

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

VOL. VI • Nº 2 • NUEVA SERIE II (2015)

ISSN 1850-9371



*Incorporada a LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadadas) (Nivel I)
*Incorporada al NÚCLEO BÁSICO DE REVISTAS CIENTÍFICAS ARGENTINAS - CAICYT
ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea)

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN LA CUESTIÓN AMBIENTAL: EL CASO BARRIO ITUZAINGÓ ANEXO DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA*

THE PRINCIPLE OF HARMFULNESS IN ENVIRONMENTAL ISSUE:
THE CASE ITUZAINGÓ ANNEX SECTOR OF THE CITY OF CORDOBA

*Santiago Truccone Borgogno***

Resumen: El presente escrito pretende analizar el principio de lesividad en un concreto ordenamiento legal como es el argentino. Para ello se utilizará al caso “Barrio Ituzaingó anexo de la ciudad de Córdoba”. Se intentarán evaluar los argumentos del tribunal a los fines de dilucidar si son acordes con lo que el ordenamiento constitucional argentino permite. Asimismo, se introducirá un inconveniente -el problema de la no-identidad- el que nos dejará frente a una situación dilemática.

Palabras-clave: Principio de Lesividad - Medioambiente - Precaución - Problema de la no-identidad - Daño.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the harmfulness principle in a particular legal system as the Argentine. For this, will be used the “Barrio Ituzaingó annex case to the Cordoba city.” We try to assess the court’s arguments in order to determine whether they are consistent with Argentine’s constitutional law allows. Moreover, a drawback is inserted -the non-identity problem- which will leave us with a dilemma.

Keywords: Harmfulness principle - Environment - Precaution - Non-identity problem - Harm.

Sumario: I. Introducción.- II. Los hechos.- III. El fallo.- IV. El principio de lesividad en la Constitución Nacional Argentina.- V. Ambiente como bien jurídico. A. El ambiente como bien jurídico a la luz del principio de lesividad.- VI. Relación de causalidad y principio de precaución. A. El principio de lesividad y el de precaución.- VII. Daño a los vivos y a los no concebidos. A. Daño a sujetos vivos. B. Daños a sujetos aún no concebidos. 1. Problema de la no-identidad (N.I.).- VIII. Bibliografía.

* Trabajo recibido el 21 de agosto de 2015 y aprobado para su publicación el 22 de septiembre del mismo año.

** Abogado (UNC); Magister en Derecho Penal (U. Salamanca); Becario Doctoral CONICET; Adscripto de Derecho Penal I, II y Ética de FDyCS (UNC-Argentina) Miembro del programa de Ética y Teoría Política (UNC- <http://deepolitica.wordpress.com/>); santiagotruccone@gmail.com

I. Introducción

La cuestión ambiental es una de aquellas que, en el inicio del siglo XXI, más ha llevado a cuestionar los supuestos sobre los cuales están edificadas las instituciones públicas. El derecho penal, no se ha quedado al margen de tal cuestionamiento dado que sus bases teóricas encuentran raíces en épocas donde era impensado considerar que los hombres con su accionar, podrían ocasionar la destrucción casi total de su propio medio.

Si bien los fallos *ambientales* en la República Argentina cuentan con cierta trayectoria (1), el que se va a comentar posee la importancia de ser, sino el primero, de los primeros donde tal materia es planteada en el fuero penal. La referencia es al conocido como “caso de Barrio Ituzaingó Anexo, de la ciudad de Córdoba” (Argentina) (2). En éste, la Cámara 1° del Crimen de la ciudad de Córdoba (3), en un pronunciamiento dictado el 4 de setiembre de 2012, condenó a dos de los imputados por haberlos considerado responsables del delito de contaminación ambiental penado por el artículo 55 de la Ley de Residuos Peligrosos (ley N° 24041).

II. Los hechos

El barrio Ituzaingó Anexo, en las afueras de Córdoba, comenzó a padecer gran cantidad de enfermos de cáncer y niños con malformaciones. Sus habitantes miraron alrededor y comenzaron a encontrar las causas de tanto mal: al este, norte y sur había campos de soja sólo separados por la calle, y las fumigaciones con agro-tóxicos llegaban hasta las puertas de las viviendas. En el barrio Ituzaingó Anexo viven cinco mil personas, 200 de ellas padecen cáncer. Se constataron casos de jóvenes de 18 a 25 años con tumo-

(1) Entre los fallos más relevantes se pueden enunciar: Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de (16/05/1995 - Fallos: 318:992) sobre protección ambiental; Gardin, Jorge V. s/ inhibitoria (28/02/1995 - Fallos: 318:244), Averiguación s/ pta. Infracción ley 24051” (04/05/1995, Fallos: 318:854) y Lubricentro Belgrano s/ inf. Ley 24051 (15/02/1995 - Fallos: 323:163) referido a la ley de Residuos peligrosos; Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable (08/09/2003 - Fallos: 326:3051) por Daño ambiental y Gravamen irreparable; Municipalidad de Magdalena c/ Shell Compañía de Petróleo Sociedad Anónima, Shiffarts Gessell - Schaft M.S. Primus Co.” (19/11/2002 - Fallos: 325:3051) por responsabilidad por derrame de petróleo; Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica” (26/05/2010 - Fallos: 333: 748) referido a Medida cautelar, principio precautorio; Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional (B. 140 XLVII, 03/07/2012) medida cautelar sobre protección de los glaciares y del ambiente periglacial; hasta las mega-causas de contaminación de la cuenca Río Matanza-Riachuelo: Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (M. 1569. XL; ORI), pronunciamiento de fecha 20/06/2006 (Fallos: 326:2316) - hasta pronunciamiento de fecha 14/08/2012 por cumplimiento de la sentencia definitiva, intimación e informe; Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional, por Desmontes y talas, Pronunciamiento del 26/03/2009 (Fallos: 332:663) Medida cautelar por daño grave y afectación de generaciones futuras.

(2) Causa: “Gabrielli Jorge Alberto y otros p.s.a. Infracción Ley 24051” Fecha de la resolución: 4 de setiembre de 2012.

(3) Tribunal integrado por: Dr. Jorge Lorenzo Rodríguez, Dra. Susana Cordi Moreno y Dr. Mario Capdevila.

res en la cabeza, mortandad en chicos de entre 22 y 23 años. Además, malformaciones en niños recién nacidos tales como: una malformación renal no especificada, causa de una fatalidad. Un caso de polidactilia y cardiopatía, un caso de polidactilia aislada y un caso de tubérculo preauricular.

A causa de tales consecuencias, el asunto llega a los tribunales de la provincia de Córdoba, donde se constata que en las zonas aledañas al mentado barrio existían campos con cultivo de soja. Asimismo, que su propietario había efectuado fumigaciones con productos químicos de uso prohibido por la autoridad de aplicación, los que tenían la potencialidad de generar tales consecuencias. Así, se utilizó endosulfán, y glifosato, entre otros. El primero, el cual es usado como fuerte insecticida para el control de plagas, puede producir -si existe contacto con vida humana- deformidades congénitas, desórdenes hormonales, parálisis cerebral, epilepsia, cáncer y problemas de la piel, vista, oído y vías respiratorias. En cuanto al glifosato -que se comercializa en la Argentina bajo del nombre de Roundup, de la multinacional Monsanto- se sabe que si una mujer embarazada es expuesta a él, ya sea por pulverización aérea o terrestre y este llegara al embrión, en tres meses o hay muerte embrionaria con un aborto espontáneo, o si se salva, puede darse una malformación.

III. El fallo

El delito por el cual se condena a los imputados es el artículo 55 de la ley 24051, el cual prescribe que “Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 (4) del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión”.

El tribunal condena a dos de los imputados a una pena de tres (3) años de prisión en suspenso. A F. R. Parra por instigar a una persona a efectuar una fumigación terrestre utilizando productos químicos prohibidos, contaminando el ambiente de barrio Ituzaingó de un modo peligroso para la salud de sus habitantes, en febrero de 2004. Además, por realizar la misma conducta en enero del año 2008, respecto del otro condenado, E.J. Pancello quien efectúa una fumigación aérea utilizando productos químicos prohibidos.

El extenso fallo, de unas 655 páginas, es especialmente rico por la cantidad de temas vinculados con los derechos de las personas y la cuestión ambiental que lo atraviesan. Sin embargo, quizás, muchas de las consideraciones vertidas no pueden ser adoptadas sin más, dado que se cree que se han pasado algunas distinciones y discusiones por

(4) Código Penal Argentino (Libro II, Capítulo IV Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas): ARTÍCULO 200. - Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

alto; como así también otras aparecen mezcladas lo que dificulta su comprensión. En el fallo, se discute sobre si es necesaria la existencia de una relación de causalidad entre las conductas desplegadas por los condenados y los resultados lesivos para las personas, o si por el contrario es suficiente con que las conductas sólo tengan la potencialidad de ocasionar daño -en cuyo caso podrían ser castigadas en virtud de una violación al principio de *precaución*-. Asimismo, se considera relevante la afectación al ambiente como requisito para la imposición de una sanción penal. Sin embargo no resulta del todo claro si se entiende al Ambiente como un valor a proteger en sí mismo, o bien sólo lo es cuando su degradación puede afectar a la salud de las personas. Por último, dentro de los posibles daños acaecidos, se contemplan tanto aquellos padecidos por personas vivas, por fetos durante el embarazo, como así también por sujetos aún no concebidos en el momento de la realización de los actos contaminantes. Esto puede que no sea correcto, dado que en estos casos -a excepción del perjuicio a personas vivas- es discutible si existe siquiera la posibilidad de dañar.

Efectuadas estas consideraciones, entonces la tarea a proponer aquí es analizar por separado cada uno de los tres temas sugeridos. Así, en primer lugar se considerará la cuestión del reconocimiento del ambiente, o bien como valor en sí mismo, o como importante sólo en atención a que posibilita la vida de los seres humanos. Segundo, se hará referencia a la necesidad o no y de la relación de causalidad entre los hechos y los resultados. Tercero se indagará sobre la cuestión del posible daño a los tres grupos explicitados, a saber: personas vivas, concebidas y no nacidos.

Sin embargo, tal emprendimiento puede ser realizado desde cuatro ópticas diferentes: axiológica, constitucional, penal y empírica. La primera, pretende analizar cada uno de los problemas desde un determinado valor que se cree óptimo para evaluar el funcionamiento de las instituciones. La segunda, que es una tarea interna al derecho, pretende evaluar la corrección de la decisión judicial a la luz del concreto modelo constitucional en el que se enmarca. La tercera perspectiva es meramente sistemática y expositiva, y en el caso se trataría de ordenar los comentarios del fallo a la luz de lo dispuesto por el código penal y la ley 24051. La cuarta óptica es de índole empírica y busca describir los efectos que las consideraciones vertidas en la sentencia pueden tener en la realidad (5). El presente escrito será enfocado desde la segunda de las ópticas, es decir aquella que evalúa los argumentos y resoluciones vertidos en el fallo a la luz de un concreto modelo constitucional, en este caso, el argentino, particularmente con referencia al *principio de lesividad* reconocido por este. Razón por la cual, previo a comentar los tres puntos ya discriminados se hará una breve referencia al marco Constitucional Argentino aplicable al caso, específicamente en lo que respecta a la afectación a los derechos de las personas como requisito previo para legitimar cualquier actividad coercitiva (con mayor razón la penal) del Estado (6).

(5) Este esquema cuatripartito para el análisis de las instituciones jurídicas se corresponde con el efectuado por Ferrajoli al analizar la problemática del Bien jurídico. (FERRAJOLI, Luigi (1995[1989]), *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, pp. 470 y ss.

(6) Sin perjuicio de que, como se dijo, el análisis partirá de la Constitución Nacional Argentina, existe una superposición con el que podría realizarse desde una posición axiológica enmarcada en la

IV. El principio de *lesividad* en la Constitución Nacional Argentina

Se concibe a las personas como agentes sensibles a razones que, por tanto, poseen la aspiración de dirigir sus vidas a partir de sus propias consideraciones (7). Los estados liberales se caracterizan por reconocer el tal principio de *autonomía* de la persona. Esto, significa que cada quien tiene derecho de ser autor de su propia vida. Sin embargo, los Estados utilizan al derecho como medio de regulación de conductas y control social. Éste implica coerción, la cual implica que cuando es utilizada sobre alguna persona, su autonomía se ve disminuida. Este rasgo, por tanto requiere que la intervención coercitiva del Estado en la vida de las personas se encuentre justificada. El principio de *lesividad*, es el que marca el límite entre las situaciones que están vedadas de toda intervención, de aquellas en las cuales podría ser legítima. Así, el Estado sólo tendrá una razón para interferir en la vida de sus ciudadanos cuando uno de éstos frustre el interés racional que posee otro individuo de dirigir sus vidas a partir de sus propias consideraciones. Es decir, el Estado sólo puede interferir de manera coercitiva en la vida de un individuo cuando éste, con su accionar -doloso o imprudente- o bien impide que otro pueda realizar acciones de manera voluntaria; o bien, cuando aumenta las probabilidades de que otro sujeto adopte un curso de acción de forma independiente de su voluntad.

En la doctrina penal tal principio de *lesividad* ha sido identificado con el concepto de *bien jurídico* (8) y *principio del daño*, según se trate de posiciones dogmáticas de ascendencia continental o anglosajona, respectivamente. La mejor versión -y que no contradice la esencia del estado de derecho- del concepto de bien jurídico es aquella que lo entiende como medio que está al servicio de la autonomía individual. Así, una conducta constituirá un delito cuando implique la reducción del potencial de acción, jurídicamente reconocido de otra persona (9) (10). En tales casos, el Estado encontraría razones para intervenir de manera coercitiva contra el infractor. La versión más robusta del *principio del daño* anglosajona no se distancia mucho de la última conceptualización. Así, es un criterio orientado prioritariamente a asegurar las consecuencias de la

filosofía política liberal. Esto, dado que sus principios y valores son los que informan a la Constitución, en particular a su artículo 19.

(7) SELEME, Hugo O. (2010) "la legitimidad como autoría" en *Revista Brasileira de Filosofia RBF* 234, p. 82.

(8) El principio de *lesividad* ha sido conceptualizado como aquel según el cual "ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno individual o colectivo ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A, SLOKAR A. (2002) *Derecho Penal, parte general*, Ediar, Bs. As. p 127.

(9) ROBLES PLANAS, Ricardo (2012) *Límites al Derecho Penal: principios operativos en la fundamentación del injusto*, Atelier, Barcelona, p. 26.

(10) La conceptualización de Hassemer, que sostiene una teoría personal del bien jurídico, no difiere en mayor medida de la aquí propuesta ya que los entiende como "*intereses humanos que requieren protección estatal. Lo que significa que, ante todo, la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona*" en HASSEMER, Winfried (1989) "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en la Ciencias Penales*, Bs. As. [pp. 275-285] p. 282.

convivencia social, en cuanto los intereses primordiales de los individuos son protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que asegure la mayor optimización posible de las esferas de libertad para todos (11). En consecuencia, tanto las posiciones continentales, como las anglosajonas que dan a la libertad de los ciudadanos un lugar prioritario, consideran que el Estado sólo puede interferir de manera coercitiva en la libertad de las personas cuando el uso de la autonomía por parte de los sujetos impide que otros puedan ser *autores* de sus propias vidas. Es decir, mientras las personas -en ejercicio de su autonomía- no afecten o dañen intereses de terceros, de modo tal que dificulten o impidan que desarrollen sus propios planes de vida conforme a sus decisiones, sus acciones deben reputarse como privadas y por tanto sin ninguna trascendencia para los intereses del Estado. En otros términos, el Estado sólo puede intervenir en la vida de un sujeto, cuando éste ha ocasionado un daño o ha puesto en peligro un interés o un recurso (12) que es necesario para que otro sujeto pueda desarrollar su vida conforme a sus propios designios.

La Constitución Nacional reconoce tal principio de *lesividad* con fundamento en la *autonomía* de la persona del siguiente modo. La primera parte del artículo 19 prescribe: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*” (13). Así, positiviza el principio que indica que el Estado que sólo tiene razones legítimas para coaccionar a sus ciudadanos (a través de una pena o amenaza de sanción por ejemplo), cuando las acciones de las personas interfieran en la vida de las demás. La Constitución Argentina, por tanto, impide que las acciones “privadas” puedan ser accesibles al conocimiento de las instituciones.

Así, un Estado liberal, y el argentino en particular, dada la prescripción contenida en el artículo 19 de su Constitución, sólo legitima una prohibición penal -y posterior castigo- cuando una acción ha afectado a un tercero de modo que este no pueda ser autor de su propia vida. Asimismo, impide que el Estado intervenga cuando las acciones son *privadas*, es decir cuando sólo afectan al sujeto que las profiere. Esto dado que, como se sostuvo, el principio de *lesividad* se funda en la autonomía de la persona (14). De modo que sería contradictorio utilizar un principio fundado en la autonomía para atentar contra la misma autonomía que le sirve de fundamento.

(11) VON HIRSCH, Andrew (2007) “El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño” en Hefendehel Roland (ed) (2007) *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons, Barcelona, [pp. 37-52] p. 38.

(12) Aquí se utiliza la palabra recurso no en sentido material, sino para hacer referencia a derechos de las personas como así también a aquellos elementos (fácticos o normativos) que son necesarios para que puedan ejercerlos. Se sigue en este punto a von Hirsch, A. quien propone este criterio para interpretar el principio del daño estipulado por Feinberg. VON HIRSCH, ob. cit., pp. 37-52. p. 42.

(13) La segunda parte del artículo 19 establece: “*ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

(14) Esta interpretación es acorde a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en: CSJN Bazterrica29/11/1986; CSJN: Arriola, Sebastián y otros s/causa n°908025/08/2009.

V. Ambiente como bien jurídico

La protección del ambiente ha encontrado justificación desde dos concepciones teóricas generalmente enfrentadas. El *biocentrismo* (15) que sostiene que la biosfera y la naturaleza son entidades autónomas dignas de protección; y el *antropocentrismo* (16), postura según la cual la única razón para proteger el ambiente es la de su valor para el desarrollo humano. En el campo de la dogmática penal la tesis biocéntrica no encuentra muchos sostenedores. Ni siquiera Zaffaroni, quién se autodefine como partidario de tal tesis, tiene una postura totalmente biocéntrica (17). Así, por un lado conceptualiza la tesis de Lovelock, que parece tomar como punto de partida para la propia, del siguiente modo: “La tesis de Lovelock es que si perturbamos demasiado el equilibrio planetario, Gaia decidirá toser o estornudar y prescindir de nosotros rápidamente, para permitir a la vida recomponerse en otros seres complejos menos incómodos o más cooperadores” (18).

Posteriormente, en el mismo trabajo, arguye ya en expresión de sus propias ideas que:

“Nadie pretende que haya un organismo Tierra del que todos seamos parte y que un intérprete de éste nos esclavice pretendiendo asumir la voz. El Por el contrario: se trata de reconocer que debemos actuar respetando a otros seres con derechos y cuyo reconocimiento es condición de nuestra propia supervivencia, como especie independiente de otras y de otros entes terrenos en su existencia” (19).

El mentado autor, en el fondo, parece darle importancia a la protección del ambiente dado que ello es “condición de nuestra propia supervivencia,” lo que lo acerca a una posición *antropocéntrica*. Además de esta consideración de índole práctica, la visión biocéntrica si bien permite -con mayor facilidad- justificar tipificaciones que sólo puedan afectar medio natural, no es convincente desde que supone considerar al ambiente, es decir a animales, plantas, rocas, etc., como miembros de la comunidad moral, y por

(15) JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder S.A., Barcelona, 1995, p. 35.

(16) KINDHÄUSER, Ürs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista *InDret*, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>: último acceso 01/01/13; KUHLEN, Lothar, *Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung*. GA, ZStW, 1986; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Bs. As. BdeF 2° ed. 2008; ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en *RECPC* 04-08-02 <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 9.

(17) Hans Jonas, por su parte: *En la medida en que es el destino del hombre, en su dependencia con el estado de naturaleza, el referente último que hace del interés en la conservación de ésta un interés moral, también aquí ha de conservarse la orientación antropocéntrica de toda ética clásica* (JONAS, Hans) *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder S.A. Barcelona, 1995, p. 33).

(18) ZAFFARONI, E. R., *La pachamama y el humano*, Buenos Aires. Madres de Plaza de Mayo, 2012, p. 83.

(19) *Ibid.*, p. 134.

tanto sujetos y objetos de derechos y obligaciones. Asimismo, aun aceptando tal extremo, sería muy difícil concebir la posibilidad de restricción de la libertad personal de un sujeto, cuando su accionar no restringe la libertad o el ámbito de autonomía de otro.

El fallo bajo estudio, se pronuncia muy pocas veces sobre el asunto y no lo hace de manera coherente. Del voto del Dr. Lorenzo Víctor Rodríguez, pareciera desprenderse una concepción biocéntrica del ambiente como bien jurídico. Sostiene, haciendo propias las palabras de Carlos Creus que:

“La liberación de los residuos que alteran el estado preexistente del medio en que se vierte, debe tener entidad para poner en peligro la salud. Adita que la salud como bien jurídico protegido en este tipo, no está restringida a la protección del estado sanitario de la población, sino que se trata de una conceptualización más amplia comprensiva de la salud de todos los componentes vivos que interactúan en el ecosistema” (pp. 369-640).

Asimismo, el camarista sostuvo:

“Por otra parte, no es un delito de lesión, sino de peligro, que no exige que afecte a la salud, sino que posiblemente la afecte. Debe tratarse de residuo que antes de entrar en contacto con el elemento receptor ambiental, posea componentes que lo tornan peligroso para la salud de organismos vivos, lo que ha quedado fehacientemente demostrado con la prueba valorada en la parte pertinente de este pronunciamiento” (p. 640).

Se desprende de ambas citas una postura fuertemente biocéntrica. Al menos en el sentido de no considerar necesario que intereses o derechos de las personas se encuentren o puedan encontrarse afectados. Erige a los organismos vivos no humanos como sujetos de protección con entidad suficiente para justificar la prohibición penal.

La Dra. Cordi Moreno, en cambio, parece seguir una posición antropocéntrica. Ella, se hace eco de las palabras de la jurista catalana Corcoy Bidasolo para justificar su voto:

“La autonomía de los bienes jurídico-penales supraindividuales no excluye que, en cuanto se concibe el bien jurídico-penal como “intereses predominantes en la sociedad”, sólo podrán ser calificados como tales y, en consecuencia legitimada la intervención penal para su protección, aquéllos que sirvan al mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos que la conforman” (p. 646).

La Dra. Cordi Moreno, por tanto en su voto, hace depender la legitimidad del bien jurídico ambiente a la necesidad de entenderlos como necesarios para el desarrollo personal de cada individuo que lo conforma. Sin embargo, dentro de una postura antropocéntrica fundamenta su voto entendiendo al bien jurídico desde la concepción *autónoma* (o *eco-céntrica*), que entiende al medio ambiente como un bien autónomo digno de protección, pero donde la razón última de su protección son los intereses de los seres humanos (20). La posición *antropocéntrica*, pero que entiende al bien jurídico como *autónomo*, prescinde de considerar en el caso concreto, la afectación o puesta

(20) ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en *RECPC* 04/08/02, <http://criminet.ugr.es/recpc>: último acceso, 20/11/12, p. 9.

en peligro de las personas, conformándose sólo con constatar una lesión o puesta en peligro al bien colectivo, en este caso la salud pública objetivada en el ambiente. Esta postura se desprende de la cita ya transcripta y de la siguiente:

“Se trata de un delito de peligro, que en el caso no sólo puso en riesgo potencial el bien jurídico salud pública, sino que ello trajo aparejado el sufrimiento de los pobladores de un barrio, que persisten hasta la fecha, tal como pudo apreciarse durante la sustanciación del juicio” (p. 650).

Se observa que la vocal preopinante concuerda en que si bien axiológicamente los bienes colectivos están subordinados a un interés personal, en el caso concreto no es necesario que este haya sido puesto en peligro. Tal conclusión surge del hecho de que el sufrimiento a los pobladores del barrio no fue entendido como un requisito necesario para confirmar la imputación sino como un argumento extra que la reafirma. El peligro para la salud pública, según el voto, era suficiente.

A. El ambiente como bien jurídico a la luz del principio de lesividad

Luego de observar la argumentación del tribunal, dos son las preguntas que deben ser contestadas. a) ¿Puede un Estado liberal, en particular de acuerdo a los principios contemplados en la Constitución Nacional, aceptar tales argumentos? y b) En el caso de ser negativa la respuesta, ¿ello implica que los imputados no cometieron el delito que se les imputa?

a) Respecto de la primera pregunta, la cuestión radica en determinar el alcance del principio de *lesividad* contemplado por el artículo 19 de la Constitución. Se ha dicho que la importancia de tal artículo radica en que es el que permite distinguir cuando la coerción (o interferencia) ejercida desde el Estado es legítima de cuando no lo es. Se ha argumentado que el fundamento de tal prescripción es la autonomía de la persona. Lo que implica que el Estado no puede intervenir de manera coactiva cuando ésta no es perturbada por la acción de un tercero. Desde este punto de vista, por tanto, la conceptualización *biocéntrica* del bien jurídico ambiente, no puede tener lugar.

Sin embargo, desde que la otra posición sustentada en el fallo posee raíces *antropocéntricas*, es posible que supere el escrutinio a que es sometido desde el principio de *lesividad*. Esto, dado que el ambiente es considerado valioso, desde esa posición, por su funcionalidad para que los seres humanos puedan desarrollar como deseen sus propios planes de vida. Con todo, tal tesis, no requiere que las acciones concretas efectivamente afecten o pongan en peligro a los sujetos. Tampoco requiere que exista una afectación efectiva al ambiente, sino sólo que sea puesto en peligro. Esto es problemático si se quiere analizar desde el artículo 19 de la Constitución, debido a que es requisito para una intervención coercitiva estatal legítima que la autonomía de un sujeto sea afectada. Esto ocurre, ya sea porque la persona es dañada o porque es puesta en peligro. Cuando sucede lo primero, la interferencia a que se ve sometida impide que pueda ser autora de su propia vida, que pueda decidir cómo llevar adelante su propio plan de vida (en el caso extremo, *v.gr.*: homicidio, se pierde toda posibilidad). Cuando una acción pone en peligro a un tercero, también afecta su autonomía desde que hace

que determinadas opciones, antes disponibles, ya no lo estén. Aún más, que el tercero que es puesto en peligro vea aumentadas sus probabilidades de tomar algún curso de acción en contra de su voluntad.

Así, en los casos de contaminación ambiental (particularmente aquellos contemplados por los arts. 55 y 56 de la ley 24051) es posible encontrar que una acción afecta a la autonomía de un tercero no sólo cuando las consecuencias en el ambiente ocasionan algún daño o riesgo para la salud o vida de alguna persona; sino también cuando la afectación al ambiente provoca que los sujetos no puedan utilizar el ambiente como lo hacían antes de la acción censurada. Esto puede implicar que no puedan vivir en determinadas zonas -lo que obliga a desplazarse a otras en contra de su voluntad- o que no puedan aprovechar los recursos como antes -por ejemplo porque están deteriorados o ya no están disponibles-. En tales casos, el castigo penal de las personas que ocasionaron tales consecuencias, pasa el filtro del principio de *lesividad*. No obstante, no sería legítimo que el Estado intervenga cuando lo único que haya sido puesto en peligro (o dañado) sea el ambiente sin ninguna consecuencia para un ser humano, tal y como sostiene la posición *autónoma* (o eco-céntrica) del ambiente. Por tanto, el segundo argumento propuesto por el tribunal tampoco es válido dentro del esquema constitucional argentino.

b) Descartados los argumentos del tribunal como justificativos de la consideración del ambiente como bien jurídico, ¿significa ello que, en casos como el que se encuentra bajo estudio, las conductas deben ser impunes? La respuesta es no. Acciones como las realizadas por los condenados en el presente caso, y otras menos graves también, pueden ser castigadas legítimamente por el Estado. La aceptación del ambiente como bien jurídico dependiente de afectación a las personas, no implica reducir la protección a los sujetos, dado que si es posible que las acciones provoquen un aumento de las probabilidades de que los sujetos afectados o bien realicen acciones en contra de su voluntad; o bien impidan que realicen otras, la represión será legítima. En tanto que si no lo es, la autonomía no ha sido menoscabada, por lo que no se observa cuál sería la razón para que el Estado intervenga de modo coactivo mediante un castigo.

El ambiente, por tanto “*es valioso no en sí mismo sino por la contribución a la vida de las personas morales*” (21). Merece protección en dado que es requisito para que cada quién puede desarrollar su vida conforme a sus propios designios. Su afectación merece censura cuando, como en el caso bajo examen, se provoca que las personas sean ofendidas (dañadas o puestas en peligro), ya sea en su vida o en su salud, o cuando impiden que los sujetos realicen determinadas elecciones u obliga a que escojan otras en contra de su voluntad. Este entendimiento del ambiente como bien jurídico, además de ser acorde al principio de *lesividad* (artículo 19 CN), es compatible con el artículo 41 de la Constitución, el cual prescribe “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 tienen el deber de preservarlo”. Como se observa, tal artículo desde que

(21) NINO, Carlos S. (1992) *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, p. 351.

prescribe que son los habitantes los que gozan del derecho al ambiente sano, subordina su importancia como objeto digno de protección a los intereses de las personas. Los que por tenor del mismo artículo se refieren al libre desarrollo, entendido este como el ejercicio de su propia autonomía.

Con todo, el artículo 41 podría representar una objeción al entendimiento aquí propuesto, dado que prescribe que el derecho al libre desarrollo personal no puede comprometer a las generaciones futuras. Sería posible entender que para proteger a las generaciones futuras, es necesaria una conceptualización autónoma del bien jurídico ambiente, donde sólo sea necesaria a los fines de intervención Estatal su puesta en peligro. Sin embargo tal argumentación no es correcta desde que si el motivo por el cual se protege al ambiente son los derechos de las generaciones futuras, la intervención Estatal sólo será legítima cuando ellos estén comprometidos. Es decir, cuando los intereses o derechos de las generaciones futuras se encuentren en juego. Nuevamente, la referencia antropocéntrica es clara. En tanto que si se pone en peligro (o se daña) el ambiente y de ello no se deriva ningún perjuicio o restricción a las opciones disponibles que poseían -antes de la acción dañina- las generaciones futuras, la intervención estatal no será legítima ni posible desde el marco constitucional argentino. Como antes, la conceptualización del bien jurídico ambiente como dependiente de una afectación a las personas no es óbice para la intervención Estatal en los casos en que los sujetos -presentes o futuros- pueden verse afectados (22).

VI. Relación de causalidad y principio de precaución

Casi la mitad de las páginas del fallo se dedican a verter consideraciones referidas a la relación de causalidad existente entre las acciones de los infractores y las consecuencias nocivas de sus actos. Esto es entendible desde que, muchas veces, las cuestiones de contaminación ambiental que derivan en perjuicio para las personas son multi-causales. Tanto lo son que, si bien muchas veces es posible decir que una determinada actividad puede haber contribuido a un resultado nocivo, es muy difícil afirmar que fue la causa principal de tales consecuencias; o aún más, que la acción desplegada es en sí misma inocua, si no se hubiese presentado en forma conjunta con otras que nada tiene que ver con la actividad de los sujetos a quienes se les reprocha su accionar.

Estas complicaciones han suscitado posiciones encontradas respecto a la manera de cómo resolver tales conflictos. Así, se ha propuesto -y el fallo no es la excepción- abordar el inconveniente desde el *principio de precaución*.

El Dr. Lorenzo Víctor Rodríguez, en su voto, se hace eco de tal criterio. Se pregunta refiriéndose a los componentes vertidos en el barrio:

“¿Si está demostrada su toxicidad tanto para humanos como animales, por qué semejante tiempo de espera en su prohibición? ¿Intereses sectoriales? ¿Intereses económicos? ¿Compromisos gubernamentales con países que aún lo exportan? ¿Presiones por parte de las multinacionales encargadas de su producción y venta?”

(22) Si no pueden serlo, no hay ninguna razón para que el Estado intervenga.

No puedo contestar estos interrogantes en una sentencia penal, pese a la repercusión y preocupación social por el tema. Pero sí puedo considerar que ello deberá ser resuelto por los Organismos correspondientes y dependientes del Estado Nacional y Provincial, como así en el aspecto normativo, donde se deberá legislar al respecto, porque no cuenta el número, sino basta que uno solo de los ciudadanos resulte contaminada por esta actuación, para que se obre en consecuencia (...)."

"En la Declaración de Río Janeiro (República Federativa del Brasil), de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de la que Argentina es país firmante del acuerdo, uno de sus resaltantes principios dice "se debe sostener precaución que consiste en que no debe esperarse a que los daños ocurran, sino que basta que exista una mínima evidencia de daño, para adoptar medidas a evitar ese peligro (acciones preventivas)" (pp. 372-373).

Asimismo, citando el informe del Dr. Ariel Depetris, experto en Epidemiología, y designado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), para estudiar las condiciones del barrio Ituzaingó, sostiene:

"Ante la mera sospecha de daño, se debe parar por aplicación del principio precautorio, viejo principio de la deontología médica que exige la prevención, sin exigir la certeza" (p. 446).

En igual sentido se expresó la Dra. Cordi Moreno al transcribir las palabras surgidas del mismo informe:

"Todas estas son circunstancias que bastan para considerar en peligro la salud humana y el medio ambiente y no hace falta la causación de un daño, no hace falta un número determinado de muertes, es inaceptable esperar esto para hablar de un nexo causal, las acciones deben ser tomadas frente al mero peligro, esto es lo que se ha dado en denominar Principio Precautorio, que sería lo mismo que decir que es mucho mejor y más ético, prevenir que curar" (p. 545).

Si bien la referencia al principio precautorio es clara, no lo es si con ello se está refiriendo a los criterios que deben informar a las leyes (penales) para su sanción, o bien si es el criterio con el cual juzga las acciones del caso. Esto, dado que luego de las mentadas referencias, se dedica a argumentar por qué en el caso concreto las acciones desplegadas por los imputados pusieron en peligro (y afectaron) la salud de los habitantes del barrio Ituzaingó. Quizás la explicación se encuentre en que el art 55 de la ley 24051 exige que la utilización de residuos sea realizada *"de un modo peligroso para la salud"*. Sin embargo, tal prescripción no resulta del todo clara ya que *el modo peligroso*, puede serlo en el caso concreto, en cuyo caso se justifica el esfuerzo de probar el nexo de causalidad entre las acciones y los resultados; pero sin embargo también pueden serlo de acuerdo a una ley general de causalidad, en cuyo caso podría imputarse y condenarse a los infractores sólo por haber realizado una conducta en concordancia con aquella, sin necesidad de ninguna referencia a la causalidad en el caso concreto (23).

(23) Es obvio que esta segunda posibilidad encuentra mayores reparos desde la óptica del principio de lesividad. Lo cierto, es que el fallo no deja claro este extremo.

El problema causal, se refiere a la antigua cuestión acerca de una posible responsabilidad injusta por el resultado. Se intenta responder a la pregunta acerca de qué requisitos cabe plantear a la determinación de responsabilidad penal por un delito de resultado (incluyendo dentro de estos a los de peligro), cuando el conocimiento de los posibles efectos de las acciones no es completo. Ante tales situaciones, adquiere relevancia el principio de precaución. Sin embargo, la cuestión tal y como recuerda Cancio Meliá, haciendo suyas las palabras de Inggeborn Puppe, requiere una distinción:

“El problema involucra tres cuestiones diferentes: a) la cuestión relativa al contenido que debe exigírsele a la ley causal; b) la referida a la manera de introducción de la ley causal al proceso; y c) cual es la relación entre la afirmación causal en el caso concreto y la ley general de causalidad correspondiente” (24).

La importancia de esta distinción radica en que muchas respuestas, y el caso bajo análisis no es la excepción, se suelen sostener mezclando estos planos de análisis. Como surge de las diversas citas, las referencias a la relación general de causalidad se utilizan para comprobar la existencia de ésta en el caso concreto. Concluyendo que los daños y peligros sufridos por las personas tienen su causa en aquella ley general. Esta argumentación no es plausible. O bien se argumenta en relación a la ley general de causalidad y luego se imputan las consecuencias porque las acciones son de igual tipo a las requeridas por aquella ley. En cuyo caso la cuestión de la correspondencia entre la ley causal en el caso concreto y la ley causal general, es más sencilla. Sólo se requerirá la realización de la acción censurada por el principio de *precaución* (25). O bien se comprueba la potencialidad nociva de las acciones en el caso concreto. En este último caso, el principio de *precaución* no juega ningún papel ya que aquel sólo tiene virtualidad cuando no se conoce o no se puede conocer la potencialidad dañina o peligrosa de una acción. Si se comprueba que los resultados (incluso la puesta en peligro) tuvieron su causa en las acciones de los imputados, entonces el principio de *precaución* deviene innecesario.

A. El principio de lesividad y el de precaución

A primera vista, los principios de *lesividad* y de *precaución* parecen mutuamente excluyentes. El *primero* sólo legitima que el Estado tiene razones para intervenir cuando un derecho o interés de un tercero es afectado. El *segundo*, por su parte no requiere tales efectos para justificar la intervención estatal, sino sólo la posibilidad de un peligro para terceros. Incompatibilidad que puede acentuarse en mayor medida si uno se percata que el principio de *precaución*, ni siquiera exige peligro para intereses o derechos de terceros sino sólo la mera probabilidad de ello.

(24) CANCIO MELIA, Manuel (2011) “Caso Contergan”, en Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.) *Casos que hicieron historia en el derecho penal*, La Ley. Madrid. p. 218.

(25) El principio de precaución requiere que se satisfagan dos extremos. El primero es la existencia de “amenaza de daño grave o irreversible”; el segundo, que se derive un daño potencial de la conducta, pero donde la evaluación científica no permite evaluar el riesgo con suficiente exactitud (LORENZETTI, Ricardo (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*, Porrúa, México. p. 88).

Sin embargo, desde un entendimiento del principio de *lesividad* fundado en la autonomía de las personas -tal y como lo hace el artículo 19 de la Constitución Nacional- la antinomia no es real. Esto dado que muchas acciones que sólo tienen la posibilidad de poner en peligro la vida de las personas engendran que estas realicen acciones de manera contraria a su voluntad, o al menos aumentan las probabilidades de que lo hagan. En tal caso, el principio de *precaución*, puede pasar con éxito el escrutinio al que es sometido desde la óptica del de *lesividad*. Toda vez que este último sólo impide que el estado intervenga cuando una acción no genera consecuencias que haga que terceros deban realizar acciones contrarias a su voluntad o se vean impedidas de hacer aquellas que, de otro modo, podrían haber hecho.

Con todo, esto no quiere decir que el *principio precautorio*, pueda aplicarse sin más ante cualquier situación donde no se conozcan las consecuencias de determinadas acciones. Puede darse el caso donde, por más que se piense que existe la posibilidad de que determinadas acciones pongan en peligro a determinados bienes, éstos no sean necesarios para que las personas puedan ser autoras de sus vidas como lo desean. Nuevamente, la cuestión referida a la conceptualización y valoración del bien jurídico ambiente adquiere importancia. En una concepción *biocéntrica*, dado que el ambiente es valioso en sí mismo, el principio precautorio podría ser aplicado sin más ante la puesta en peligro de cualquier organismo vivo (o no vivo). De igual modo, ya dentro de una tesis *antropocéntrica*, pero que entienda al ambiente como un bien autónomo, el principio precautorio puede ser aplicado cuando este tenga posibilidades de ser puesto en peligro. Sin embargo, desde el entendimiento del principio de *lesividad*, aquí propuesto (con base en la autonomía personal), tales aplicaciones del principio de precaución serían ilegítimas desde que no exigen afectación, o posibilidad de puesta en peligro alguna al interés de las personas de ser autoras de sus propias vidas. Lo que a su vez es concordante con el entendimiento del bien jurídico ambiente como dependiente de derechos o intereses personales. Sólo cuando éstos pueden -al menos de manera hipotética- ponerse en peligro, el principio de precaución puede aplicarse de modo legítimo (26).

VII. Daño a los vivos y a los no concebidos

Si los dos temas anteriores resultaron espinosos, no es exagerado aseverar que éste presenta mayores complicaciones aún. El daño -ya entendido como afectación no sólo a las personas, sino como todo aquellos que provoca que los sujetos realicen acciones en contra de su voluntad o se vean impedidas de hacer las que desean- adquiere relevancia en varios momentos del sistema penal. Es un concepto que provee razones que permiten tipificar conductas de manera justificada; es aquello que debe comprobarse en el caso concreto a los fines de adscribir responsabilidad penal; como así mismo, su gravedad es un criterio a utilizar a la hora de graduar la gravedad de la pena a imponer.

El tribunal (voto de la Dra. Cordi Moreno) advierte lo expuesto. Entiende que el daño (sea este como deba ser entendido) es un criterio que debe tenerse en cuenta a

(26) Las consideraciones vertidas sólo son de aplicación para el derecho penal. Quizás en otros ámbitos deban ser matizadas o diferentes.

la hora de resolver el caso concreto. Así, a las citas ya comentadas se puede agregar la siguiente referida a la graduación e imposición de la pena:

“Admitiendo que el derecho penal cumple una fundamental función de seguridad jurídica y que ésta es siempre seguridad de los bienes jurídicos individuales y colectivos, la pena debe guardar cierta relación máxima con la cuantía de la lesión a ellos. (...) Se trata de un delito de peligro, que en el caso no sólo puso en riesgo potencial el bien jurídico salud pública, sino que ello trajo aparejado el sufrimiento de los pobladores de un barrio, que persisten hasta la fecha, tal como pudo apreciarse durante la sustanciación del juicio” (pp. 649-650).

La afectación a derechos o intereses de terceros es un requisito que da razones al estado para interferir en la vida de los ciudadanos, en tanto que la gravedad de éste marca hasta qué punto puede hacerlo. Por tanto, no puede haber duda que es un concepto fundamental. En el caso, se han constatado: situaciones de cáncer a personas vivas, presumiblemente ocasionadas por los actos nocivos (pp. 380-439); malformaciones en individuos nacidos debido a la exposición de sus progenitores a los elementos contaminantes (residuos peligrosos) tanto durante el embarazo como previo a él (p. 431); abortos espontáneos; e innumerables puestas en peligro de situaciones análogas a estas o riesgosas para la salud de las personas (p. 650).

Sin embargo, ¿pueden medirse de la misma manera los daños a los sujetos vivos, los meramente concebidos y los aún no concebidos? Aún más, ¿todos estos grupos son susceptibles de ser dañados? La respuesta a estas preguntas es de una importancia radical, aún si se está como en el presente caso ante delitos de peligro. Esto, porque si no es posible -bajo ningún punto de vista- dañar a algún sujeto, tampoco puede ponerse en peligro. El tribunal no ha reparado en estas cuestiones, razón por la cual las consideraciones que siguen, a ellas se refieren.

A. Daño a sujetos vivos

El principio de *lesividad* es el punto de partida. Se ha dicho en este trabajo que en un estado liberal, debe encontrar su fundamento en el concepto de autonomía de la persona. Así, se ha sostenido que sólo es legítima la intervención estatal cuando ésta es afectada. En el caso extremo, como en los homicidios, ello indica que no sólo la persona afectada pierde alguna posibilidad de ser *autora* de su propia vida, sino que la pierde toda.

Así, en el caso en cuestión, no cabe dudas que las acciones de los condenados han *lesionado* la autonomía de los vecinos (vivos) de barrio Ituzaingó. Los que padecen enfermedades derivadas de tales acciones, no sólo han presentado un desmejoramiento en la situación de la que gozaban de manera previa a la realización de las acciones prohibidas, sino que se ven impedidos de realizar -de manera voluntaria- ciertas acciones que antes se encontraban disponibles. Además, se ven obligados a realizar -en contra de su voluntad- toda una serie de tratamientos. Estos hechos llevan a concluir que sus derechos han sido vulnerados. Por otro lado, aquellos vecinos que no presentan síntomas concretos, también han sido afectados en su autonomía, dado que la puesta

en peligro a la que han estado -y siguen- sometidos implica que algunas opciones ya no se encuentran disponibles y otras tales como mudarse de barrio, ingerir agua embotellada para no padecer enfermedades debido a los tóxicos filtrados en el suelo, etc., tienen mayores posibilidades de realizarse por tales personas por circunstancias ajenas a su voluntad.

El análisis respecto de los afectaciones producidas a los niños nacidos (malformaciones) pero cuya causa fue que sus madres han estado expuestas a los agroquímicos durante el embarazo no difiere del recién presentado. Esto, dado que si los condenados hubieran actuado de otra manera y no hubieran arrojado los agrotóxicos los niños hubiesen nacido sanos. En la Argentina tal conclusión no es problemática en cuanto a la posibilidad o no de sufrir un daño. Esto, dado que la legislación positiva vigente considera *persona* a todo ser concebido en el seno materno (artículo 70 del Código Civil) (27). Sin embargo hay otro supuesto, también acaecido en el fallo comentado, donde quizás el principio de *lesividad* no pueda justificar una tipificación y posterior castigo ante su violación. Son los casos donde las acciones ocasionan consecuencias perjudiciales a las personas antes de que estas sean concebidas.

B. Daños a sujetos aún no concebidos

La objeción a la justificación de la intervención coactiva del Estado ante conductas que producen daños a sujetos que aún no existen (no han sido concebidos) es conocida. Esto tiene que ver con la conocida tesis sobre la imposibilidad de existencia de deberes y obligaciones para con las generaciones futuras. Desde esta posición, se sostiene que cualquier proceso de asignación de derechos y obligaciones exige poder identificar al portador del derecho o receptor de la obligación -en este caso la obligación que pesa sobre los infractores de no dañar a otro-. Como las generaciones futuras no existen, no tiene sentido afirmar que ellas puedan ser portadoras de derechos o receptoras de obligaciones. Esta crítica no es atinada ya que no es cierto que no se pueda tener una obligación aunque el receptor no exista. Por ejemplo, existe la obligación de prestar el auxilio necesario a menores perdidos o desamparados o a aquellos que se encuentren amenazados por un peligro cualquiera, sin correr riesgos para quien realiza la acción. Ésta obligación, que no sólo es de índole moral, sino también legal -artículo 108 Código Penal (C.P.) argentino; artículo 195 C.P. español- existe aunque en forma contingente no haya personas en la situación esbozada. Lo que esta obligación implica es que en el caso en que se identifique a un ser en la específica situación que se contempla, se le debe ayudar. El supuesto de las generaciones futuras no es distinto. Dado que en el

(27) El proyecto de reforma de Código Civil (año 2012 redactado por la comisión de reformas designada por decreto PE: 191/2011 - Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci) se expresa del mismo modo: ARTÍCULO 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado. ARTÍCULO 21.- Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.

futuro existirán otras generaciones, es posible identificar a los sujetos que pertenecen a ellas como receptores de nuestra obligación. En el caso concreto, los niños nacidos con malformaciones y demás complicaciones, pueden ser identificados, al menos de manera relativa.

Con todo, es posible que los infractores sigan negando que le han causado un daño a los niños sobre la base de que no existían en el momento de haber realizado sus acciones que aparentemente ocasionaron un daño. Ante tal alegación es posible afirmar -con Feinberg- que “[ellos] pu[sieron] en marcha una secuencia causal que dio lugar a tales daños y lo hi[cieron] con la intención deliberada de que sobreviniese daño” (28). Que algunos de las malformaciones de ciertos niños tengan como causa la exposición de sus padres a elementos tóxicos vertidos por los infractores antes de su concepción, no es óbice para considerar a tales consecuencias como dañinas. Esto dado que si la acción contaminante no hubiese tenido lugar, ellos habrían nacido sanos.

Como se ha visto, las omisiones del tribunal en distinguir tales casos no son relevantes ya que todas, aunque diferentes, pueden ser resueltas apelando de igual manera al principio de lesividad (29). Sin embargo, estas consideraciones no resuelven todo el problema. Existe aún un caso que no ha sido tratado y se revela como el más problemático. De la lectura del fallo, no se deduce que haya podido tener lugar una situación como la que se planteará; pero tampoco que ella no se ha dado. Quizás haya ocurrido esto último, en cuyo caso las líneas que siguen sólo se referirán a un caso *hipotético* (30), las que sólo debieran ser tenidas en cuenta para cuando tales circunstancias aparezcan en la realidad. Sin embargo, es posible que el fallo (y dentro de él los diversos estudios que tuvieron lugar en barrio Ituzaingó) no haya dado cuenta de la situación a que se hará referencia, porque no se ha advertido el problema.

1. *Problema de la no-identidad (N.I.)*

El problema de la no-identidad (N.I.) (31) aparece dado que las consecuencias de las acciones presentes para algunos sujetos aún no concebidos son diferentes respecto

(28) FEINBERG, Joel (1984) *Harm to others: The moral limits of criminal law. Vol I.* Oxford, Oxford University Press, p. 97. El mismo Feinberg propone el siguiente caso para confirmar la intuición que está detrás de su argumentación: “Imagínese, si usted puede, a un criminal que quiere hacer estallar una escuela para matar o mutilar alumnos. Él esconde una poderosa bomba en el closet de una habitación de un jardín de infantes y fija en él un cronómetro que va descontando tiempo por seis años. Seis años después la bomba explota, matando y mutilando a decenas de niños de cinco años”.

(29) Quizás si existan diferencias en referencia a problemas más específicos de imputación.

(30) Los ejemplos hipotéticos son “casos de situaciones o acontecimientos que han tenido lugar o podrían tener lugar sin obligarnos a reescribir lo físico o cambiar nuestra concepción básica de cómo funciona el mundo (JAMIESON, Dale (2004) “El método y la teoría moral”, p. 648, en Singer P. (2004) *Compendio de Ética*, Alianza, Madrid, pp. 637-351).

(31) El problema de la no identidad fue identificado por Parfit, en 1984 (PARFIT, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press p. 352), el cual radica en que la propia acción de, por ejemplo, degradar el ambiente determina quién será el sujeto dañado, y no producir esa afectación implica generar un ser distinto que, por ello, ya no será afectado. El inconveniente, que ha dado lugar

de aquellas que pueden afectar a los habitantes actuales. Los actos de las personas presentes pueden ser causa de la existencia de las personas futuras, es decir pueden influir en su identidad. El supuesto, contemplado en el presente caso, en el que los progenitores estuvieron expuestos a los agroquímicos, razón por la cual engendraron hijos que nacieron con alguna malformación o problema de salud, no es el único caso que debe preocupar a la hora de analizar responsabilidad. En este, los niños que nacieron luego de que sus padres estuvieron expuestos a tales exposiciones, hubieran existido tanto si aquella conducta hubiese tenido lugar o no. En tales casos, las conductas desplegadas no afectan la identidad de los seres futuros, razón por la cual como se observó en el apartado anterior, los niños pueden ser dañados por más que la acción desencadenante de la consecuencia nociva se haya producido con anterioridad a su concepción. Pero, ¿se pueden aplicar las mismas consideraciones cuando la identidad de las personas futuras puede ser influida por tales actos?

Para contestar esa pregunta, primero debe responderse otra, ¿qué quiere decir que un acto puede influir en la identidad de una persona futura? Quiere decir que las elecciones presentes pueden determinar, al menos en parte, quienes van a ser las personas que vivirán más adelante. Esto se explica porque -independientemente de cuál sea la teoría de la identidad personal que se sostenga- es cierto que cada persona surgió de un ovulo y un espermatozoide concreto. Así, si uno hubiese sido concebido unos segundos antes o después de lo que lo hizo, el ovulo hubiese sido fecundado por un espermatozoide diferente, y ese niño hubiese compartido con el primero algunos de sus genes, pero no todos. Tal situación podría sugerir que el sujeto, es más o menos la misma persona. Esto porque se asume que hay casos donde las preguntas sobre la identidad no tienen que tener una respuesta afirmativa o negativa, sino que la identidad puede ser indeterminada (32). Sin embargo, como en el espacio de un mes de concepción, el óvulo también hubiese sido diferente, es cierto que la persona que de hecho fue concebida en otro momento temporal, nunca habría existido (33). Así, si una persona particular no hubiese sido concebida en el espacio de un mes alrededor del momento en que de hecho fue concebida, de hecho, nunca habría existido. En el fallo bajo análisis esta circunstancia debiera haber sido considerada. Se podría imaginar (porque el caso no dice nada al respecto) que una persona con intención de quedar embarazada estuvo expuesta a los agroquímicos, y por tanto decidió ir al médico para averiguar si tal exposición le podría traer problemas a su hijo. Supongamos que el médico le prescribió un tratamiento para que pueda concebir sin riesgos para su hijo, pero no obstante tal plan requería que esperara, al menos, un mes para concebir. Supongamos también que la mujer no esperó el mes prescripto por el médico y concibió un hijo que, con posterioridad, nace con alguna malformación derivada de estas circunstancias. ¿Ha dañado la mujer a su hijo? ¿Debe por tanto responder por ello (tal vez por lesiones)? O, ¿deben

a un profuso debate filosófico, radica en la dificultad para identificar daño en situaciones donde lo reprochable es la realización de un acto que es parte -remota pero necesaria- de la causa de la existencia de un ser.

(32) PARFIT, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press. p. 354.

(33) Este argumento, es denominado por Parfit: Tesis de la Dependencia Temporal II. *Idem*, p. 355.

imputarse tales trastornos a quienes arrojaron los desechos tóxicos a los que estuvo expuesta la madre? O, ¿deben responder ambos? O, ¿No debe responder ninguno? Y aún más ¿ha habido daño?, ¿existió una puesta en peligro?

Es obvio que cada una de estas preguntas requiere un análisis detallado que no puede tener lugar aquí. Sin embargo, al menos desde la óptica aquí defendida -aquella que reconoce fundamento en el *principio de lesividad*- todas las preguntas carecen de sentido si las últimas dos, como creo que es el caso, tienen una respuesta negativa. En supuestos como el explicado los niños, aun habiendo nacido con malformaciones no han sido dañados. Tampoco han sido expuestos a peligro. Esto, dado que no han experimentado un desmejoramiento de una condición de la que gozaban anteriormente. Aún más, nunca podrían haber vivido una situación diferente. Debido a que si los hechos se hubieran dado de distinta manera, habría sido concebida otra persona (ya que el ovulo y los espermatozoides serían diferentes), no se puede sostener que los infractores hayan dañado a los niños. O nacían con la malformación comentada o no nacían. Si los infractores -sean estos los agricultores que realizaron los vertidos peligrosos, o los progenitores que no siguieron las prescripciones del médico- hubiesen realizado la acción que se entiende como correcta, esto es: no haber arrojado los vertidos peligrosos o haber seguido las prescripciones del médico, respectivamente, los niños que comenzaron su vida con una malformación no podrían haber nacido sin tal inconveniente. Directamente no hubiesen existido. Adviértase la relevancia de tales circunstancias. Si el tribunal tuvo en cuenta las malformaciones que sufrieron los niños o las enfermedades a que fueron expuestos sin advertir este problema cuando podría haberse dado, es incorrecta la consideración de tales consecuencias para la condena de los imputados.

El principio de *lesividad* impide que puedan ser castigadas conductas que no afectan derechos o intereses de terceros. Una acción afecta derechos o intereses de terceros cuando, de no haber tenido lugar, el sujeto perjudicado disfruta de una autonomía menor que la que poseía antes de la acción censurada. Se podría decir que en el caso bajo análisis, no se ve como un sujeto pueda experimentar un menoscabo dado que antes de su nacimiento no tenía ningún estatus. Sin embargo este argumento no es del todo fuerte, porque como se vio, es posible dañar a los sujetos que van a existir aun cuando la acción se produjo en momentos previos a su concepción. El argumento definitivo, que es el que impide que estos casos puedan ser legítimamente castigados desde el principio de lesividad, es que estos sujetos nunca podrían haber tenido otro estado. Aún con una vida expuesta a peligros o con alguna malformación, es la única que podrían tener.

Con todo, se podría responder a tal argumento, de modo que podría encontrarse justificado el castigo de los infractores a la luz del principio de *lesividad*. Se podría decir que, por más que los niños que nacieron con deficiencias y esa era la única condición que podrían haber tenido y por tanto no podrían ser *perjudicados*, sus derechos han sido violados. De este modo el concepto de daño se convierte en normativo. Desde tal visión se sostiene que la razón para castigar de manera justificada a quienes vertieron los desechos, podría ser que es incorrecto causar que alguien exista si se sabe que esta persona tendrá un derecho que no puede satisfacerse, en este caso el derecho a

la integridad física o a gobernar su vida de acuerdo a sus propios designios. La acción contaminante hace que existan personas con derechos que no pueden realizarse. Así, desde que existen opciones que ya no están disponibles para los niños y otras tienen más probabilidades de ser realizadas en contra de su voluntad, su autonomía ha sido dañada. Sin embargo, este argumento tampoco permite legitimar el castigo de los infractores, dado que los niños de ningún modo podrían haber tenido mayores oportunidades, o una calidad de vida más elevada. Si los infractores hubieran realizado otra acción, los niños nunca habrían existido, y por tanto nunca habrían tenido tales derechos. Si nunca habrían tenido tales derechos, tampoco es posible vulnerarlos. Si esta conclusión es insatisfactoria, el principio de *lesividad*, el cual sólo admite como razones legítimas para la intervención del Estado el *daño* a un tercero o la afectación a un *bien jurídico* debe ser revisado.

VIII. Bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos", en *RECPC* 04-08-02 <http://criminet.ugr.es/recpc>, 2002.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, "Caso Contergan", en Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.) *Casos que hicieron historia en el derecho penal*, La Ley. Madrid, 2011.
- FEINBERG, Joel, *Harm to others: The moral limits of criminal law. Vol I.* Oxford, Oxford University Press, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995 [1989].
- HASSEMER, Winfried, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en la Ciencias Penales*, Bs. As. 1989, pp. 275-285.
- JAMIESON, Dale, (2004) "El método y la teoría moral" en Singer P. *Compendio de Ética*, Alianza, Madrid, 2004.
- JONAS, Hans, *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder S.A. Barcelona, 1995.
- KINDHÄUSER, Ürs, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal", en revista *InDret*, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>, 2009.
- KUHLEN, Lothar, "Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung", *GA, ZStW*, 1986.
- LORENZETTI, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental*, Porrúa, México, 2008.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Bs. As, 1992.
- PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Límites al Derecho Penal: principios operativos en la fundamentación del injusto*, Atelier, Barcelona, 2012.
- SELEME, Hugo O., "la legitimidad como autoría" en *Revista Brasileira de Filosofia RBF*, 234, 2010, pp. 73-94.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Bs. As. BdeF, 2008, 2° ed.

von HIRSCH, Andrew, “El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño” en HEFENDEHEL, Roland ed. *La Teoría del Bien Jurídico*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 37-52.

ZAFFARONI, E. R. - ALAGIA, A. - SLOKAR A., *Derecho Penal, parte general*, Ediar, Bs. As. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio R., *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires. Madres de Plaza de Mayo, 2012.