar a cabo *obras de urbanización, construcción o edificación*, con lo cual se advierte una previsión amplia que no se limita a la construcción de viviendas, sino que abarca cualquier construcción o edificación que se realice sobre el territorio. La norma pretende evitar la realización de obras permanentes como habitáculo con finalidad de vivienda o de realización de alguna actividad económica primaria, industrial o de servicios⁵².

(48) Conforme SSAP de Baleares de 14 de julio de 2003 [LA LEY 122780/2003], de Alicante de 23 de junio de 2006 y Castellón de 31 de mayo de 2005, entre otras [LA LEY 121982/2005].

(49) Conforme pronunciamientos 1250/2001, de 26 de junio [LA LEY 6955/2001], y 690/2003, de 14 de mayo [LA LEY 2581/2003], y SAP de Jaén, Sec. 2ª, de 27 de enero de 2009 [LA LEY 9735/2009], entre otras muchas.

(50) AAPP de Jaén, Sec. 1ª, de 4 de septiembre de 2000 [LA LEY 108/2001], y Sevilla, Sec. 3ª, de 19 de septiembre [LA LEY 204003/2008], y 19 de noviembre de 2008 [LA LEY 241507/2008].

(51) SAP de Baleares, Sec. 2ª, de 23 de mayo de 2007.

(52) SSAAPP de Córdoba, Sec. 1ª, de 26 de mayo de 2005 [LA LEY 13777/2005], de Jaén, Sec. 2ª, de 18 de enero de 2007 [LA LEY 1229/2007], de Las Palmas, Sec. 2ª, de 21 de noviembre de 2008 [LA LEY 281759/2008].

En la práctica, los tribunales han hecho extensiva su aplicación a la instalación de casas prefabricadas transportables, si para su instalación se realizaron obras de construcción de pilares y muros de contención⁵³.

Sin embargo, deben quedar descartadas las obras de reparación o rehabilitación de instalaciones ya existentes⁵⁴, o la construcción de muros sin vocación de permanencia⁵⁵ y también resultaría atípica la inadecuación de la obra a la licencia concedida, siempre que tal inadecuación no implique extender la obra a territorio no urbanizable, en los términos de la normativa analizada⁵⁶.

La condición de especial protección (inciso 1) o de no urbanizables (inciso 2) son elementos jurídico-normativos que deben verificarse en el ámbito de la normativa (disposiciones administrativas o legales) urbanística o protectora del ambiente natural o cultural.

En cuanto a los términos “no autorizada” empleado en el primer inciso y “no autorizable” en el segundo apartado del artículo, podría responder al hecho de que la especial afectación de los terrenos, consignados en el primer inciso, impediría efectuar allí cualquier construcción o edificación que no haya sido previamente autorizada en base a las finalidades a las que se encuentra afectado el territorio en cuestión. Mientras que el segundo inciso, al versar sobre suelo no urbanizable, lo que se sanciona es cualquier expansión que pretenda realizarse sobre los mismos, impidiendo que se pretenda regularizar posteriormente, una vez concretada la obra.

Ello atento a que, la construcción o edificación no autorizada pero autorizable constituiría un mero ilícito administrativo, por tener un carácter meramente formal sin alcanzar una afectación material del bien jurídico al ser subsanables tales infracciones bien obteniendo la licencia que no se tuvo, bien realizando los retoques correspondientes en la edificación⁵⁷. No autorizable supone que no es posible una posterior legalización de la edificación o construcción, por la gravedad de las infracciones legales cometidas, sin que se puedan considerar como enervantes de tal condición futuras e inciertas hipótesis de regularización como el cambio de planeamiento, la ampliación de la superficie del terreno adquiriendo alguno de

(53) SAP de Pontevedra, Sec. 4ª, de 17 de abril de 2009 [LA LEY 55452/2009].

(54) SSAP de Valencia, de 8 de septiembre de 2004 [LA LEY 185030/2004], de Jaén de 25 de marzo de 2002 y de Granada de 23 de junio de 2006 [LA LEY 147327/2006].

(55) A de la AP de Murcia de 3 de abril de 2006 [LA LEY 42871/2006], SSAAPP de Alicante de 9 de febrero de 2005 [LA LEY 31895/2005], y de Gerona de 28 de julio de 2005 [LA LEY 166304/2005].

(56) SAP de Madrid de 5 de enero de 2007 [LA LEY 31866/2007].

(57) SSAAPP de Jaén, Sec. 2ª, de 18 de enero de 2007 [LA LEY 1229/2007], de Córdoba, Sec. 1ª, de 26 de mayo de 2005 [LA LEY 13777/2005], de Baleares, de 14 de julio de 2003 [LA LEY 122780/2003], de Madrid de 31 de mayo de 2005 [LA LEY 121884/2005], de Castellón de 30 de enero de 2006 [LA LEY 12256/2006] y de Granada, Sec. 2ª, de 11 de enero de 2008 [LA LEY 139184/2008].

los colindantes, un posible cambio del planeamiento o la destrucción de parte de lo construido⁵⁸.

Mínima intervención y tipos penales en blanco

Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia, la incidencia del Derecho penal en materia ambiental urbanística se rige por los principios de legalidad y mínima intervención, que corresponde determinar al poder legislativo⁵⁹, por lo que solo revestirán la calidad de injustos penales aquellas construcciones o edificaciones que no constituyan meras afectaciones formales a las prohibiciones dispuestas, sino graves e intolerables afectaciones, capaces de generar un efectivo perjuicio al bien jurídico⁶⁰.

Lo que no implica necesariamente que se deba concretar ese perjuicio o lesión al ambiente para dotar de tipicidad a la conducta, pues se trata de un tipo penal de peligro abstracto. Siendo ello así, se advierte que estos tipos penales contienen elementos jurídico-normativos de carácter urbanístico administrativo, por lo que se trataría de normas penales en blanco, cuyo contenido será determinado por la regulación urbanística de la órbita con competencia para regular o determinar los suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o considerados de especial protección (inc. 1) o los suelos no urbanizable (inc. 2)⁶¹.

Reparación mediante la demolición

En la *legislación española*, la demolición no se encuentra prevista como una pena accesoria, sino como una modalidad de reparación del daño ocasionado y su aplicación se ha efectuado respetando el carácter excepcional y la necesidad de motivación específica valorando las circunstancias en cada caso concreto⁶², debiendo ajustarse el principio de proporcionalidad⁶³. Por tal motivo, se ha omitido su

(58) SSAAPP de Jaén, Sec. 1ª, de 14 de junio de 2002 [LA LEY 7186/2002], de Palencia de 14 de marzo de 2000 [LA LEY 8402/2000] de Tenerife de 28 de marzo de 2003 [LA LEY 60654/2003].

(59) STS 363/2006, de 28 de marzo [LA LEY 154860/2006].

(60) STC 24/2004, de 24 de febrero [LA LEY 17014/2004]. En similar sentido, STS 1250/2001, de 26 de junio [LA LEY 6955/2001] y SAP de Tenerife, Sec. 5ª, de 30 de junio de 2008 [LA LEY 284453/2008].

(61) STS 1067/2006, de 17 de octubre [LA LEY 120019/2006; SAP de Sevilla, Sec. 3ª, de 4 de noviembre de 2008 [LA LEY 241480/2008].

(62) SSAAPP de Córdoba, Sec. 2ª, de 2 de julio de 2008 [LA LEY 238802/2008], y de Cádiz, Sec. 4ª, de 21 de enero de 2008 [LA LEY 93903/2008].

(63) SAP de Jaén, Sec. 3ª, de 29 de enero de 2009 [LA LEY 32217/2009].

aplicación, cuando carecía de sentido sea porque existían otras edificaciones o por no alterar la configuración de la zona⁶⁴.

La demolición, además de perseguir una finalidad ejemplificativa, demuestra que el objeto de protección de la ley no es la mera formalidad del trámite administrativo, pues de lo contrario, prevalecería la voluntad del infractor sobre la ley y sobre el ambiente, consintiéndose la afectación, si el infractor cumple la pena. La demolición implica la restauración del orden jurídico conculcado. En la práctica, para determinar la necesidad de la demolición, se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción, la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor en caso de implicarse solo intereses económicos o de verse afectados derechos fundamentales (como el uso de la vivienda propia), la naturaleza de los terrenos en que se llevó a cabo la construcción tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, entre otros⁶⁵.

Llevado el tema al marco del *derecho nacional argentino*, la demolición se advierte como una sanción de previsión necesaria atento a la materia bajo análisis y la manda constitucional prevista en el art. 41 Constitución Nacional que expresamente menciona: “*El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley*”. En similar sentido, el art. 29 del Código Penal prevé que “*la sentencia condenatoria podrá ordenar: 1. La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias*”, y los arts. 31 y 32 establecen que la obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito y se extiende a aquellos que por título lucrativo participen de los efectos de un delito.

Con similar criterio regula la cuestión la Ley general del ambiente (Ley 25675), que en su art. 4 prevé: “*Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan*”, y su art. 28 establece: “*El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder*”.

(64) SSAAPP de Cádiz, Sec. 1ª, de 28 de enero de 2009 [LA LEY 31109/2009], de Jaén, Sec. 3ª, de 29 de enero de 2009 [LA LEY 32217/2009], de Almería, Sec. 2ª, de 16 de febrero de 2009 [LA LEY 50778/2009], y de Sevilla, Sec. 7ª, de 24 de abril de 2009 [LA LEY 83564/2009].

(65) STS, Sala IIª, 691/2019 de 11 de marzo de 2020.

VI.2. La sanción a los funcionarios públicos que intervengan

En un artículo independiente, el código español sanciona la intervención de los funcionarios públicos en esta clase de ilícitos, así, el Artículo 320 prevé:

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia

Bien jurídico

Si bien en este supuesto, el bien jurídico protegido continúa siendo el ambiente, en este apartado, se pretende garantizar su protección, por medio del correcto funcionamiento de la administración pública urbanística, pretendiendo asegurar la legalidad en el control de la ordenación y el uso del territorio.

Como puede advertirse, para el legislador español, el correcto funcionamiento de los organismos administrativos de contralor resulta indispensable para evitar la comisión de los ilícitos investigados y con ello evitar la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Por ello, la autonomía otorgada al tipo penal en cuestión, permite sancionar al funcionario que –ilegalmente–, habilite o permita la realización de obras de urbanización, construcción o edificación en lugares no autorizables, incluso independientemente de que la obra se haya comenzado a ejecutar.

Elementos objetivos

En lo que hace a la conducta típica, el inciso primero sanciona al funcionario público que debiendo advertir la ilegalidad del proyecto de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, omite hacerlo o conceda o habilite excepciones contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, u omite la realización de inspecciones o habiéndolas efectuado no informe debidamente la infracción detectada.

Como puede advertirse, en nuestra legislación local, tales conductas podrían quedar comprendidas dentro del incumplimiento de los deberes del funcionario público (249 CP), abuso de autoridad (248 CP), falsedad ideológica (293 del CP), sin embargo resulta acertada la previsión española, al reforzar específicamente la protección del bien jurídico, focalizada en la disuasión de tales conductas y facilitando la aplicación de la sanción al concentrar en un único inciso, las diversas modalidades delictivas en las que podría incurrir el funcionario.

Disposiciones complementarias

Además de la previsión de las normas penales analizadas, la importancia de la temática y de los fines de reparación o recomposición, ha determinado la necesidad de implementar medidas complementarias a las sanciones detalladas, normas procesales y criterios de oportunidad, tendientes a garantizar la aplicación uniforme de tales disposiciones, con miras a fortalecer la prevención y la reparación antes que el castigo.

Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el artículo 339 del Código Penal Español, que dispone *“Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”*.

Por su parte, el art. 340 contempla criterios de oportunidad al prever la posibilidad de disminuir la sanción aplicable al autor de los hechos, cuando hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado.

VII. Consideraciones finales

Como puede advertirse de la regulación española, la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un simple aspecto administrativo, vinculado a problemas de habilitación de construcciones y edificaciones. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de dicho país, que tiene dicho que en materia urbanística se determina el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general, además determina el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellos viven, la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen que coexistir, buscando el ser humano el equilibrio mismo con el ambiente que le rodea y en el que vive⁶⁶.

Todo ello requiere una debida planificación y el sometimiento riguroso a las normas que se desprendan de dicha estrategia. La protección penal que se ha instaurado en los códigos no se proyecta sobre la normativa urbanística como un elemento formal, o meramente instrumental para la ordenación constructiva de las

(66) STS, Sala IIª, 691/2019 de 11 de marzo de 2020.

edificaciones e instalaciones artificiales que se integran en el espacio natural, sino que lo hace con el fin de garantizar la “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” prevista en los arts. 45 y 47 de la Constitución Española⁶⁷. Ello, pues su lesión tiene entidad para perjudicar a toda una colectividad. Por ello es necesaria la protección penal, pues no se trata de una mera infracción administrativa o del interés particular de un ciudadano, por el contrario, esos actos afectan intereses supraindividuales o colectivos.

Propuesta para una futura reglamentación

En Argentina, si bien la ley 25675 prevé en su art. 11, la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) como procedimiento obligatorio para toda obra o actividad que sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa. Este estudio tiene por finalidad identificar, predecir, evaluar y mitigar los potenciales impactos que un proyecto de obra o actividad puede causar al ambiente en el corto, mediano y largo plazo. Se trata de un procedimiento técnico-administrativo con carácter preventivo. Sin embargo, tal como se expuso al comienzo, pese a la vigencia de la norma, los proyectos continúan realizándose, sin el cumplimiento de dicha medida⁶⁸.

En función de ello, se advierte que el trámite previo administrativo, resulta insuficiente para evitar el desarrollo de las obras potencialmente dañinas para el ambiente y por ello se torna necesario reforzar tal previsión por medio del derecho penal, en un sentido similar al adoptado por la legislación española. Por lo que, si bien, advertimos que resultaría necesaria una modificación integral del Código Penal, con la incorporación de un capítulo específico, relativo a los delitos contra

(67) *Ibidem*.

(68) A modo de ejemplo, de obras realizadas sin el previo estudio de impacto ambiental, se puede citar: la construcción de un proyecto inmobiliario en la ribera del Río Gualaguaychú; conforme se desprende de la causa de la CSJN “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, Autos CSJ 714/2016/RH1 de fecha 11 de julio de 2019. En similar sentido, la construcción de una central termoeléctrica en el Partido de Pilar, provincia de Buenos Aires, conforme se desprende del dictamen fiscal en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “JUVEVIR ASOCIACIÓN CIVIL Y OTROS c/ APR ENERGY S.R.L. s/ INC APELACION” Fallos: 343:1859 de fecha 03/12/2020. Otro ejemplo, lo constituyen las obras de Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner – Gobernador Jorge Cepernic conforme el Fallo de la CSJN en autos “FUNDACIÓN BANCO DE BOSQUES PARA EL MANEJO SUSTENTABLE DE LOS RECURSOS NATURALES DEMANDADO: EN - PEN - M PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN P Y S Y OTROS s/ INC APELACIÓN”: Fallos: 343:1332; de fecha 22/10/2020. En el mismo sentido, el proyecto de construcción de una represa sobre el Arroyo Ayuí Grande, en el fallo de la CSJN en autos “Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, Fallos: 344:251 de fecha 11/03/2021. La obra tendiente a proveer de agua al Acueducto del Río Colorado desde el Valle Argentino en la provincia de La Pampa “De Aguirre, Maria Laura y otro c/ La Pampa, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/ Amparo Ambiental”, Fallos: 344:494; de fecha 08/04/2021, entre muchos otros.

el ambiente, la dilación temporal que ello implicaría, conllevaría el riesgo de desprotección del bien jurídico.

En ese marco, consideramos que el tipo penal que regule los aspectos que fueron objeto del presente trabajo podría ser redactado de la siguiente manera:

Será reprimido con prisión de tres a seis años, multa de dos a cinco veces el valor total estimado del proyecto a realizarse, e inhabilitación especial para profesión u oficio de tres a seis años, quien promueva, financie, ofrezca a la venta, planifique, proyecte, diseñe, dirija y/o ejecute, obras de urbanización, construcción o edificación no autorizadas o excediendo o desvirtuando la autorización otorgada y/o sin efectuar la correspondiente Evaluación de Impacto Ambiental.

Quienes participen de las tareas de preparación del terreno, sea por desmonte, deforestación, aplanamiento, etc., y quienes se desempeñen como obreros en las tareas de construcción, serán sancionados con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de tres a doce salarios mínimos vitales y móviles, cuando por las particularidades del caso conocieren o pudieran haber conocido las irregularidades de las obras que ejecutaban.

Estarán exentos de responsabilidad penal los miembros de pueblos indígenas que efectúen construcciones propias de la arquitectura tradicional de su comunidad, en los territorios cuya posesión les haya sido entregada de conformidad con las previsiones del Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional. Como así también, aquellas viviendas precarias que se realicen a modo de expansión de barrios marginales, o que den lugar a nuevos asentamientos; sin perjuicio de las penalidades previstas en los Arts. 181 del CP que pudieran corresponder y de ordenarse la relocalización de las personas y destrucción de las construcciones que puedan poner en peligro al ambiente o a las personas.

El funcionario público, que incumpliendo los deberes a su cargo, omitiere realizar inspecciones o habiéndolas efectuado omita informar u observar irregularidades; informe favorablemente o apruebe proyectos de construcción o urbanización que no cuenten con la correspondiente Evaluación de Impacto Ambiental o posean defectos que puedan implicar consecuencias para el ambiente o sus componentes, será sancionado con penas de prisión de dos a seis años, multa de doce a veinticuatro salarios mínimos vitales y móviles e inhabilitación especial por el doble de tiempo de la condena. En la misma pena incurrirá el que, con el fin de lograr la aprobación, por cualquier medio induzca a error a los funcionarios o les prometa, ofrezca o entregue dinero u otras dádivas.

Las personas jurídicas serán responsables por las conductas previstas en los párrafos precedentes, cuando hubieren sido realizadas, directa o indirectamente, con su intervención, o en su nombre, interés o beneficio. A tales fines, serán de aplicación, las previsiones de la Ley 27401.

Quienes oportunamente, pongan en conocimiento de las autoridades correspondientes la planificación, o comienzo de ejecución de las obras en cuestión, estarán exentos de

las penalidades previstas en esta ley, previa restitución de la totalidad del beneficio que hubiera obtenido por su participación en los hechos.

En todos los casos, el magistrado deberá ordenar, en forma cautelar la paralización de las tareas de construcción y en los casos en que exista un riesgo o peligro inminente para el ambiente o las personas deberá disponerse la demolición de las obras y la reposición a su estado originario. Dichas medidas estarán a cargo de los autores de los hechos investigados o terceros que hayan intervenido o se hayan beneficiado económicamente de tales conductas, resultando de aplicación las disposiciones del art. 4 y 28 de la Ley N° 25675. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito de conformidad a lo dispuesto en el art. 23 del Código Penal.

Si bien, no escapa a nuestra consideración la extensión de las previsiones detalladas, entendemos que ellas resultan indispensables para abordar en forma integral la problemática analizada. Además de ello, las diversas conductas detalladas podrían disponerse en diversos artículos e incisos, al igual que los puntos vinculados a los criterios de oportunidad y aspectos procesales, como así también las previsiones relativas a la responsabilidad de las personas jurídicas, deberían formar parte de la regulación general del capítulo específico sobre materia ambiental que se incluiría dentro de una futura modificación integral del Código Penal.

Conclusión

Como hemos podido advertir, durante el desarrollo del presente trabajo, la protección penal de la materia ambiental en Argentina se ha limitado a la regulación de las actividades de producción de bienes y servicios y extracción de materias primas, sin profundizar debidamente sobre la importancia que la planificación territorial y el urbanismo poseen para la temática.

Se ha podido comprender, que la regulación administrativa actual, carece de los efectos disuasivos necesarios para desalentar las prácticas de las grandes empresas que con el objetivo de obtener cuantiosas ganancias, no tienen escrúpulos en avanzar sobre el ambiente, alterándolo de manera irreversible, afectando los servicios ambientales que los ecosistemas brindan a la sociedad, como la regulación hídrica, la conservación de la biodiversidad, la conservación del suelo y de calidad de agua, la fijación de emisiones de gases con efecto invernadero, la contribución a la diversificación y belleza del paisaje y la defensa de la identidad cultural. Dicha situación tampoco se ha visto modificada por las previsiones legales como la Ley de Bosques Nativos 26331 o de Parques Nacionales 22351 y tampoco las normas penales actuales, que podrían llegar a ser aplicadas (incendios y otros estragos punibles), resultando suficientes para hacer frente a la problemática analizada en el marco del presente trabajo.

Sobre tal panorama, podemos afirmar que el derecho penal se presenta como una herramienta necesaria para reforzar la tutela del bien jurídico en cuestión y desalentar el ánimo de lucro que motiva a las grandes empresas a llevar a cabo estas maniobras. Como así también, que el empleo del derecho penal -para regular estas conductas- no se ve afectado por una posible concepción antropocéntrica o restrictiva del bien jurídico tutelado, tampoco impide su empleo el hecho de que los principales sujetos activos sean personas jurídicas, o que su aplicación requiera una necesaria interrelación con el derecho administrativo. Como así también, no constituye ningún óbice, el hecho de que su aplicación se anticipe a la existencia efectiva del daño. Ello, por un lado, debido a que esa función persigue justamente los delitos de peligro abstracto y ello resulta necesario en función del principio precautorio que guía la materia ambiental y debido a que, tal como se expuso, las afectaciones que se producen sobre el ambiente, pueden demorar en evidenciar el daño que generan, pero este puede resultar de tal magnitud que, cuando se evidencie, ya sea irreversible o de muy compleja reparación. También se ha precisado que la previsión de normas penales sobre estas conductas, de modo alguno implica avasallar la esfera de competencias reservadas de las provincias.

Finalmente, hemos podido observar la forma en que el legislador español ha regulado esta materia y la modalidad en la que los tribunales de dicho país la aplican. Resultando ejemplificativos los aspectos vinculados a la necesidad de sancionar no solo las conductas de quienes llevan a cabo materialmente las conductas de construcción o edificación (promotores, constructores o técnicos directores), sino también de ampliar las sanciones a las personas jurídicas que financien o promuevan dichas actividades y a los funcionarios públicos que hayan autorizado, facilitado o encubierto la comisión de tales ilícitos. También resulta acertada la previsión española tendiente a garantizar la reparación de la afectación, por medio de la demolición de las obras efectuadas en infracción a la normativa y las habilitaciones otorgadas al magistrado para disponer medidas cautelares, con miras a restaurar el equilibrio ecológico perturbado.

En función de todo lo expuesto, podemos advertir que resulta necesaria la previsión de tipos penales específicos sobre esta materia, que abarquen los aspectos analizados y abordados en la propuesta de legislación realizada. Entendemos que, los aspectos detallados en ese punto, resultan de suma utilidad para garantizar una mayor tutela sobre el ambiente que refuerce la prevención general, tendiente a disuadir la comisión de estos ilícitos y con ello, los avances desmesurados sobre territorios indispensables para garantizar el equilibrio ecológico y con ello la salud, el bienestar de la población tanto para quienes habitamos actualmente este suelo, como para las futuras generaciones.