

CAPÍTULO VII

OMISIONES LEGALES Y FÁCTICAS QUE IMPLICAN OTRAS VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS

SECCIÓN A: DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DELITOS DE "CUELLO BLANCO".

1. *La tipificación de delitos económicos y la realidad. Vacíos de punibilidad.*— a) El tema de los delitos económicos refleja como pocos la función selectiva que las actuales corrientes criminológicas denuncian respecto al derecho penal. En primer lugar, son características de este subsegmento los vacíos de punibilidad determinados por los cambiantes perfiles de la compleja realidad crematística frente al relativo inmovilismo jurídico.

Una segunda peculiaridad, complementaria de la anterior, consiste en la levedad de las consecuencias penales asociadas por el legislador a las conductas efectivamente delineadas en el código y leyes complementarias. La sanción más frecuente, en efecto, es la multa, conminada en forma separada, alternada o conjunta con otras que apuntan —genéricamente— a la existencia o funcionamiento de las personas jurídicas, antes que a la concreta privación de bienes jurídicos a los autores, tales como suspensión o cancelación de licencias, clausura de locales, comiso, etc.

Lo evidente de tal situación en el terreno normativo y la potenciación de la selectividad apuntada a nivel fáctico, a partir de la insoslayable concentración del poder económico y los mecanismos de control social en la clase o estrato hegemónico, han originado un sinnúmero de iniciativas doctrinales enderezadas a reconocer y caracterizar el fenómeno y vislumbrar las líneas de política criminal aptas para la neutralización o morigeración de la selectividad verificada y a defender las

relaciones económicas, que se encuentran permanentemente amenazadas por la invulnerabilidad de sus agresores. Indudablemente, no pasa de configurar un simplismo inaceptable el mero recurso punitivo consistente en ampliar el elenco de figuras delictivas o el agravar las escalas penales previstas, y al respecto cabe adjudicar razón a las teorías que atribuyen a la ley funciones ideológicas, simbólicas y utilitarias que, lejos de atacar la inequidad comprobada, implican refuerzos al *statu quo* descrito.

Mas cabe actuar con prudencia a los hombres de derecho comprometidos con la búsqueda de un orden jurídico liberador y a la vez garantizador de los Derechos Humanos, en el trance de replantear la base axiológica del sistema penal, si se desea avanzar hacia una auténtica igualdad, resguardando al propio tiempo la seguridad jurídica de las personas en comunidad.

Un examen de las legislaciones latinoamericanas revela, en primer lugar, que ciertos bienes jurídicos ni siquiera han sido seleccionados como merecedores de protección penal al tiempo de acuñarse los cuerpos de leyes vigentes o de introducirse reformas en los textos originales. Ni el orden fiscal ni la economía popular, ni los derechos del consumidor, ni la regularidad en la creación y funcionamiento de las sociedades, han movilizadado a los codificadores a los fines de su consideración como entidades cuya relación de disponibilidad conforma parcialmente el sustentáculo de la paz social.

Lo dicho no obsta, como se apreciará en otros temas, a la progresiva aparición en los textos constitucionales, de formulaciones generales sobre el particular, como acontece en Venezuela, donde la norma fundamental anuncia que "la ley dictará normas para impedir la usura, la indebida elevación de precios y, en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica" (art. 96). "No se permitirán monopolios..." (art. 97). "El Estado podrá reservarse determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional" (id.). Otro ejemplo de lo expuesto es el extensísimo art. 28 de la Constitución mexicana. Pero, en la medida en que estas bases programáticas no resulten implementadas efectivamente, la argumentada protección al orden económico-social demora en cristalizarse, emergiendo frecuentemente como respuesta

más o menos improvisada a bruscas oscilaciones de la estructura que intentan regir.

Es esclarecedor en este rubro el caso de Colombia. Hasta fines de 1982 sólo la usura y la malversación de créditos oficialmente regulados emergía en el panorama normativo como respuesta a una problemática económica de creciente complejidad y signo acuciante en nuestra región. Sólo entonces, una aguda crisis registrada en el sector financiero condujo al gobierno, en uso de facultades extraordinarias, a la sanción del decreto 2920/82 conteniendo tipos tales como la utilización de fondos captados al público en operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la superintendencia bancaria o de otras sociedades (art. 18), el otorgamiento de créditos o concesión de descuentos a los accionistas de una sociedad por parte de directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las mismas (art. 19) y la captación habitual y masiva de fondos públicos, sin la autorización correspondiente (art. 20).

Sin perjuicio, pues, de estas actualizaciones forzadas por verdaderas situaciones de emergencia, se aprecia en el área una acusada rigidez normativa, incompatible con la dinámica económica de toda sociedad moderna. Temas fundamentales, como la falencia de las sociedades civiles o comerciales o la incolumidad de la hacienda pública, son apuntalados desde el derecho penal por preceptos seculares que, pese a su noble y aquilatada procedencia, resultan insuficientes para atrapar novedosas modalidades de comportamiento enderezadas a lesionar el patrimonio particular o estatal en forma que ponen en peligro las relaciones económicas.

En punto al delito de quiebra, específicamente, frente a códigos que —pese a dispensarle un tratamiento tradicional— distinguen la forma culpable de la fraudulenta, previendo también la insolvencia fraudulenta del deudor civil y de las sociedades civiles, como acontece en Uruguay (arts. 253 a 255 del código penal), otros se limitan a prever la quiebra fraudulenta (Colombia, art. 1993 del código de comercio), sin siquiera integrarla al código de fondo en materia penal. En la Argentina, pese a estar legislada tradicionalmente, en la práctica casi no tienen lugar casos de quiebra punible.

Con referencia a los abusos del poder económico, también es la incuria del legislador el dato característico. Sólo al-

gunos países han previsto la represión del monopolio (Argentina desde la ley 12.906; Panamá, art. 379 del código penal) y, en general, se trata de incorporaciones recientes, como el decreto ley chileno 211, de 1973, o el propio código panameño de 1982. Lo frecuente es que los delitos de usura, circunvención de incapaces y agiotaje, agoten el tema, como acontece, v.gr., en Costa Rica (arts. 236 a 238 del código penal). El más elemental análisis de nuestra realidad autoriza a estimar crudamente insuficiente la protección jurídica del campo macro-económico, centrada sobre tales figuras, como también a predecir los motivos del aparente descuido generalizado.

Lo dicho se robustece al enfocar el tema de los abusos de poder económico de las empresas transnacionales. Puede aseverarse que no existe, en toda Latinoamérica, un aparato normativo básicamente suficiente para enfrentar tales formas de delincuencia, fatídico azote para nuestras expoliadas economías. Fuera de las disposiciones generales sobre artículos de primera necesidad o especialidades farmacéuticas, el hueco legal es prácticamente total, sin que las modernas reformas ni los nuevos cuerpos de leyes vigentes reparen tal inobservancia. Por lo demás, algunos de los códigos consultados carecen de disposiciones que doten de eficacia extraterritorial a la ley penal que prevé y reprime este tipo de delitos. En efecto, mientras en algunos países la cuestión se resuelve con alusión global a la producción de efectos en el país de delitos cometidos en el extranjero —Argentina, art. 1 del código penal; México, art. 2, inc. 1—, en otros como Paraguay se reserva tal eficacia extraordinaria a los ilícitos contra la seguridad del Estado o la fe pública, limitando la regla referente a los efectos para los delitos que los produzcan con exclusividad en el territorio nacional, condición que reduce notablemente su proyección normativa (art. 9 del código penal). Rasgo similar exhibe el código de Venezuela, que a pesar de los dieciséis incisos de su art. 4, en el que se detallan los diversos casos de extraterritorialidad de la ley penal, sólo acuerda tal extensión en razón de la materia a los delitos contra la seguridad de la república, la piratería y los delitos atroces y contra la humanidad, la trata de esclavos, el estado civil, la salud pública y la falsificación de moneda o títulos públicos. A diferencia de éstos, los ordenamientos sustantivos de Colombia (art. 15, inc. 1), Costa Rica (art. 5, inc. 1) y El Salvador (art. 7, inc. 1), incluyen

el orden económico y social o la economía nacional como bienes jurídicos pasibles de protección jurídico-penal extra-territorial.

Los más destacados estudios de la criminalidad económica han reparado sobre la conformación de una intensa cartelización internacional a manos de las empresas multinacionales, cuyos directivos logran eludir la de por sí deficiente trama punitiva de las legislaciones de cada país, trasladando tramos de su dinámica comercial a sitios internacionales libres de tales restricciones. Si a esas maniobras "para-delinuenciales" (Delmas Marty y Tiedemann) se suman las prácticas abusivas del poder económico en materia de precios, discriminación, transferencia de tecnología, etc., se torna claramente discernible la necesidad de los países periféricos de ampliar el campo de aplicación de sus disposiciones penales, como paso complementario a la actividad legislativa que remedie las lagunas normativas evidenciadas tras el análisis efectuado. Ello no excluye, obviamente, el desarrollo de legislación civil que provea a la reparación integral del perjuicio causado, estimable mediante reglas objetivas de responsabilidad y perseguibles contra la propia empresa transnacional, ni el resorte adscrito al poder soberano de todo país de nacionalizar la entidad transnacional.

b) Los vacíos de punibilidad puestos de manifiesto respecto de los delitos económicos no son tales en materia de corrupción administrativa. La raigambre lamentablemente añeja de los delitos contra la cosa pública cometidos por los funcionarios del Estado, explica la uniforme normación de conductas tales como el cohecho, la malversación de caudales públicos, los fraudes a la administración y las negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública. Sin lugar a dudas, la complejidad del aparato burocrático de cualquier país moderno conlleva la posibilidad de comisión de conductas ilícitas en el manejo del mismo de un nivel de sofisticación desconocido en épocas pretéritas. Ello se ve agravado en nuestras repúblicas, donde se comprueba una hipertrofia de aquel aparato, debido a muy diversos factores, entre los que cabe destacar la ausencia de un criterio técnico en la admisión y formación de los cuadros administrativos, con innegable incidencia a superponer intereses partidistas o estamentarios al fin de bienestar general.

De todos modos, como lo afirmáramos, puede predicarse asertivamente en punto a la consagración legal de las figuras delictivas esenciales, en materia de corrupción administrativa, en las diferentes legislaciones examinadas. La deficiencia acusada por las legislaciones latinoamericanas estriba, en cambio, en este tópico, en la levedad de las escalas penales previstas y aun de las especies de penas elegidas para sancionar las conductas tipificadas.

No cabe mayor margen de discusión en torno a la benevolencia con que legisladores y jueces tratan esta temática y a la aceptación social que logra el delincuente de "cuello blanco" frente al convencional. Pero en ciertos casos, extraídos del análisis de los cuerpos de leyes de nuestro subcontinente, la existencia de eximentes o atenuantes vinculados a la reparación del perjuicio y la desproporción entre la pena fijada para otros delitos y la señalada para los cometidos por funcionarios públicos contra la administración estatal es de tal magnitud, que explican por sí sola los fundamentos de la acerva crítica que la criminología suele deparar al derecho penal tradicional. El código penal del Paraguay, v.gr., reserva para el malversador de caudales públicos una pena de penitenciaría sensiblemente menor que la que dispone para modalidades ilícitas, tales como el arrebató o "raponazo" (cuatro a ocho meses de penitenciaría en el primer caso y seis a doce meses en el segundo), con el añadido de eximir de la pena privativa de libertad al malversador que, antes del auto de prisión, reintegrare espontáneamente los valores distraídos (arts. 164 y 165, 391). En Uruguay, el peculado es sancionado con un año de prisión a seis de penitenciaría e inhabilitación con ese máximo (art. 153 del código penal), frente a cuatro, a diez, y seis años de penitenciaría reservados para el autor de rapiña simple (art. 344), con el agregado —en el caso del funcionario público— de una circunstancia atenuante especial consistente en la reparación del perjuicio antes de la acusación fiscal, si se tratare de dinero o de cosas de poco valor (art. 154). El servidor público corrupto sufre de seis meses a dos años de prisión en Panamá (art. 331 del código penal), frente a los tres a cinco años que amenazan al autor de extorsión. Aun en el código que contiene una escala penal de relativa gravedad para este tipo de delitos, como acontece en El Salvador, donde el peculado tiene una sanción de uno a diez años de prisión —art.

438— la presencia de la cláusula extintiva de dicha pena ante la devolución del total de lo sustraído durante el período de la instrucción (art. 440), da cuenta de un tratamiento muy dispar de este tipo de conducta frente al que recibe el delincuente convencional. De cualquier manera cabe tener en cuenta que la práctica señala que, en la mayor parte de los casos, las penas por estos delitos recaen sobre funcionarios o empleados de las jerarquías menores. Se trata de delitos en los que frecuentemente la criminalización es irritativamente selectiva, siendo lo común su instrumentación política, el escándalo o bien la pretendida pureza de la imagen mediante la criminalización del más vulnerable. Al menos, ya que la ley no puede corregir esta selectividad, sería oportuno que intentase una cuantificación bien diferenciada para casos de menor gravedad o la desincriminación de algunos casos de bagatela.

En consecuencia, se recomienda:

1) *Consagrar en los códigos que no la prevén, la protección penal del bien jurídico "economía nacional" o fórmula equivalente, introduciendo las figuras que representen lesión o peligro concreto de su incolumidad.*

2) *Regular jurídico-penalmente las actividades de las empresas multinacionales, sin perjuicio de la futura elaboración de un derecho penal internacional enderezado al tópico, y prever la aplicación extraterritorial de la ley penal nacional a los ilícitos de esa índole.*

3) *Compatibilizar la respuesta punitiva reservada a los delitos de corrupción administrativa con las figuras de delincuencia convencional, homogeneizando las escalas penales de ilícitos de magnitud comparable y eliminando eximentes o atenuantes diferenciales para los delitos cometidos por funcionarios públicos.*

4) *Establecer escalas bien diferenciadas para los casos de menor importancia y desincriminar los supuestos de bagatela.*

2. *La responsabilidad de los directores y administradores de personas jurídicas.*— Las dificultades con que se tropieza cuando se intenta formular un juicio de tipicidad respecto de conductas ilícitas cometidas en el tráfico nacional o internacional ha conducido a destacados cultores de la criminología contemporánea y a algunos penalistas a negar la operatividad de principios reconocidos por el derecho penal clásico, tales

como el de responsabilidad individual frente al orden punitivo por el injusto cometido.

Sin dudar de los buenos propósitos subyacentes en tales iniciativas, es menester reparar en los inconvenientes derivados de esas posiciones doctrinarias en la medida en que llevaren a admitir una responsabilidad penal sin culpabilidad. Superponer razones de política social o interés colectivo a axiomas reconocidos por el derecho penal atenta no sólo contra la congruencia del sistema, sino contra su propia subsistencia. No cabe duda de la imperiosa necesidad de concretar un esfuerzo innovador en lo normativo para enfrentar las nuevas y variadas formas de delincuencia económica organizada, pero de allí a abandonarse a un modelo jurídico-penal autoritario hay una distancia apreciable y los Derechos Humanos están en juego en tal opción.

Ciertas disposiciones latinoamericanas sobre esta clase de ilícitos reflejan la pugna planteada entre los principios jurídico-penales tradicionales y las previsiones del inorgánico derecho penal económico.

La ley 14.095 del 17 de noviembre de 1972, de la República Oriental del Uruguay, tras descubrir figuras tales como agio cambiario, negocio ilegal de divisas, fraude en la instrumentación de actos de comercio exterior, insolvencia societaria fraudulenta, usura, etc., admite que en los delitos allí tipificados "se encuentran implicados como autores, coautores o cómplices, personas jurídicas" (art. 12). No resulta difícil advertir, tras una disposición como la trascrita, el aliento de posturas extremas del formalismo jurídico, conceptualizadora de las personas físicas y jurídicas como meros núcleos de imputación normativa. Lo cierto es que cualquier intento de abordar la conducta o la acción humana como carácter genérico de la teoría del delito, desplazará lisa y llanamente un precepto como el aludido.

Pero no acaban aquí las consideraciones que merece la norma escogida, como muestra el panorama de corrientes encontradas que se aprecian en este aspecto del sistema penal. El artículo declara que, en aquellos casos en que una persona jurídica resulta implicada como autora, coautora o cómplice de un delito, los directores, síndicos o administradores de las mismas, serán también considerados en ese carácter según, las circunstancias del caso. Salvo que "las circunstancias del caso"

resulten ni más ni menos que la comprobación de un injusto personal y la posibilidad de reproche por su comisión, la máxima aparecería erigiendo o consagrando una forma de responsabilidad objetiva repugnante a los principios del juspenalismo democrático. Ciertamente es que el siguiente párrafo del mismo artículo concurre a morigerar la situación, al aclarar que lo dispuesto precedentemente “no será aplicable para aquellos directores, síndicos o administradores que hayan dejado constancia en acta de su voto negativo a los actos incriminados o prueben de manera fehaciente su oposición a los mismos o resulte que no tuvieron conocimiento de los hechos ni intervención en ellos”. Aunque la problemática del error queda fuera de los alcances de esta cláusula eximente, es notorio el intento del legislador por limitar la operatividad impresa a la norma por el párrafo anterior.

El ya mencionado decreto 2920/82 de Colombia, ha creado diversos tipos penales, de los que resultan sujetos activos los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las entidades financieras que desvíen fondos captados al público, otorguen créditos o efectúen descuentos a los accionistas de la propia entidad o capten dinero sin autorización (arts. 18 a 20). En materia de quiebra el art. 1999 del código de comercio consagra la responsabilidad penal de los “encargados actuales de la dirección o administración de los negocios sociales, o a los que hubieren ejercido durante el año anterior a la declaración de quiebra, llámense gerentes, miembros de juntas directivas, consejos de administración o de cualquier otra manera”. En la medida en que tanta energía conceptual resulte tamizada por el análisis individual de las conductas, no caben objeciones, mas la estructuración normativa permite albergar incertidumbre acerca de ello.

En el caso de Costa Rica, la ley de propiedad intelectual señala en su art. 74 que “de las defraudaciones de la propiedad científica, artística y literaria cometidas por medio de publicación, responderán en primer término, el que aparezca como autor del fraude y, en su defecto y sucesivamente, el editor y el dueño del establecimiento tipográfico, salvo prueba de la inculpabilidad respectiva”. Como se observa, la postrera frase reinstala en su sitio el principio de responsabilidad individual. Ocurre lo propio con la “Ley sobre enriquecimiento ilícito de los servidores públicos”, que en su art. 26 puntuali-

za: "Cuando los delitos a los que se refiere la presente ley se realicen a través de una persona jurídica o con su participación, la responsabilidad se atribuirá a sus personeros, gerentes, administradores o directores, que hayan participado o consentido la acción, sin perjuicio de que las consecuencias civiles del delito recaigan, además, sobre la sociedad o compañía". Estimamos que éste es el camino correcto, ya que revela a un tiempo preocupación por atrapar en el marco normativo las conductas de quienes asumen posiciones funcionales que los erigen en garantes especiales de los bienes jurídicos afectables por la actividad empresarial y respeto por las bases sobre las que descansa esa herramienta maltrecha pero, al fin y al cabo, perfectible, que es el derecho penal, cuyas disposiciones, como se ha dicho alguna vez, podrían ser eficaces, a condición de ser aplicadas.

Cabe observar que, en ocasiones como la pretensión de atrapar a la persona jurídica en la ley penal, lejos de ser una forma de severidad punitiva, en realidad se traduce en una forma de impunidad. Sabemos que el derecho penal, aun en supuestos de responsabilidad objetiva —que es inadmissible— debe respetar estrictamente la legalidad y otros principios que no rigen, como es natural, para sanciones administrativas o de otra índole. En algunos países la impunidad administrativa parece querer compensarse con una severidad penal, que sólo es aparente, pues en la práctica, dada la dificultad impuesta por los necesarios e ineludibles límites garantizadores del derecho penal, nunca se efectiviza contra una persona jurídica de cierta importancia y que no esté enfrentada abiertamente a otros intereses económicos más poderosos.

En consecuencia, resulta *recomendable*:

1) *Asegurar la punición de los directores y administradores de personas jurídicas, en la medida en que les quepa una "intervención responsable" en la ejecución del hecho prohibido, es decir, manteniendo la regla del nullum crimen sine culpa frente a la adopción de otras que, como la strict liability, tienden a desconocer el rol esencial de la culpabilidad como antecedente de la sanción penal.*

2) *Consagrar un sistema adecuado de sanciones a las personas jurídicas, respetando la naturaleza jurídica de tales sanciones, sin perjuicio de instrumentar los mecanismos y órganos*

competentes en la medida en que resulten más eficaces para cada supuesto.

3. *Procedimiento en materia penal económica.*— La argumentada conveniencia de poner en funcionamiento organismos dependientes del poder administrador, en la tarea de prevenir, investigar y sancionar ilícitos económicos, poco discutible en el hemisferio norte en punto a eficiencia y regularidad, merece reparos en lo atinente al área que abarca esta investigación.

Los países latinoamericanos han experimentado —en mayor o menor medida— el sometimiento a regímenes autoritarios, durante cuya vigencia se conculcaron los derechos y garantías individuales en beneficio de grupos dominantes. Esa historia reciente y parcialmente actual, explica los cuestionamientos suscitados por la tendencia a imitar a los países industrializados en la “administrativización” del nuevo derecho económico, con la correlativa “desjudicialización” del mismo.

Pese a esas objeciones, diversos países del área concretaron la creación de órganos de prevención y de control de las actividades económicas, con resultados que distaron de ser satisfactorios.

En la Argentina, por ejemplo, funciona una comisión nacional de defensa de la competencia, encargada de la sustanciación —previa a la eventual acción judicial— de un procedimiento administrativo cuyas conclusiones no resultan afectadas por las decisiones que se adopten en la instancia judicial (ley de facto 22.262/80). Dicho producto legislativo reemplaza a la ley 12.906/46, de represión de la especulación y el monopolio, que creara —a su vez— un departamento de defensa de la competencia, cuya actividad no fue eficaz en punto a su vertebración con el subsegmento judicial: en más de tres décadas de funcionamiento, sólo se registró una condena por infracción a dicha ley ante los estrados judiciales. Otros organismos de la región, participantes de similares observaciones a las apuntadas, son el “Consejo Administrativo de Defensa Económica” del Brasil, que fuera creado por la ley 4137/82, y las comisiones preventivas provinciales y central, la comisión resolutoria y la fiscalía, creados por decreto ley 211/73 en Chile para “la prevención, investigación y persecución de

los atentados a la libre competencia y para su represión" (art. 6 ley cit.). Uno de los más centralizados en su accionar y de más vasto espectro operativo es el "Cepyrde", cuerpo especial de prevención y represión de delitos económicos, originado en la ley 14.095/72 del Uruguay. De oficio o mediante denuncia investiga los delitos económicos, actuando asimismo como auxiliar, colaborador y asesor de la justicia, si bien sus facultades son amplísimas (exigir exhibición de libros, documentos, correspondencia, intimar la comparecencia de los investigados, incautar hasta por seis días la documentación del caso, inspeccionar muebles e inmuebles, requerir información a terceros; para registrar locales cerrados o domicilios o interceptar correspondencia de particulares, debe solicitar la correspondiente orden judicial).

El enorme peligro de estos órganos administrativos radica en que son fácilmente manipulables, lo cual permite que los grupos económicos cercanos a la conducción económica de turno los instrumenten para molestar o eliminar a sus competidores. En muchos casos, cuando la conducción económica responde a líneas o grupos transnacionales, han servido para eliminar o perturbar al empresariado nacional.

La arbitrariedad de estos organismos es, además, fuente y ocasión de las más graves formas de corrupción.

En cuanto al subsegmento judicial, la generalidad de los países carecen de un fuero específico para el conocimiento y decisión de los delitos económicos. La excepción la constituye la Argentina, donde el decreto ley de 1963 creó los juzgados nacionales en lo penal económico. Sin embargo, el lapso transcurrido desde su instalación permite reputar igualmente insatisfactorio el resultado obtenido, emergiendo dos factores primordiales como causales de ese panorama. Uno de ellos consiste en la difusa competencia en razón de la materia, atribuida a los nuevos tribunales, distorsionada en punto al bien jurídico protegido por el nuevo derecho económico (llámesele "economía nacional", "orden económico" o "socio-económico") por la inclusión dentro de su competencia de una figura que —en realidad— reconoce otros bienes jurídicos como fundamento, tales como la propiedad privada y la fe pública: el libramiento de cheques sin provisión de fondos (art. 302 del Código Penal —reformado por la ley 16.648—). El segundo factor estriba en la indiferenciada admisión del

personal componente de tales juzgados, como consecuencia de no haberse previsto requisitos de selección de tipo personal, con el objeto de contar con técnicos aptos para desentrañar la complicada materia justiciable proporcionada por la moderna realidad económica.

Entre los países que adjudican competencia exclusiva para el conocimiento y decisión de delitos económicos a cuerpos del poder ejecutivo, cabe señalar a Panamá: los llamados "delitos fiscales", previstos y penados en un código específico, son competencia del departamento de aduanas y del ministerio de hacienda y tesoro, quienes realizan la investigación e imponen las penas.

En base a las consideraciones apuntadas, estimamos *recomendable*:

1) *Instituir la especialización en lo económico de un sector de la justicia penal, en los países que carezcan del mismo, proveyendo al reclutamiento de personal especializado a efectos de que el conocimiento de los hechos llevados a proceso alcance un nivel técnico acorde con la creciente complejidad del tema decidendi, sin perjuicio de la existencia de órganos dedicados a la prevención e investigación de los delitos económicos, dependientes del poder judicial, a la manera de una "policía judicial en lo penal económico"*.

2) *Limitar las funciones de los órganos del poder ejecutivo a las investigaciones que tengan únicamente efectos administrativos.*

SECCIÓN B: DERECHO PENAL ECOLÓGICO.

1. *La tipificación de delitos ecológicos. Vacíos de punibilidad.*— El derecho ecológico internacional tiene una íntima vinculación con los Derechos Humanos, conforme a la línea que ha trazado en este sentido la señora "Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano", proclamada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano reunida en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, que entre otros conceptos señala: "La defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales de la

paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo, y de conformidad con ellas". En la declaración de principios surge la necesidad de vincular la tutela del medio ambiente con la autodeterminación de los pueblos y con una política económica adecuada al desarrollo, en forma tal que el medio ambiente, como patrimonio universal, no se pretenda preservar a costa del subdesarrollo humano de algunos pueblos o de la mayoría de la población mundial. En este sentido, es indudable que el sistema penal debe tutelar adecuadamente el medio ambiente, en la medida de su posible eficacia, como una parte fundamental de los Derechos Humanos que hacen a la vida y a la permanencia de todo el género humano. Sin embargo, es éste un ámbito en el cual América Latina, siendo una de las regiones más interesadas en la cuestión, no dispone de instrumentos jurídicos suficientemente adecuados a la magnitud del problema y al nivel de preocupación que esa magnitud genera.

a) La comparación de los diversos preceptos constitucionales dedicados al tema de los recursos naturales, nos muestra un neto predominio de disposiciones que garantizan el patrimonio estatal de tales recursos, con miras al desarrollo, todo lo cual es legítimo y necesario, pero, por regla general, se omite toda referencia al medio ambiente en la explotación de esos recursos, lo que configura en la actualidad una grave omisión.

"El orden económico y social tiene por fin realizar el desarrollo nacional y la justicia social" (sentencia el art. 160 de la Constitución de la República Federal del Brasil, nombrando como uno de los principios básicos tendientes a tal finalidad "la armonía y solidaridad entre las categorías sociales de producción". La misma ley fundamental atribuye a la Unión la potestad de legislar sobre yacimientos, minas y otros recursos minerales, metalurgia, bosques, caza y pesca, art. 8).

La Constitución de Colombia declara que el Estado interviendrá "por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales" (art. 32), en tanto que la Constitución de Paraguay anuncia que "el Estado promoverá el desarrollo económico mediante la utilización racional de los recursos disponibles" (art. 94). Otro claro exponente está constituido por los arts. 118 y 119 de la constitución peruana, mucho más ocupados en consagrar el patrimonio estatal sobre

los recursos y en la promoción de su “industrialización para impulsar el desarrollo económico” que en asegurar el beneficio social de una vida comunitaria en armonía con el medio natural.

Aunque sin abandonar la vinculación entre economicismo y ecología, la Constitución de México insiste sobre otros elementos que desplazan la resultante ideología hacia ideas proteccionistas del medio ambiente y de la calidad de vida de la población. En su art. 27 expresa que “se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población... y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad”.

Pese a carecer de pautas más específicas, debido a su largo siglo de vigencia, la Constitución argentina alude en su preámbulo a la promoción del bienestar general como objetivo básico de la organización.

Entre las fórmulas más acertadas desde el punto de vista ecologista, cabe mencionar la que se halla en la Constitución de Venezuela: “El Estado atenderá a la defensa y conservación de los recursos naturales de su territorio, y la explotación de los mismos estará dirigida primordialmente al beneficio colectivo de los venezolanos” (art. 106).

Finalmente, merece señalarse la jerarquización del régimen ecológico por parte de la Constitución de Panamá que, partiendo del “deber fundamental del Estado” de “garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana” (art. 114), coloca en cabeza del propio Estado y de todos los habitantes del territorio nacional el consiguiente deber de “propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas” (art. 115). Para implementar esa obligación —en cuanto al Estado— prevé la reglamentación, fiscalización y aplicación de medidas necesarias para garantizar la utilización racional de los recursos,

evitando su depredación y asegurando su preservación, renovación y permanencia (art. 116), con especial énfasis en los recursos no renovables (art. 117).

b) Por cierto, las críticas formuladas a las omisiones registradas en buena parte de las constituciones políticas no implican desconocer el significado de los recursos naturales en punto a la riqueza material de un país, sino que se orientan hacia la necesidad de un replanteo filosófico de la cuestión del medio ambiente, desde una perspectiva humanística, lo cual incluye —precisamente— una toma de posición respecto del perfil económico de la misma, aunque de signo muy diverso al objetado.

Diversos pronunciamientos concretados en el plano del derecho internacional reafirman esta nueva óptica y marcan una senda a los legisladores de cada país. La resolución 330 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (1973), aprobada con la unánime adhesión de los países latinoamericanos declara la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, al tiempo que señala las eventuales interferencias a esta cualidad del poder político por parte de ciertas corporaciones económicas. La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, número 3201, que aprueba la declaración sobre las bases de un nuevo orden económico internacional (1974), sienta axiomas tales como la libre determinación de los pueblos, el aliento a los países en desarrollo con asistencia activa a los menos desarrollados, el control a las empresas multinacionales, la reforma del sistema monetario internacional y la corrección de los términos de intercambio. Específicamente se reconoce “la plena soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y todas sus actividades económicas” y el derecho consiguiente de cada país de ejercer “un control efectivo sobre ellos y su explotación, con medios ajustados a su propia situación, incluso el derecho de nacionalización y transferencia de la propiedad a sus nacionales, siendo este derecho una expresión de plena soberanía permanente del Estado. Ningún Estado puede ser sometido a ningún tipo de coacción económica, política o de otra índole para impedir el libre y pleno ejercicio de este derecho inalienable (texto cit., art. 4, inc. “e”). La Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada en el seno de la Asamblea de la ONU el 14 de diciembre de 1974,

reafirma esa plena soberanía de los Estados y prohíbe la intervención de las empresas transnacionales en los asuntos internos de los Estados en que se establezcan.

c) Es lamentable el descuido legislativo evidenciado en la región en esta materia. En muchos casos el bagaje normativo con que se cuenta para la defensa jurídica de los recursos naturales y del medio ambiente apenas excede de la inclusión de una cláusula constitucional o la declaración formal de alguna fórmula de las citadas. En otros países en que, parcial y desordenadamente, existe alguna regulación específica, es característica su dispersión en innumerables disposiciones contenidas en leyes, decretos y ordenanzas.

Con excepción de los tipos de contaminación y envenenamiento de aguas —que, por lo demás, es el añejo delito ecológico por excelencia— los códigos penales latinoamericanos carecen de un articulado sistemático destinado a proteger al medio ambiente. Algunos cuerpos legales de la última década mejoran el panorama, mostrando ya una preocupación más pronunciada por las conductas lesivas de este bien jurídico. Así, podemos mencionar como ejemplos a los códigos de Colombia (arts. 205, 246 a 248) y del Estado de Veracruz (México).

Si bien no cabe propiciar la criminalización de toda conducta que pueda afectar este bien jurídico —ni mucho menos— no es menos cierto que resulta adecuado el tratamiento penal de un círculo reducido de conductas que por su peculiar manera de atentar contra este bien jurídico obliga a un esfuerzo punitivo de reforzamiento de la tutela que se haga por vía de otras ramas jurídicas. Sin perjuicio de esta penalización, por supuesto que debe tenderse a la unificación de las disposiciones civiles y administrativas que regulan el tema, cuya inorganicidad se traduce en vacíos muy graves de punibilidad y en superposiciones que en nada sustentan la argumentada defensa del medio ambiente, lo que se agrava en los países federales y en general en todos —como consecuencia de la tradición municipalista— con la coexistencia contradictoria o lacunar de normas federales, locales o estatales y municipales, cuando no se hallan también actos inconexos entre decretos de los poderes ejecutivos y resoluciones de sus propios ministerios o de entes autárquicos.

No es difícil constatar, una vez más, la consabida función selectiva del sistema penal en nuestros países. Los delitos eco-

lógicos son, esencialmente, delitos "de cuello blanco", con todas sus connotaciones. A partir de allí se hace comprensible toda esta incoherencia normativa, donde, por mero ejemplo, puede señalarse que se carece en general de un precepto que sancione la causación culposa de una catástrofe ecológica. Paralelamente, hay preceptos que regulan cuidadosamente la caza y la pesca, pero se haría necesario investigar cómo y a quiénes se aplican en la práctica.

d) El agua se encuentra jurídicamente defendida por leyes y reglamentos administrativos y por la mencionada figura tradicional del envenenamiento de aguas o de la adulteración de aguas potables (Argentina, art. 200; Brasil, art. 270; Colombia, art. 205; Chile, art. 315; Panamá, art. 246; El Salvador, art. 295; Uruguay, art. 218). Es conveniente acotar que todos esos artículos incluyen, junto a las aguas, los medicamentos y los alimentos. En Costa Rica la ley general de salud y otras leyes similares también se ocupan del tema. En la Argentina, a la protección del código penal se suma la ley 20.481, que se refiere a la contaminación de aguas en ríos y puertos, por derramamiento de hidrocarburos, ley de naturaleza administrativa.

El aire ha merecido una atención legislativa más deficiente y tardía. En general, esa forma de polución se halla prevista por vía contravencional dentro del sistema penal o en leyes especiales (v.gr., decretos 1413/75 y 76.369/75 del Brasil; ley 20.284 de la Argentina; etc.). Sólo algunos códigos más o menos recientes incorporan la figura delictiva de contaminación ambiental (Colombia, por ejemplo, art. 247).

e) En cuanto a la contaminación derivada de desechos contaminantes, la Argentina cuenta con varias normas, además de la mencionada ley 20.481/73: la ley 21.418 define la tolerancia de residuos de plaguicidas admitida en los productos agrícolas y ganaderos, materia que también controla el decreto 4468/63; la ley de promoción de industria (20.560) preserva el medio ambiente y las condiciones de vida "de la contaminación y el envilecimiento a que pueden verse sometidos las personas y los recursos naturales por la actividad industrial", etc. En Brasil, el decreto 221/67 prohíbe el lanzamiento de residuos líquidos o sólidos de las industrias causantes de la polución. En Colombia encontramos la ya mencionada disposición genérica del art. 247 del código penal sobre contaminación ilícita del ambiente. El código de Costa Rica (art. 413)

prevé específicamente la omisión de proveer a la eliminación de los residuos que ocasionen contaminación ambiental. En buena parte de nuestros países parece, pues, que la legislación sobre desechos causantes de polución ambiental, más que inexistente es ineficaz, aunque también es bueno indicar que requeriría una homogeneización en preceptos o cuerpos coherentes y unitarios.

f) El uso extremadamente difundido de plaguicidas y herbicidas no se encuentra previsto con la importancia que creemos debe asignársele en el área. Hay algunas escasas expresiones legislativas, como por ejemplo el decreto 212/67 de Brasil, o los decretos 149/75 y 608/75 del Uruguay y la ya citada ley 21.418 de la Argentina. La producción y comercialización de pesticidas órganoclorados, de reconocido poder cancerígeno para los seres humanos, no es una excepción en la incuria legislativa. Tal vez una de las disposiciones más rotundas sea la resolución ministerial del 12 de enero de 1977 del ministerio de agricultura y pesca del Uruguay, que prohíbe expresamente la importación y fabricación de plaguicidas cuyos principios activos tengan por base esas sustancias.

g) En cuanto a la protección de la fauna, existen casi siempre instrumentos reglamentarios de la caza y de la pesca, integrados generalmente en el sistema penal a nivel contravencional. Sólo ocasionalmente existe alguna figura relativa al tema en los repertorios de delitos, como por ejemplo el art. 378 del código panameño, que sanciona la explotación no autorizada de "las riquezas ictícolas del Estado". El precepto se ubica entre los delitos contra la economía nacional y, como también se deduce de su propia redacción, esa tutela jurídico-penal responde a los fines patrimonialistas a que hicimos referencia. El legislador recoge con tono menor también otras conductas específicas, como la pesca con explosivos o sustancias venenosas, prohibida por el decreto 221/67, reformado por la ley 6276/75 en el Brasil, el art. 410 del código penal de Costa Rica y la precursora ley 8002 del Perú.

Por lo que hace a las especies en peligro de extinción, la respuesta legal al problema no es suficientemente rotunda en la región. Si bien varios países del área cuentan con leyes que pretenden resguardar la fauna silvestre (por ej., la ley 13.908 argentina, la ley de conservación de la fauna silvestre de Costa Rica, etc.), la desactualización de las multas —que práctica-

mente es la única forma de pena prevista— y la limitación que las reglamentaciones en vigencia establecen a la operatividad de las normas, debilitan considerablemente una tutela eficaz, con el resultado evidente de decenas de especies diezmadas o extinguidas. En este sentido, el decreto 483/79 del Uruguay, resulta esclarecedor acerca del sentido que asume esta tutela, que hace prevalecer ineludiblemente el interés económico sobre la preservación ecológica como forma de garantía para mejores condiciones de vida. Este decreto prohíbe el desplume del ñandú (*Rhea americana*) verdadero símbolo faunístico del subcontinente, ante “la necesidad de establecer normas que permitan un máximo aprovechamiento económico” de la especie, lo que no deja lugar a duda alguna acerca de su sentido. Por si alguna duda restase hace referencia a “la gran aceptación tanto en el mercado interno como en el internacional” de las plumas, huevos, cuero y carne (?), y de la necesidad de desarrollar la especie para asegurar “a los productores e industriales un buen aprovechamiento de sus inversiones”. A la luz de semejantes bases conceptuales no es absurdo suponer que una disminución en la demanda local e internacional de los productos derivados de la gigantesca ave derrumbaría todo régimen tuitivo a su respecto.

Desde un ángulo más general, el maltratamiento a todo animal tampoco pasa de configurar una figura contravencional. Sólo excepcionalmente —por ejemplo, en la Argentina (ley 14.346)— tal conducta está prevista como delito en la legislación penal. Las discusiones acerca del bien jurídico protegido en el caso precitado —al igual que en las leyes europeas— no obsta a la relevancia del ilícito, sino que, por el contrario, revelan la importancia de la cuestión y abren un debate de mayor nivel científico, que no ha tenido lugar en la doctrina latinoamericana.

h) Todo lo dicho respecto de la fauna y de los animales es también válido para la flora silvestre y cultivada. Las leyes 13.273 y 20.531 de la Argentina se consagran a la defensa, regeneración, mejoramiento y ampliación de los bosques y a la promoción de la industria forestal. Contemplan la protección de reservas boscosas, a la vez que propician la creación de bosques nacionales. La segunda de tales leyes representa una de las excepcionales disposiciones de ese país, en que se pena a la persona jurídica, sin perjuicio del reproche personal a sus

representantes. La ley brasileña 4771/65, denominada "código forestal", conceptualiza el daño doloso y culposo a los bosques de conservación permanente, el impedimento u obstaculización de la regeneración natural de los bosques y forestas en general, etc. En Colombia el tema está abarcado en la basta descripción del art. 246: destrucción, inutilización, desaparición o daño de cualquier otro modo de los recursos naturales. En Costa Rica se instituye como delito la explotación sin autorización de un bosque nacional, y como contravención la violación de reglamentos relativos a cortes o quema de árboles (arts. 227 y 409 del código penal). Otros ilícitos como el incendio forestal están previstos en la ley forestal (arts. 99 y ss.). Entre los delitos que atentan contra la economía nacional, Panamá sanciona la destrucción de materias primas, productos agrícolas e instrumentos de producción que causen perjuicio a la producción del país (art. 375). En Uruguay, la protección sólo recae sobre los bosques creados y no regulados por la ley 13.723, arts. 25 y 36; no se protege el bosque indígena, salvo el caso de los parques nacionales administrados por el Estado. En el código penal de El Salvador se contempla y reprime la explotación o tala del bosque, repoblación forestal, plantación, cultivos o viveros públicos sin observancia de las disposiciones pertinentes y con daño a la economía nacional (art. 346), agravando la figura la existencia de vertientes que provean de agua a algún centro de población o a sistemas de irrigación en los bosques y la flora está garantizada normativamente por la ley forestal de suelos y aguas y su reglamento.

i) En lo referente a contaminación nuclear, el desarrollo legislativo no ha sido parejo. Gran parte de nuestros países carecen hasta el momento de generación de energía de esa índole y no han incorporado su costo de contaminación por liberación de la misma a su preceptiva jurídico-penal. El tema ha merecido mayor atención en aquellos países que generan esta energía, como Argentina y Brasil, y también cabe citar otros que pese a no proyectar tal generación energética en el futuro inmediato, han iniciado la normación del crucial asunto, sea mediante intervención en convenciones internacionales incorporadas a la legislación interna, sea mediante una incipiente legislación sobre el tema. En el caso de Argentina, el código penal contiene, a partir de una reforma introducida por la ley 20.642 de 1974, un delito contra la seguridad pública consis-

tente en la fabricación, suministro, adquisición o tenencia de "bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear", así como "materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas", previendo la forma dolosa directa ("con el fin de contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común o causar daños en máquinas o elaboración de productos"), pero conminado con la misma pena al que "sabiendo o debiendo saber" que contribuye a la comisión de delitos contra la seguridad común o destinados a causar los daños descritos, diere instrucciones para la preparación de tales sustancias o materiales (art. 189 bis). Otras leyes de naturaleza administrativa, como la 20.489 y la 20.284 cobran relevancia en este punto, por tratar materias tales como los daños a los recursos marítimos a raíz de actividades de investigación científica o técnica y la preservación de los recursos del aire de toda fuente contaminante, respectivamente. Indudablemente, es preciso un tratamiento integral del problema, que aún no ha recibido la consagración legal que merece. Brasil, por su parte, ha reunido las formas de responsabilidad civil y criminal por el uso indebido de energía nuclear en la ley 6453 del 17 de octubre de 1977.

Entre los países que se preparan legislativamente para abordar las conductas vinculadas al uso de energía atómica, se cuentan Costa Rica, con su ya citada ley general de salud y con la ley básica de energía atómica para los usos pacíficos. El único accionar ilícito previsto es la contravención contenida en el art. 381 de la primera de tales leyes, que sanciona con 15 a 90 días de multa a quien importare, fabricare, manipulare, almacenare, vendiere, trasportare, distribuyere o suministrare sustancias o productos tóxicos o sustancias peligrosas de carácter radioactivo, comburente, inflamable, explosivo, corrosivo o irritante, con riesgo o daño para la salud o la vida de las personas, salvo que la conducta importase delito.

En Uruguay se ha reglamentado el uso de radioisótopos y radiación ionizante para sus usos médicos, sin perjuicio de la suscripción de tratados internacionales como el de Tlatelolco, que rige el tema. Otros países como Colombia, Panamá, etc., sólo cuentan con la firma de convenios regionales sin disposiciones internas por el momento.

j) De cualquier manera, la mera existencia de leyes, como es obvio, no garantiza la paralela tutela efectiva de los bienes

jurídicos, especialmente cuando el poder ejecutivo no pone ningún empeño en ello. Si a esto sumamos el desorden, disparidades y huecos que se hallan en las leyes mismas, llegaremos a la conclusión de que el medio ambiente está muy deficientemente tutelado en nuestros países y, cuando ciertas presiones económicas operan, los mecanismos selectivos de los poderes ejecutivos se tornan más sensibles aún y toda consideración respecto del medio ambiente pasa a un secundarísimo plano.

Desde el punto de vista teórico se ha planteado incluso la duda, en algunos trabajos provenientes de los países centrales, acerca de si, en efecto, tenemos algún deber de tutelar bienes jurídicos de futuras generaciones. El planteamiento se ha querido fundar en especulaciones filosóficas y fue acompañado de una supuesta tradición del pensamiento occidental, según la cual el hombre no tendría ningún deber tampoco para con los animales ni las especies vegetales. A despecho de las citas ilustres y de los alardes eruditos de tales tesis, creemos que, además de su clara intencionalidad colonialista, es totalmente inaceptable para la ideología de los Derechos Humanos. Entendemos que los Derechos Humanos primordiales —en razón de que de ellos dependen física o lógicamente los restantes— son el derecho a la vida y el derecho a ser considerado persona. Como persona puede distinguir entre el bien y el mal y cualquier hombre debe ser respetado en su derecho a considerarse persona y en su deber de considerar tales a sus semejantes. Muy difícil le resultará hacerlo en el marco de un orden jurídico que permita, en función de un hedonismo ilimitado de una parte minoritaria de la población nacional o extranjera, condenar a la miseria, al hambre o a la enfermedad o a la muerte prematura a generaciones futuras o que no se conmueva o esfuerce por controlar las conductas irracionales o arbitrarias contra otros seres vivientes. Desde este punto de vista la tesis colonialista que criticamos nos parece inadmisibile.

Por supuesto que no es la única posición colonialista en la materia, porque tampoco falta otra ideología extrema que, para la conservación de recursos periféricos para una mejor explotación lenta del centro, pretende poco menos que un inmovilismo en la periferia, que quedaría condenada al perpetuo subdesarrollo.

En consecuencia, creemos *recomendable*:

- 1) *Actualizar el elenco de figuras penales relacionadas*

con la protección del medio ambiente, unificando y homogeneizando la legislación existente y creando los nuevos tipos exigidos por las transformaciones económicas y en particular por la anárquica urbanización, la industrialización de áreas naturales y la explotación irracional de los recursos naturales, revalorizando el contenido profundamente humanista de esa protección jurídica frente al sobredimensionado fin de la riqueza económica y sus posibilidades de explotación.

2) Tipificar o jerarquizar como delito, según los casos, la figura de maltrato de animales.

3) Implementar los mecanismos que permiten una efectiva aplicación de la legislación.

2. *Responsabilidad de funcionarios públicos, de directivos de personas jurídicas o de personas físicas.*— El tema de la responsabilidad de funcionarios o empresarios vuelve a colocar sobre el tapete la urgencia de nuestros países en concretar políticas legislativas orientadas hacia la protección de sus territorios y de las condiciones de vida de sus poblaciones, frente al respeto que deben merecer los principios garantizadores en que se fundan nuestros códigos.

Para quienes estimamos que no hay posibilidades de reproche por debajo de lo previsible, no por mero dogmatismo, sino porque más allá de la consecuencia con los postulados teóricos, vemos perfilarse sombras de autoritarismo selectivo tras todo intento de recomponer formas de responsabilidad objetiva, la cuestión obliga a una meditada búsqueda de soluciones normativas, sin que lo acuciante de la situación deba precipitar a los legisladores a aceptar fórmulas que puedan —paradójicamente— potenciar las deficiencias del sistema.

En todo el subcontinente, son muy escasas las leyes que en materia de protección del medio ambiente contengan disposiciones específicas sobre la responsabilidad de directivos de personas jurídicas. En términos generales, como hemos visto, la deficitaria y dispersa legislación ambiental describe conductas individuales, sin atención a las calidades del agente, esto es, como *delicta comunia*. Así acontece con las figuras tipificadas en el capítulo dedicado a la salud pública del código penal argentino (arts. 200 y ss.) y en los correlativos de Colombia (arts. 245 y ss.), por mencionar sólo dos ejemplos.

Uruguay, en cambio, adiciona al elenco de figuras básicas previstas en el texto de fondo, la circunstancia agravante de revestir la jerarquía de funcionario público. Pero quien más ha avanzado en este largo terreno de asignar responsabilidades diferenciales a los funcionarios oficiales y a directivos de personas jurídicas es Costa Rica. La ley general de salud, más allá de su predominante carácter administrativo, prevé y sanciona en su sección de contravenciones, diversas conductas que resultan, en razón de la cantidad y especie de pena, verdaderas infracciones penales. Hemos citado en el punto anterior algunas de estas contravenciones, pero lo novedoso al respecto está dado por la formulación del art. 374 de la ley, al disponer que en los casos en que “la infracción haya sido cometida en un establecimiento, empresa o negocio que sea propiedad o que explote o administre a cualquier título una entidad jurídica, serán responsables penalmente los administradores, gerentes o representantes legales que por razón de sus cargos de administración o representación estuvieren en obligación de acatar o hacer acatar las leyes, reglamentos y disposiciones generales o particulares referentes a la instalación, operación y funcionamiento del establecimiento que por negligencia u omisión en su gestión hayan permitido que la infracción se cometa. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad penal personal a cargo del director o responsable técnico o profesional del establecimiento en lo que concierne a sus funciones profesionales o técnicas. En todo caso, la entidad jurídica responderá solidariamente con quien resultare responsable por la indemnización civil que se derive a la infracción cometida en el establecimiento que sea de su propiedad o que explote o administre a cualquier título”.

La salvedad en punto a “la responsabilidad penal personal” parece dejar sentado el carácter netamente administrativo de esta sanción adicional, pero el reparo antes mencionado y la explícita alusión a responsabilidad penal conduce a estimar que el texto erige una modalidad de responsabilidad penal objetiva poco compatible con los axiomas que defendemos.

En punto al párrafo original de la disposición comentada, la responsabilidad solidaria de la persona jurídica queda explícitamente referida al plano jurídico civil, por lo que no hay objeción alguna, emparentándose el caso con el ya citado

de la ley argentina 20.531/73, modificatoria de la 13.273/48, relativa a la defensa de los bosques y promoción de la industria forestal.

En consecuencia de lo expuesto, se recomienda:

1) *Asegurar la responsabilidad jurídico-penal de los funcionarios públicos y directivos de personas jurídicas respecto de acciones que pongan en peligro o lesionen la salud pública o el medio ambiente, sea tipificándolas autónomamente, como infracción culposa —sin perjuicio, obviamente, de las figuras dolosas—, sea incorporando la agravante consistente en tales calidades personales, evitando, en cualquier caso, la estructuración de formas de responsabilidad penal objetiva.*

2) *Asegurar, sin perjuicio de lo anterior, la responsabilidad de la persona jurídica ante el derecho administrativo y el derecho privado.*

SECCIÓN C: VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS VINCULADOS A PRÁCTICAS MÉDICAS.

En la materia concerniente a la práctica de la medicina se manifiestan múltiples hechos que entrañan violaciones a los Derechos Humanos o que corren el serio riesgo de configurarlas y que no se hallan adecuadamente previstas en las legislaciones de Latinoamérica o que no se han planteado en la jurisprudencia de estos países, al menos con la importancia que debe asignársele. Un cuadro completo de estas posibilidades exigiría una investigación particularizada sobre el tema, de modo que nos limitaremos a consignar las pautas más generales referidas a los hechos más comunes, sólo para destacar la importancia de la omisión.

a) Las aberrantes prácticas de experimentación sobre seres humanos, de las cuales se conocieron ejemplos aterradores a través del proceso de Nürnberg, no son las únicas formas de la llamada "experimentación *in anima nobili*", sino que hay muchas otras no tan evidentes, dramáticas o inhumanas, pero que también importan serias violaciones a los Derechos Humanos.

Es sabido que a este respecto es menester ser cauteloso en cuanto a condenar toda forma de experiencia médica, puesto que ello puede provocar una gravísima lesión al avance del co-

nocimiento científico, pero esa cautela no puede pasar por alto los supuestos en que la experimentación resulta intolerable para los Derechos Humanos.

Una de las formas experimentales más degradantes es la que suele tener lugar en el área como consecuencia lógica de la menor capacidad de control técnico de los medicamentos que se ponen en circulación. Es sabido que ese control, pese a todas las dificultades y choques de intereses conocidos, es relativamente estricto y eficaz en los países centrales. Esto impide que puedan lanzarse al mercado específicos que no han sido suficientemente experimentados o, al menos, lo dificulta en cierta medida.

En nuestros países ese control es de menor nivel técnico o sometido en mayor medida a la influencia de los intereses de las empresas productoras. Esta circunstancia convierte a Latinoamérica en un campo propicio para la experimentación masiva de medicamentos que no pueden aún colocarse en los mercados centrales, por entrañar algún margen de riesgo en razón de insuficiente experimentación.

Urge a este respecto establecer, al menos, que cualquier específico que no se halle en venta en los mercados centrales, no pueda introducirse en nuestros mercados sin un previo dictamen favorable de una autoridad académica de máximo nivel, es decir, de un organismo que no sea la oficina corriente de control de medicamentos. A tal fin puede pensarse en las academias de medicina, las universidades, etc.

Independientemente de este posible campo de experimentación masiva, no se observa en general un control más o menos estricto en cuanto a los requisitos para ensayar nuevas técnicas médicas. Prácticamente no se registran condenas por la aplicación apresurada de técnicas no suficientemente probadas en situaciones que no son extremas. Igualmente, se carece de disposiciones que sancionen la contratación de personas con fines experimentales médicos. Es obvio que tanto la aplicación de una técnica no suficientemente probada como la contratación de personas para experiencias médicas son situaciones en las cuales se procede a una mediatización de la persona humana que no es tolerable desde el punto de vista de los Derechos Humanos, pero, frente a ambos hechos, sea por razones fácticas o jurídicas, se carece de una protección eficiente.

b) La compraventa de órganos y tejidos humanos es otro aspecto repugnante a la dignidad humana, respecto del cual median algunas disposiciones, pero en general se carece de un sistema orgánico de sanciones y, por regla general, son acciones atípicas. La forma más usual es la venta de sangre humana, especialmente por personas que poseen grupos sanguíneos que no son comunes. Este increíble comercio está usualmente tolerado en casi todos los países y la ley penal es indiferente al mismo.

c) En ninguna de las leyes penales latinoamericanas se sanciona la conducta de imponer un tratamiento médico en forma arbitraria. No sólo es necesario que el médico actúe conforme a las reglas de su arte, sino también que lo haga mediante el libre consentimiento o acuerdo del paciente, quien para ello debe ser impuesto de todos los riesgos y consecuencias del tratamiento, especialmente quirúrgico.

El respeto a la dignidad de la persona, es decir, a su autodeterminación, requiere que sea ella la que decida si afronta las consecuencias necesarias o posibles de una intervención médica, y no el Estado o el médico el que se sustituya a su elección, salvo, claro está, el supuesto en que la persona no se halle en condiciones de prestar su consentimiento. Este recaudo no sólo es elemental cuando se trata de intervenciones médicas mutilantes o deteriorantes, sino en general, para cualquier tratamiento. Su omisión configura un grave injusto contra la libertad, que permanece atípico en las leyes latinoamericanas.

d) Vinculado con lo anterior se halla el problema del llamado "derecho a una muerte digna". La expresión abarca una cantidad de supuestos e hipótesis que llevan a algunos a sostener la existencia de un "derecho al suicidio". Sin penetrar ámbitos que pueden ser altamente discutibles en el plano ético, hay casos sumamente claros en los cuales la muerte es inevitable y la vida se prolonga mediante la aplicación de medios extraordinarios, sin ninguna esperanza de recuperación. En estos supuestos media un general acuerdo (o, al menos, casi general) acerca de que la supresión de los medios extraordinarios para la supervivencia no es una forma de la usualmente llamada "eutanasia", como tampoco lo es la omisión de los mismos. A este respecto, es tiempo de que se le asigne valor a la manifestación fehaciente de voluntad del paciente en el sentido de que en ese trance se omita la aplicación de ta-

les medios. Si en situación de plena lucidez anterior a la enfermedad o a la etapa final de la enfermedad, el paciente ha decidido que no consiente en que se le prolonguen artificialmente sus signos vitales, nadie puede interferir en esta decisión sin sustituirse a la voluntad ya expresada del propio interesado. La situación se convertiría en una lesión a la libertad análoga a la del tratamiento médico arbitrario, que en modo alguno está regulado y sancionado en Latinoamérica.

e) Por último, en orden a una mera enunciación de los principales problemas planteados por esta actividad, se observan en casi toda el área muy pocas condenas por negligencia médica. Por regla general, resulta muy difícil probar esa negligencia, en función de las peritajes evasivos o poco claros que tienen lugar en esos casos. Esta impunidad es gravísima, atendiendo a la alta jerarquía de los valores comprometidos, como son la vida y la salud e integridad física.

El control de esta situación demanda la integración de cuerpos periciales médicos altamente especializados e imparciales y una formación especial de los magistrados en este aspecto, como también el fomento de organizaciones de defensa de la persona humana frente a la negligencia médica, capaces de proporcionar idónea asistencia jurídica a los afectados para sus reclamos civiles.

Como consecuencia de lo expuesto *recomendamos*:

1) *Que se establezca un control sobre los medicamentos específicos que no se encuentran a la venta en los mercados centrales a través de un cuerpo técnico especial, diferente del organismo de control ordinario de medicamentos, integrado por personas de reconocida autoridad científica en lo académico o universitario.*

2) *Sancionar penalmente la contratación de personas con fines de experimentación médica peligrosa para la salud y la compra de órganos o tejidos humanos.*

3) *Tipificar la conducta de tratamiento médico arbitrario.*

4) *Establecer la validez de las disposiciones de última voluntad que rechacen el uso de medios extraordinarios para prolongar los signos vitales y sancionar la falta de acatamiento a la misma.*

5) *Que se reglamente el establecimiento de cuerpos periciales médicos especialmente preparados para dictaminar en los casos de posible negligencia médica; que se procure pro-*

porcionar formación especializada a los jueces penales a este respecto; que se promueva la organización de entidades privadas que proporcionen asistencia técnica y jurídica a los afectados por tales negligencias.