

DERECHO PENAL AMBIENTAL

Emergencia sanitaria. Fumigaciones. Residuos peligrosos. Contaminación ambiental por deriva de agroquímicos en el grado de instigador y autor. Contaminación dolosa del ambiente de un modo peligroso para la salud. Delito de ejecución continuada y concurso material.

“Gabrielli Jorge Alberto y otros p.s.a. Infracción Ley 24.051”, Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba, Secretaría N° 2, 4 de septiembre de 2012.

1. Por Ordenanza Municipal N° 10.505/2002, B° Ituzaingó Anexo había sido declarado en estado de emergencia sanitaria y por Ordenanza N° 10.590/2003 se había prohibido la aplicación de plaguicidas o biocidas químicos mediante fumigación terrestre o aérea, cualquiera sea su tipo y dosis, a menos de dos mil quinientos (2.500) metros de cualquier vivienda o grupos de viviendas de ese sector poblado.
2. La aplicación de agroquímicos, teniendo en cuenta las condiciones sanitarias en la que se encontraba ese sector poblado próximo a la zona fumigada, fue practicada contaminando el ambiente en general, con conocimiento de que lo hacían de un modo peligroso para la salud de los habitantes del citado barrio.
3. Se tiene por acreditado con el grado de certeza, tanto la materialidad de la acción objeto del presente juicio, como la autoría culpable en la producción de fumigaciones con sustancias químicas peligrosas en varias oportunidades, en un número no determinado de veces, entre ellas algunas prohibidas totalmente por el SENASA (Dieldrín, DDT), clasificados por la OMS de extrema y alta peligrosidad (Clase 1a y 1b) y moderadamente peligrosos -de uso restringido- (Clase II), y otros como Heptacloro exo., Dieldrín, Clorpirifos, DDT, Endosulfán, Cis clordano, Glifosato, Metsulfurón, 2,4 DB, y 2,4 D, contemplados también en la Ley Nacional de Residuos Peligrosos (Ley 24.051) en su Anexo I (Cód. Y4 “Desechos resultantes de la producción, la preparación y utilización de biocidas y productos fitosanitarios”) y Anexo II (Cód. H6.1 “Tóxicos –venenosos agudos”, Cód. H11 “Sustancias Tóxicas -con efectos retardados o crónicos” y Cód. H12 “Ecotóxicos”) siendo todas ellas sustancias peligrosas encuadrables en la Ley 24.051.
4. Cuando se habla de la peligrosidad de los agroquímicos o plaguicidas, el riesgo no está asociado sólo al producto químico, sino a las condiciones productivas, sociales, edilicias, ambientales donde un producto se aplica. Las condiciones de exposición, hacen a la peligrosidad del producto. En la epidemiología moderna, no debemos situarnos solo en un tóxico, sino centrarnos en las condiciones sociales, ambientales, donde estos productos se aplican.

5. Teniendo en cuenta que se trata de un delito de peligro, en el caso no sólo se puso en riesgo potencial el bien jurídico salud pública, sino que ello trajo aparejado el sufrimiento de los pobladores de un barrio que persiste hasta la fecha, tal como pudo apreciarse durante la sustanciación del juicio.

6. Cuando se trata de proteger a nuestra población frente a sustancias de toxicidad altísima y ya conocida, permitir el incumplimiento de leyes es algo inadmisibles. Tanto como lo es también la imperante ausencia de rigor científico e irresponsabilidad gubernamental en cuanto a sustancias cuya toxicidad a largo plazo se desconoce.

7. Si el derecho penal cumple una fundamental función de seguridad jurídica y ésta es siempre la seguridad de los bienes jurídicos individuales y colectivos, la pena debe guardar cierta relación máxima con la cuantía de la lesión a ellos. Es decir, que la pena debe ser proporcional a la magnitud o extensión del injusto y a la culpabilidad, esta última según el grado de autodeterminación que tuvo el agente al actuar, en ejercicio de su autonomía moral.

APLICACIÓN DE AGROQUÍMICOS Y DELITO DE CONTAMINACIÓN DOLOSA DEL AMBIENTE DE UN MODO PELIGROSO PARA LA SALUD: EL CASO “ITUZAINGÓ ANEXO”

Alicia Morales Lamberti¹

I. INTRODUCCIÓN

El extenso fallo anotado, resuelve a través de sus 655 páginas, el primer proceso penal ambiental en Argentina por contaminación dolosa del ambiente en general con el uso de agroquímicos, de un modo peligroso para la salud humana.

Respecto a la grave problemática ambiental del barrio afectado, que había sido declarado en emergencia sanitaria desde 2002, la sentencia se inserta en el marco de tres causas vinculadas con barrio Ituzaingó Anexo: la que motiva el fallo en comentario, la “causa madre” y la causa por la construcción presuntamente ilegal de loteos en campos contaminados del mismo barrio.

En el caso, la Cámara Primera del Crimen de Córdoba, dictó sentencia condenando al propietario de un campo y el piloto de una avioneta fumigadora, por el delito de contaminación ambiental a tres años de prisión con ejecución condicional, por la realización de fumigaciones ilegales y clandestinas en un predio cercano al barrio Ituzaingó Anexo de dicha ciudad.

Esta primera causa, sólo tuvo por acusados a quienes aplicaron ilegalmente plaguicidas, lo cual está prohibido por dos Ordenanzas Municipales y, selectivamente, por la Ley Provincial de Agroquímicos, quedando excluidos de la causa los funcionarios públicos de los Ministerios de Agricultura y Ambiente (comisión por omisión), y los ingenieros agrónomos que asesoraron profesionalmente a los productores.

Los magistrados provinciales, al dictar las condenas en cuestión, aseveraron que *“el eje central, la columna vertebral, independientemente de la imputación concreta que pesa sobre los acusados traídos al contradictorio, ha sido, y así ha quedado plasmado, el excesivo, desmesurado e ilegal uso y aplicación de agroquímicos mediante pulverizaciones aplicadas en los campos de cultivos en general”*.

Lo más grave, según el Tribunal, no fue sólo el uso en sí de los agroquímicos, sino que su aplicación fue efectuada *“sin tener en cuenta a las personas que habitan las zonas afectadas, con un total desprecio por la salud y vida humana, la que termina siendo colocada por debajo de los valores económicos”*.

Con ese marco, y atento la restricción material de reproducción integral de tan extenso fallo, las presentes reflexiones –por los complejos y variados ejes sobre los que puede

¹ Revista de Derecho Ambiental, Ed. Abeledo Perrot, Instituto el Derecho por un Planeta Verde Argentina, Enero-Marzo 2013, Nº 33.

discurrir la discusión sobre dicho resolutorio, se centrarán y limitarán a exponer algunos aspectos medulares de la causa y de los fundamentos del decisorio.

II. ANTECEDENTES

Barrio Ituzaingó Anexo está situado al SE de la Ciudad de Córdoba, cuenta con aproximadamente 5.000 personas con claros indicadores de vulnerabilidad social², que habitan 1200 viviendas en 30 manzanas. La dinámica de la zona se relaciona con la extensa área rural productiva (“frontera agrícola”).

A fines del año 2001, un grupo de madres comienza a preocuparse por la salud del barrio al advertir la frecuencia inusual de mujeres con pañuelos en la cabeza y niños con barbijo. Se generaron reclamos a las autoridades para el análisis de las enfermedades y de los posibles contaminantes. La respuesta provino de diversas instancias institucionales: Ministerios de Salud y Ambiente de la Provincia de Córdoba, Secretaría de Salud de la Municipalidad de Córdoba, Organizaciones No Gubernamentales, iniciativas privadas y de la propia gestión comunitaria. Se realizaron análisis de la calidad del agua, (tanque barrial, tanques domiciliarios, sedimentos, boca de consumo) y muestreo de diversas matrices ambientales (aire y suelo) para mediciones de PCBs, plaguicidas y metales pesados, exhibiendo todos ellos alarmantes niveles de contaminación.

Por ese motivo, dicho grupo poblacional fue declarado en Emergencia Sanitaria por la Municipalidad de Córdoba (Ord. N° 10.505 del año 2002) y se prohibió la aplicación de plaguicidas o biocidas químicos mediante fumigación terrestre o aérea, cualquiera sea su tipo y dosis, a menos de dos mil quinientos metros de cualquier vivienda o grupo de viviendas de Barrio Ituzaingó Anexo de la Ciudad de Córdoba (Ordenanza Municipal N° 10.590 de enero de 2003) mientras se encontrare vigente dicha declaración de emergencia sanitaria.

Dichas disposiciones tienen carácter de orden público, y fueron ampliamente difundidas a la población en general. Era de público y notorio conocimiento la problemática ambiental que aquejaba al Barrio, motivando la declaración de emergencia sanitaria en esa zona, y las reiteradas denuncias efectuadas por sus habitantes. Sin embargo, estas normas fueron acatadas solo parcialmente por los productores, no respetándose las distancias de seguridad y continuando las fumigaciones terrestres y aéreas.

Uno de los estudios de encuesta poblacional en 2003 reveló la presencia de 40 casos de patología oncológica entre 4870 personas (8,22 por 1000), llamando la atención la frecuencia de tumores linfoproliferativos (15 casos) y los agrupamientos en el área de mayor exposición, más cercana a los campos de actividad agrícola.

Estudios precedentes³ habían detectado en el tanque de distribución de agua y en el de algunas familias plomo, cromo, arsénico, endosulfán, heptacloro y derivados del DDT. Lo

² Al comparar indicadores de vulnerabilidad social según cifras del censo 2001, Bo. Ituzaingó Anexo presenta porcentajes más elevados que el promedio capital u otros dos barrios adyacentes de comparación.

³ Entre los estudios efectuados figuran el Relevamiento Sanitario de los Habitantes de Barrio Ituzaingó Anexo (Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba), el Estudio Epidemiológico Analítico transversal (Dr. Edgardo Schinder), la Auditoría Ambiental y Programa de Gestión Ambiental (Cátedra de Ingeniería Ambiental, Facultad

más contundente fueron los biomarcadores de exposición que se realizaron en el año 2005 en muestras no aleatorias de 30 niños y en 23 de ellos se detectaron plaguicidas organoclorados en cantidades muy superiores a las normas de referencia, demostrando no sólo la exposición sino que los agroquímicos habían sido absorbidos e incorporados al organismo afectando a la salud, por su peligrosidad y biotoxicidad con potencialidad para producir cáncer.

A mediados de 2007 la Organización Panamericana de la Salud (OPS) realizó un estudio evaluativo de los plaguicidas en B° Ituzaingó Anexo para reunir información disponible, sistematizarla y efectuar recomendaciones para mejorar la situación, que incluyó la necesidad de vigilancia de fumigación clandestina, dada la prohibición de realizar esas tareas en áreas próximas a las urbanas. Dicho estudio concluyó que “*Barrio Ituzaingó Anexo puede considerarse como un sitio contaminado*”. Los contaminantes de mayor importancia detectados fueron los plaguicidas órgano clorados y el arsénico, fundamentalmente en suelo y la presencia de plaguicidas en tanques de agua.

Durante una década se fueron desarrollando acciones paliativas, entre ellas el cambio de fuente de agua potable (agua de perforación a red de agua potable), el reemplazo de los transformadores de la Empresa Provincial de Energía de Córdoba-EPEC (los cuales utilizaban como líquido refrigerante PCB), la pavimentación de una parte del barrio, la limpieza de tanques domiciliarios y el control de la fumigación con plaguicidas (a una distancia superior a los 2.500 m de zonas habitadas).

En este período, ocurrieron numerosas situaciones conflictivas, tanto entre los vecinos del barrio (aquellos que impulsaban la profundización de los estudios versus los que decían verse perjudicados por la difusión de los mismos), como entre las diferentes instituciones públicas que se vieron involucradas, las cuales mostraron diferentes intereses políticos respecto a la intervención en las investigaciones y/o remediación de la problemática planteada.

La burocratización de las respuestas estatales y la “ritualización” de los procedimientos de contención que preceden a la sentencia, puede acreditarse a través de un indicador de la conflictividad ciudadanía: sólo en el año 2002 se presentaron más de 38 querrelas penales particulares ante la Fiscalía Federal de Córdoba contra responsables directos, organismos y funcionarios a cargo de la vigilancia y control ambiental y sanitario.

de CEFyN, UNC, y el Estudio de Biomarcadores de Exposición (Hospital Infantil Municipal, Municipalidad de Córdoba). También se destacan, el Estudio de Mortalidad de Área Ituzaingó. Centro de Estudios de Población y Desarrollo. Municipalidad de Córdoba. Informe Preliminar, 2005; Relevamiento Sanitario de los Habitantes de Barrio Ituzaingó Anexo (Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba). Informe preliminar, 2003; Edgardo Schinder. Estudio Epidemiológico Analítico transversal, Sociedad de Medicina Ambiental de la República Argentina. Informe Preliminar, 2004; Auditoría Ambiental y Programa de Gestión Ambiental (Cátedra de Ingeniería Ambiental, FCEfyN, UNC) Primero y Segundo Informe, 2003; Estudio Piloto de Biomarcadores de Exposición en Niños de Barrio Ituzaingó Anexo (informe resumido). Hospital Infantil Municipal de la Ciudad de Córdoba. Córdoba, 2006; Ridolfi A., Fernández R. Contartese C y colab. Evolución de Residuos de Plaguicidas Organoclorados (OC) en Niños de Barrio Ituzaingó de Córdoba. Congreso Nacional de Toxicología. La Falda, Córdoba, Argentina, 2007; Estudio de Biomarcadores de Exposición en Empleados de un Establecimiento Educativo de Barrio Ituzaingó Anexo. Hospital Municipal Infantil de la ciudad de Córdoba, 2006; e Informe sobre los resultados de los análisis realizados a ciento cuarenta y cuatro (144) niños de B° Ituzaingó Anexo efectuados por el Laboratorio de Asesoramiento Toxicológico Analítico (CENATOXA), dependiente de la Facultad de Farmacia y Bioquímica de la UBA, (2010), entre otros.

III. LOS HECHOS, LA ACUSACIÓN Y LA CONDENA

PRIMER HECHO: En oportunidades no precisadas con exactitud, ubicables en el período comprendido entre el mes de Octubre de 2003 y las 19,30 hs. del día 11 de febrero de 2004, el imputado F.R.P. y otra persona que no ha sido individualizada -que procedía con el conocimiento y consentimiento del primero- en forma indistinta, habrían practicado fumigaciones utilizando una máquina tipo mosquito de color verde en los campos que explotaba el primero sembrando soja, situados próximos al sector poblado del barrio Ituzaingó Anexo. Los productos agroquímicos aplicados habrían sido Heptacloro exo., Dieldrín, Clorpirifos, DDT, Endosulfán, Cisclordano, Glifosato, Metsulfurón, 2,4 DB, y 2,4 D, entre otros, siendo todas ellas sustancias peligrosas encuadrables en la Ley 24.051. La aplicación de estos agroquímicos en los campos mencionados, teniendo en cuenta las condiciones sanitarias en la que se encontraba ese sector poblado próximo a la zona fumigada, habría sido practicada contaminando el ambiente en general con conocimiento de que lo hacían de un modo peligroso para la salud de los habitantes del citado barrio.

Por Ordenanza Municipal N° 10.505/2002, Barrio Ituzaingó Anexo había sido declarado en estado de emergencia sanitaria, y mediante Ordenanza N° 10.590/2003 se había prohibido la aplicación de plaguicidas o biocidas químicos mediante fumigación terrestre o aérea, cualquiera sea su tipo y dosis, a menos de 2500 metros de cualquier vivienda o grupos de viviendas de ese sector poblado, disposiciones que tenían carácter de orden público, y que fueran difundidas a la población en general, incluyendo al imputado F.R.P., quien además de ello, como explotador de campos colindantes al barrio mencionado, era conocedor de las condiciones sanitarias que atravesaba. Se calificó la conducta como coautor del delito de contaminación ambiental en los términos del art. 55 de la Ley 24.051 en forma de ejecución continuada.

Con posterioridad a ello, el once de febrero de 2004, el instigado por F.R.P., realizó fumigaciones sobre los mencionados campos, empleando para ello las sustancias químicas prohibidas y peligrosas ya mencionadas, a sabiendas y en violación de la normativa vigente, toda vez que le constaba, que desde las plantaciones de cultivo que estaba fumigando hasta el sector poblado del Barrio Ituzaingó Anexo, la distancia existente es sumamente menor a la exigida por la Ordenanza Municipal N° 10590 y de que de esa forma estaba contaminando el ambiente de Barrio Ituzaingó de un modo peligroso para la salud de sus habitantes, a más que era de público y notorio conocimiento la problemática ambiental que aquejaba al Barrio, motivando la declaración de emergencia sanitaria en esa zona, y las reiteradas denuncias efectuadas por sus habitantes.

Asimismo, y pese a todo ello, utilizó para fumigar productos químicos prohibidos totalmente por el SENASA (Dieldrín, DDT), clasificados por la Organización Mundial de la Salud de extrema y alta peligrosidad (Clase Ia y Ib) y moderadamente peligrosos -de uso restringido- (Clase II), contemplados también en la Ley Nacional de Residuos Peligrosos (Ley 24.051) en su Anexo I (Cód. Y4 "Desechos resultantes de la producción, la preparación y utilización de biocidas y productos fitosanitarios") y Anexo II (Cód. H6.1 "Tóxicos -venenosos- agudos", Cód. H11 "Sustancias Tóxicas -con efectos retardados o crónicos-" y Cód. H12 "Ecotóxicos").

SEGUNDO HECHO: en fecha no precisada con exactitud, pero que puede ubicarse presumiblemente en los últimos días del mes de enero de 2008, el imputado F.R.P., instigó al aéreo aplicador E.J.P. -previo acordar con el mismo el pago de una suma de dinero- a efectuar una fumigación en forma aérea utilizando productos químicos de las clases toxicológicas 1b (endosulfán) y IV (glifosato) en los campos que explota sembrando soja ubicados sobre Ruta Camino a Capilla de los Remedios km. 8 y ½ de Barrio Ituzaingó de esta ciudad, en violación a lo establecido en el art. 58 de Ley de Agroquímicos de la Provincia de Córdoba N° 9164 que prohíbe expresamente la aplicación aérea con tales clases toxicológicas de productos agroquímicos en un radio menor a los 1.500 y 500 metros, respectivamente, de distancia de las poblaciones urbanas, por cuanto desde las referidas plantaciones de cultivo hasta el sector perimetral del barrio colindante Ituzaingó Anexo de esta ciudad, la distancia existente es sumamente menor; determinando así el productor al aeroplacador a realizar una fumigación contaminando el ambiente de aquél barrio de un modo peligroso para la salud de sus habitantes, y no obstante haber sido declarado dicho grupo poblacional en emergencia sanitaria por la Municipalidad de Córdoba por encontrarse contaminado por la presencia - entre otros- de productos agroquímicos empleados en fumigaciones para la actividad agrícola (Ordenanza N° 10.505 del año 2002).-

Con posterioridad a ello, el imputado E.J.P. instigado por el productor F.R.P., conduciendo la aeronave matrícula LV-AXC realizó fumigaciones a baja altura del suelo sobre los mencionados campos empleando agroquímicos de las clases toxicológicas 1b (endosulfán) y IV (glifosato) a sabiendas de que estaba transgrediendo lo preceptuado por el art. 58 de la Ley de Agroquímicos de la Provincia de Córdoba N° 9164 que prohíbe expresamente la aplicación aérea con dichas clases de productos químicos en un radio menor a los 1.500 y 500 metros, respectivamente, de distancia de las poblaciones urbanas.

TERCER HECHO: en fecha no precisada con exactitud, pero que puede ubicarse presumiblemente en los últimos días del mes de enero de 2008 y el 1 de febrero de 2008 el imputado J.A.G. en un lugar no determinado de esta ciudad, instigó a E.J.P. -previo acordar con el mismo el pago de una suma de dinero- a efectuar sendas fumigaciones en forma aérea utilizando un producto químico de la clase toxicológica 1b (endosulfán) en el campo que explota sembrando soja denominado “Campo Los Pinos” de Barrio Ituzaingó Anexo, en violación a lo establecido en el art. 58 de Ley de Agroquímicos de la Provincia de Córdoba N° 9164 que prohíbe expresamente la aplicación aérea con tales clases toxicológicas de productos agroquímicos en un radio menor a los 1.500 mts. de distancia de las poblaciones urbanas, por cuanto desde las referidas plantaciones de cultivo hasta el sector perimetral del barrio colindante Ituzaingó Anexo de esta ciudad, la distancia existente es sumamente menor; determinándolo así a realizar una fumigación contaminando el ambiente de aquél barrio de un modo peligroso para la salud de sus habitantes, y no obstante haber sido declarado dicho grupo poblacional en emergencia sanitaria, por encontrarse contaminado por la presencia - entre otros- de productos agroquímicos empleados en fumigaciones para la actividad agrícola.

A los fines de individualizar la pena a imponer, el Tribunal tuvo en cuenta la conminada en abstracto para el delito atribuido, la que oscila entre un mínimo de tres años de prisión y un máximo de diez años de la misma pena (art. 55, Ley 24.051) y las reglas del delito continuado y el concurso material para el caso del productor agropecuario E.J.P.

Asimismo, teniendo en cuenta que 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*”, el Tribunal consideró más adecuada -por ser la actividad causante del delito- imponer con mayor severidad, la pena de inhabilitación especial.

Para ello, ponderó que “*sordo a los reclamos de un barrio que sólo pretendía no ser agredida en su salud, priorizando su propio interés, ejecutó la acción ilícita*”, imponiendo la pena conjunta de inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad de aplicación de productos agroquímicos. Por su parte, en cuanto a las reglas de conducta (*probation*) estimó adecuadas al caso fijar por el término de tres años.

El Tribunal resolvió así por una parte, en relación al nominado tercer hecho de la acusación, absolver por unanimidad a J.A.G. y E.J.P. por el hecho que se les atribuía y que fuera calificado por el Requerimiento Fiscal de Elevación a Juicio como delito de Contaminación Ambiental por Residuos Peligrosos –infracción a la ley 24.051- en el grado de Instigador y Autor, respectivamente, sin costas.

En este caso, cabe resaltar el carácter vinculante del pedido de absolución formulado por el Ministerio Público y compartido por el representante del querellante particular conforme al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los precedentes “Mostaccio” y “Laglaive”, por lo que al no sostenerse la acusación, el Tribunal tiene la obligación de absolver.

No obstante, los co-defensores de los imputados, difirieron con el fundamento del pedido absolutorio que estaba referido a la falta de prueba, ya que la solicitud de absolución del Ministerio Público y del querellante particular, es un límite a la jurisdicción penal, pues pretender condenar cuando no hay acusación resulta violatorio del derecho de defensa, instando que la absolución de su asistido no sea por la falta de prueba, sino por la falta de tipicidad penal de la conducta que se le atribuía.

En cuanto al nominado Primer hecho, el Tribunal declaró por unanimidad a F.R.P., autor penalmente responsable del delito previsto por el art. 55 de la ley de Residuos Peligrosos – ley 24.051-, en forma continuada, (arts. 45 y 55 a contrario sensu del C.P.) y por mayoría, coautor del delito previsto por el art. 55 de la ley 24.051- (hecho nominado Segundo de la Acusación) en concurso real (arts. 45 y 55 CP), imponiendo la pena de Tres Años de Prisión en forma de Ejecución Condicional debiendo cumplir por el término de cuatro años las siguientes reglas de conducta: *a)* fijar residencia y no mudar ni ausentarse del mismo por tiempo prolongado sin conocimiento del Tribunal de Ejecución que intervenga, *b)* Realizar trabajos no remunerados por el lapso de diez horas semanales, y fuera de sus horarios de trabajo, a favor del Estado o de Instituciones de bien público vinculadas con la salud debiéndose acreditar mensualmente en forma fehaciente mediante la presentación de la constancia correspondiente ante el Tribunal de Ejecución que intervenga, bajo apercibimiento para el caso de que no cumpliere con alguna regla de disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento y, si persistiere o

reiterare el incumplimiento, de revocar la condicionalidad de la condena y *c*) la pena de inhabilitación especial por el término de ocho años para el ejercicio de la actividad de aplicación de productos agroquímicos, todo con costas. (arts. 5, 26, 27 bis inc. 1 y 8, 20 bis inc. 3, 40 y 41 del CP y arts. 550 y 551 CPP).

Por último, con similar alcance, declaró por mayoría a E.J.P., coautor penalmente responsable del delito previsto por el art. 55 de la ley 24.051 (hecho nominado Segundo de la Acusación) en concurso real con el primero de los hechos, imponiéndole la pena de tres años de prisión en forma de Ejecución Condicional debiendo cumplir por el término de tres años las siguientes reglas de conducta: *a*) fijar residencia y no mudar ni ausentarse del mismo por tiempo prolongado sin conocimiento del Tribunal de Ejecución que intervenga, *b*) Realizar trabajos no remunerados por el lapso de ocho horas semanales, y fuera de sus horarios de trabajo, a favor del Estado o de Instituciones de bien público vinculadas con la salud debiéndose acreditar mensualmente en forma fehaciente mediante la presentación de la constancia correspondiente ante el Tribunal de Ejecución que intervenga, bajo apercibimiento para el caso de que no cumpliere con alguna regla de disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento y, si persistiere o reiterare el incumplimiento, de revocar la condicionalidad de la condena y *c*) la pena de inhabilitación especial por el término de diez años para el ejercicio de la actividad de aplicación de productos agroquímicos, todo con costas (arts. 5, 26, 27 bis inc. 1 y 8, 20 bis inc. 3, 40, 41, y 55 del CP y arts. 550 y 551 CPP).

Como se observa, como pena inherente a la principal, se ordenó como medida de seguridad, la aplicación conjunta de la pena de inhabilitación por el término máximo legal, o sea la de diez años para el ejercicio de la actividad de aérea aplicación de agroquímicos, que difirió de igual pena de inhabilitación al productor (ocho años), ya que el daño producido con su accionar, utilizando una maquinaria terrestre para esparcir agroquímicos rurales, si bien era del mismo tenor que el realizado por el aéreo aplicador, -según el Tribunal- no causa el mismo efecto y posibilidad de un peligro para la salud de las personas, que éste último que lo llevaba adelante en forma aérea.

IV. EL CRITERIO APLICADO PARA DISCERNIR LA COMPETENCIA PENAL AMBIENTAL

La presente causa, no estuvo ajena a la larga controversia acerca de los criterios para discernir la competencia para conocer los delitos contenidos en la ley 24.051, que se plantean de manera recurrente debido a las imperfecciones legislativas que aún se mantienen, determinando la competencia federal en algunos casos y la local en otros tantos.

El criterio que finalmente se adoptó –luego de sucesivas dilaciones-, si bien anterior a la Resolución PGN N° 31/2010, coincidió con dicha Instrucción, adoptando los criterios sostenidos por la Procuración General y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes, y sosteniendo en consecuencia en relación a las acciones penales que deriven de la comisión de los delitos tipificados en el cap. IX de la ley 24.051, la competencia federal o local según que las sustancias, mencionadas en las leyes 24.051 y 25.612, pudieran o no afectar a las personas o al medio ambiente más allá de los límites de la provincia.

Como es sabido, la ley 24.051 contiene una sola norma expresa sobre competencia (Art. 58)⁴ que dispone el conocimiento de la justicia federal para las acciones penales que surjan de dicha ley. Con respecto a las otras acciones, ambientales, civiles y administrativas, relacionadas con la contaminación ambiental, en principio, corresponde a los tribunales ordinarios su conocimiento (Art. 41, 3º párrafo y Arts. 75 inc. 30, 121 y 124 CN; Art. 7º Ley 25.675 y Art. 55 Ley 25.612).

La evolución de criterios sostenidos por la Procuración General y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos precedentes, ha discurrido desde una interpretación literal del Art. 58, entendiendo por una parte, que correspondía la competencia de la justicia federal ya que las disposiciones penales de la ley 24.051 no se integran típicamente con las circunstancias enumeradas en el art. 1º de la ley, que sí limita las facultades de índole administrativa de la autoridad nacional frente a las que le corresponden a las provincias y municipios (arts. 59 y 67) y por otra, en la consideración que la ley 24.051 era de neto carácter federal.

En una segunda etapa, se acepta que los jueces federales investiguen la contaminación para definir su encuadramiento en las figuras penales de la ley 24.051, sin considerar que sean federales o no, por cuanto la investigación tenía por fin comprobar si existía un hecho punible previsto en la ley 24.051 (arts. 2, 55 y 56). Se reconocía así la prevalencia de la justicia federal que previno, para continuar con el trámite de las actuaciones iniciadas por presunta infracción a la ley 24.051, dado que la ausencia de constancias relativas a la necesaria investigación que debe preceder a toda cuestión de competencia, obsta la posibilidad de determinar el exacto alcance de los hechos y discernir el tribunal que corresponde investigarlos.

Con posterioridad, se sostuvo que la justicia federal sólo era competente cuando los residuos en los términos del art. 2º y de los Anexos de la ley 24.051, pudieran afectar a las personas o al ambiente fuera de los límites de la Provincia, ampliando dicha competencia a los supuestos que no se acreditara en la causa que los desechos secuestrados pudieron haber afectado a las personas o al medio ambiente fuera de los límites de la provincia.

Luego, la vigencia de la Ley 25.612 y los conflictos interpretativos suscitados, motivaron la Resolución PGN N° 72/2002, por la que se indicó que la Ley 25.612 no modificó la vigencia del régimen penal establecido por la Ley 24.051, manteniéndose la competencia de la justicia federal para entender en las acciones penales que se deriven de ella y referidas a residuos peligrosos: *“La justicia federal debe mantener y promover su competencia respecto de las acciones penales, conforme al capítulo IX de la ley 24.051; tal criterio, aclaratorio en cuanto a la ley aplicable debe complementarse, necesariamente, con la doctrina del Tribunal plasmada en Fallos: 325:269 y 823, en cuanto a que la competencia del fuero federal sólo se justifica en los casos en los que se hubieren comprobado los supuestos de excepción contemplados por el art. 1º de la ley 24.051”*. La conclusión antes referida no se contraponía

⁴ Art. 58: Será competente para conocer de las acciones penales que deriven de la presente ley la Justicia Federal. (Ley 24.051). Art. 55: Será competente para conocer de las acciones que derivan de la presente ley la Justicia ordinaria que corresponda. (Ley 25.612).

con la interjurisdiccionalidad que como regla determina sin más la intervención de la justicia federal, aun cuando se trate de residuos industriales y no peligrosos.

Por su parte la regla del art. 7º de la Ley 25.675, reforzó la integración de las fuentes constitucionales, entendiéndose que los actos administrativos emanados de la Provincia que conciernen a la preservación del ambiente, resultan de competencia de los poderes locales, de conformidad con los artículos 41, párrafo 3º, 121, 122 y 124 de la CN. En consecuencia, compete a la autoridad provincial imponer recaudos para efectuar el transporte interjurisdiccional de los residuos peligrosos, por cuanto la aplicación de la ley 24.051 a determinados residuos destinados a remitirse a un operador radicado fuera del territorio provincial no excluye la aplicación de la normativa local en la misma materia.

Por última la citada Res. PGN N° 31/2010, ratificó que el art. 55 de la ley 25.612 no ha modificado la competencia federal para entender en la materia en los casos en que las sustancias pudieran haber afectado a las personas o al medio ambiente más allá de los límites de una provincia.

V. LA SUSTANCIA DERRAMADA POR LA DERIVA DE AGROQUÍMICOS ES RESIDUO PELIGROSO EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 24.051

El delito de contaminación ambiental en los términos del art. 55 de la ley 24051, como primer requisito típico exige que la sustancia que constituya un posible contaminante al ambiente, sea un residuo peligroso, definición que –según el Tribunal- no está en la ley sino que se alcanza por vía de interpretación.

La problemática planteada no es nueva, y reconoce un dilatado tratamiento doctrinario⁵, que da cuenta de la dificultad de tener que diferenciar lo que es un residuo de lo que es una sustancia o un producto. Es que para poder aplicar las figuras típicas de los arts. 55 y ss. de la Ley 24.051, se requiere la presencia de un residuo y no de una sustancia, es decir, un desecho cuyos componentes que deben estar presentes en el residuo para que éste sea peligroso (Anexos I y II).

En materia de contaminación ambiental se debe demostrar la aptitud en cada caso para producir los efectos que exige el tipo penal y en los delitos de peligro debe determinarse la idoneidad para crearlo y se debe analizar la capacidad potencial del residuo de causar contaminación y cuál ha sido su efectiva incidencia sobre el suelo, el aire, el agua o el ambiente, es decir se requiere el componente típico previo de una efectiva incidencia sobre el medio. La figura del art. 55 de la ley 24.051 no requiere el efectivo daño en la salud sino sólo la potencialidad de que ello ocurra, es decir la peligrosidad en sí de la contaminación.

⁵ Cfr. ESAIN, José A. - GARCÍA MINELLA, Gabriela: “El derrame de petróleo en las costas de Magdalena: Breves consideraciones acerca de las figuras penales y la justicia competente en la Ley Nacional de Residuos Peligrosos (ley 24051)”, *Jurisprudencia Argentina*, 7/4/2004; CAFFERATTA, Néstor A. *Jurisprudencia en materia de hidrocarburos derramados*, en *LLPatagonia* 2004 (febrero), 13; del mismo autor: “El aporte del derecho penal a la protección ambiental”, en *J.A* 1993-I-228; “Marcando pautas en materia de delitos ambientales”, en *J.A* 1993-II-476; “La utilidad de la experticia en la comprobación del cuerpo del delito penal ambiental por residuos peligrosos”, *JA* 1994-I-578; “De la complejidad de la prueba en materia penal ambiental”, *J.A* 1997-II-231, entre muchos otros.

Atendiendo a que el tipo penal contiene elementos normativos de carácter científico, el Tribunal efectuó las precisiones correspondientes acerca del alcance de los términos “residuos peligrosos”, “ambiente” y “contaminación”.

Resulta de interés analizar los criterios y argumentos del Tribunal acerca de la configuración del primer requisito típico, que exige que la sustancia que constituya un posible contaminante al ambiente, sea un residuo peligroso.

En el marco de la ley 24.051, puede decirse que residuo, es toda materia o sustancia que resulte objeto de desecho o abandono y será peligroso cuando al mismo tiempo reúne las demás cualidades legales de identificación establecidas por el Decreto reg. N° 831/93.

Una primera caracterización es la referencia a “*sustancias, agroquímicos que causan daño porque dejan residuos tóxicos*”, agregando el Tribunal “*como primera referencia debo aclarar que no estamos frente a una interpretación extensiva de las conceptualizaciones que se analizaran, sino que se interpreta literalmente lo que la ley ha previsto. No es posible pensar que la norma que prohíbe la contaminación con residuos, es algo distinto o no comprende el caso de contaminación con sustancias*”.

De ello se infiere que para que la tipificación las sustancias (agroquímicos) que constituyen un posible contaminante al ambiente, sea un residuo peligroso, la Cámara ponderó dos aspectos: Por una parte, que la Ley 24.051 en su art. 2º, además de señalar de manera genérica, lo que constituye un residuo peligroso, establece que en particular serán considerados peligrosos los residuos indicados en el Anexo I o que posean alguna de las características enumeradas en el Anexo II de la Ley.

En el primer Anexo, encontramos con el Cód.Y4, “Desechos resultantes de la producción, la preparación y utilización de biocidas y productos fitosanitarios”. En el Anexo II, con el Cód. H 6 1, “Tóxicos –venenosos-agudos”; con el Cód H11 “Sustancias tóxicas con efectos retardado o crónicos” y con el cód H12, “Ecotóxicos”, todos ellos mencionados en la acusación.

La utilización por el legislador de la conjunción disyuntiva, nos indica la extensión que la ley otorga al concepto de residuos peligroso, incluyendo a) todo residuo que pueda causar daño a seres vivos o contaminar el ambiente o sus elementos, b) los comprendido en el Anexo I o que tengan alguna de las características del Anexo II y c), los que siendo residuos peligrosos por estar incluidos en alguno de los dos conjuntos anteriores, sean utilizados como insumos en un proceso industrial⁶. La discriminación, que acaece cuando la norma pormenorizadamente incluye una lista de sustancias que deberán ser tenidas como residuos, anexada a la definición, es un criterio normativo por el que una sustancia u objeto será

⁶ Cfr. FRANZA, Jorge Atilio, IUD, David Lázaro, “Regulación de los Residuos Industriales y Peligros en la República Argentina, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2011 pag. 32).

residuo sólo por integrar la lista. Este elemento se verifica en los anexos de la ley nacional 24.051⁷.

En sintonía con ello, la Cámara sostuvo que las acciones mencionadas por el art. 55 de la Ley 24.051, están referidas necesariamente a residuos, restos provenientes de procesos productivos de manera que resulta sobreabundante la inserción de las tres acciones típicas, por cuanto todas ellas tienen idéntico significado jurídico-penal, o sea, cambiar el estado natural de la tierra, el agua, la atmósfera o el ambiente en general, agregando sustancias o elementos que alteran dicho estado, en el caso por la deriva de agroquímicos.

En consecuencia, entendemos que dicha deriva⁸ y volatilización, que puede definirse como la “dispersión de los agroquímicos en el medio ambiente” de modo que incluya tanto a los agroquímicos acarreados por el viento como cualquier movimiento del pesticida lejos de su sitio de aplicación, deja de ser sustancia para convertirse en desecho involuntario.

Utilizar los residuos, significa desprender de ellos y desprenderse implica liberarlos, ya sea al agua, tierra, aire, al ambiente en general alterando el estado de estos, y dicha liberación de los residuos que alteran el estado preexistente del medio en que se vierte, debe tener entidad para poner en peligro la salud.

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 del fallo, en relación a los hechos nominados primero y segundo.

En este sentido, la postura de la Cámara, se identifica con el voto en disidencia del Ministro Vázquez en la causa “Contaminación Arroyo Sarandí”, cuando sostuvo que “*se debe concluir que la contaminación de un arroyo por medio de un pesticida altamente peligroso, que usado en concentraciones inadecuadas podría implicar peligrosidad tóxica para humanos, constituye un hecho punible de los previstos en los arts. 2º, 55 y 58 de la ley 24.051*”⁹.

Como se observa, si la deriva y volatilización de agroquímicos, sea por acción del viento u otra condición idónea voluntaria o involuntaria, con aptitud para su dispersión en el aire, suelo o agua o al ambiente en general, constituye un residuo peligroso, el Tribunal sienta el criterio para definir el primer requisito típico que se exige para que se configure el delito de contaminación ambiental en los términos del art. 55 de la ley 24051, esto es, que la sustancia que constituya un posible contaminante al ambiente, sea un residuo peligroso.

⁷ ESAIN, José A. - GARCÍA MINELLA, Gabriela: “El derrame de petróleo en las costas de Magdalena: Breves consideraciones acerca de las figuras penales y la justicia competente en la Ley Nacional de Residuos Peligrosos (ley 24051)”, *Jurisprudencia Argentina*, 7/4/2004.

⁸ El movimiento de la gota herbicida resultante de la pulverización fuera del área donde se encuentra el objetivo buscado (maleza, cultivo, insecto, etc.) se denomina deriva y es favorecida por el viento, altura de la barra y tamaño de la gota. La ocurrencia de daños por deriva de herbicidas es frecuente, aún en el mismo campo del productor, como consecuencia de la vecindad de cultivos diferentes o estadios de crecimiento distintos para una misma especie.

⁹ “Contaminación Arroyo Sarandí s/ley 24.051”, 02/12/1999, Fallos 322:2996.

Con ello, la aplicación de los criterios hermenéuticos mencionados, los requisitos típicos cobran una inusitada amplitud, toda vez que la deriva de pesticidas es inevitable cada vez que se fumiga. La magnitud de la deriva es máxima a partir de la fumigación aérea, en la cual típicamente se pierde hacia la deriva alrededor de un 40 % del pesticida aplicado. La deriva de aplicaciones aéreas rutinariamente es constatada a cientos de metros del sitio de aplicación, y puede llegar a varios kilómetros. Incluso la fumigación terrestre puede derivar a distancias considerables.

Los efectos de la deriva sobre la salud humana son difíciles de investigar, aunque existen varios estudios¹⁰ que documentaron problemas sanitarios vinculados a este tipo de exposición¹¹. La deriva ocurre en todo lugar y momento en los que se utilizan agroquímicos mediante aplicación aérea. La magnitud de deriva puede variar entre un 5 y un 60 % aunque se estima que alrededor de un 40% de una aplicación aérea de pesticidas abandona el “área blanco”.

Varios agroquímicos de extenso uso se encuentran con frecuencia muy lejos del sitio de su aplicación y en concentraciones bastante mayores a los niveles de exposición aguda o crónica considerados “seguros” por las distintas normativas sobre aplicación de agroquímicos, y en consecuencia, se pone en evidencia la fragilidad de las denominadas áreas de protección o exclusión y sus correlativas distancias de seguridad. La discusión respecto a los estándares toxicológicos actuales para el establecimiento de la magnitud de la franja de protección sanitaria periurbana, debe partir de un enfoque que primero reconozca las insuficiencias en los criterios vigentes y luego, mida su efectividad en términos de la mayor precaución posible.

La idoneidad del residuo (deriva/ volatilización) para afectar el bien jurídico, requiere que el mismo, 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 anotado.

VI. REFLEXIONES FINALES

El “caso Ituzaingó Anexo”, constituye uno de los indicadores paradigmáticos del estado de incertidumbre de la información y el desconocimiento de los efectos ambientales y sanitarios reales que está ocasionando la aplicación de agroquímicos en áreas periurbanas argentinas. La información disponible continúa siendo extraída en su gran mayoría de estudios realizados en otras latitudes, con condiciones físicas, sociales, políticas, económicas y biológicas potencialmente diferentes a las existentes a nivel local.

Empero, la falta de certeza científica de estudios locales, no debe usarse como excusa para atenuar los controles o postergar aquellas medidas que impidan la degradación del

¹⁰ KACZEWER, Jorge: Uso de Agroquímicos en las Fumigaciones periurbanas y su efecto sobre la Salud Humana, Facultad de Ciencias Médicas, UBA.

¹¹ BONAPARTE, Eugenia Bianca; RUBINI PISANO, María Aimé; VERA, Florencia Cecilia; Fernando Barri; Cecilia Arguello: Mapas de riesgo por deriva de plaguicidas en barrio Ituzaingó Anexo, Córdoba, Argentina, Cátedra de Problemática Ambiental - Escuela de Biología - FCEfyN – Universidad Nacional de Córdoba.

ambiente y el deterioro de la salud humana. Por el contrario, es necesario imponer una actitud de vigilante anticipación (precautoria) que identifique aquellas circunstancias susceptibles de devenir problemáticas¹².

No existe una exacta y confiable información de los compuestos presentes en la mezcla química aplicada; los niveles de concentración de cada uno de estos compuestos; los efectos a bajas dosis y a largo plazo que de ellos se puede derivar; la dinámica de acumulación del principio activo, las impurezas y los coadyuvantes en el ambiente y en los organismos de las personas expuestas; los efectos sinérgicos de la exposición química al combinarse con otras fuentes de contaminación existentes; una línea de base sobre la salud pública en poblaciones afectadas; información sobre la población sensible a la exposición de tales compuestos (niños, ancianos y mujeres embarazadas); el alcance geográfico de las aplicaciones; el comportamiento de la deriva y volatilización del herbicida a causa del viento; los efectos del glifosato sobre los insectos benéficos y los polinizadores; información sobre las especies endémicas y en vías de extinción afectadas, entre otras cuestiones.

La incertidumbre científica y presión del modelo económico, caracterizan un complejo panorama que cuestiona la capacidad de respuesta del conocimiento científico ante los principales desafíos de la época, desbordando la esfera propiamente técnica, por cuanto *“la sociedad se ha convertido en un laboratorio donde las decisiones sobre el progreso tecnológico y su control se convierten en un problema colectivo”*¹³.

La percepción social sobre el riesgo de la prevalencia de informes científicos utilizados para legitimar una u otra decisión pública en la problemática, es cierta. La investigación así, al estar orientada por una preocupación política en particular, convierte los intereses científicos en una pieza susceptible de manipulación, transformando el papel de los investigadores de “artesanos independientes” a empleados de “conocimientos corporativos”¹⁴.

Se trata, entonces, de ir más allá de una perspectiva negativa de los riesgos y las incertidumbres, estimulando y exigiendo una clara conciencia de responsabilidad social en todas y cada una de las fases del proceso de evaluación y gestión de riesgos biotecnológicos.

¹² RAMÍREZ, Omar: “El Principio de Precaución: la certeza de la incertidumbre. ¿El caso de la aplicación de plaguicidas en áreas periurbanas argentinas?”, en <http://www.revista-theomai.unq.edu.ar/numero16/ArtRamirez.pdf>

¹³ BECK, U: La sociedad del riesgo global. Madrid, Siglo XXI, 2002.

¹⁴ GALLPOIN, G.; FUNTOWICZ, S.; O'CONNOR, M.; RAVETZ, J.: “Una ciencia para el siglo XXI: del contrato social al núcleo científico”, en Revista internacional de ciencias sociales. La ciencia y sus culturas, UNESCO, 2001, n. 168, pp. 47-62.