

ÍNDICE

CONDICIONES DE TRABAJO: SALUD Y SEGURIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL	PÁG. 3
<i>MÓNICA COPANI</i>	
LA GARANTÍA “NE BIS IN IDEM”	PÁG. 17
<i>NICOLÁS MIGUEL PLO</i>	
BIOÉTICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO	PÁG. 27
<i>SUSANA ISABEL ESTRADA</i>	
CORRUPCIÓN: UNA BREVE DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN ARGENTINA	PÁG. 49
<i>JESICA SIRCOVICH</i>	
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA PRÁCTICA LEGAL: BREVES CONSIDERACIONES	PÁG. 61
<i>EDUARDO STORDEUR (H)</i>	
LOS LÍMITES DEL PREFERENCIALISMO POLÍTICO	PÁG. 73
<i>NICOLÁS MALOBERTI</i>	
KAFKA Y EL DERECHO	PÁG. 91
<i>GUIDO CROXATTO</i>	
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE TRASPLANTES LEGALES. VISIONES Y CLASIFICACIONES	PÁG. 105
<i>PABLO IANNELLO</i>	
INFORMÁTICA JURÍDICA: LA ESTAFA A TRAVÉS DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS	PÁG. 123
<i>ESTUDIANTES DE 4TO AÑO DE DERECHO, UFLO, CON LA COORDINACIÓN DE LA DRA. MARÍA SOL DEL GROSSO</i>	

CONDICIONES DE TRABAJO: SALUD Y SEGURIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

Mónica Alicia Copani¹

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo se orienta hacia el análisis sintético de la normativa sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores y las trabajadoras en relación de dependencia en la legislación laboral nacional e internacional, desde la perspectiva de la salud y seguridad en el trabajo.

II. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

Las *condiciones de trabajo* son definidas de manera más o menos amplia. Incluye todo elemento que pueda tener alguna consecuencia sobre el entorno como así también sobre el propio puesto de trabajo. En tal caso es la totalidad, o casi, del derecho del trabajo lo que habrá de tomarse en cuenta.²

Las condiciones de trabajo tienen que ver con las características de la realización de tareas que abarcan las condiciones medioambientales en torno al trabajo, las condiciones físicas en las que se realiza el trabajo y condiciones de organización empresarial en la que se trabaja, factores que podrían ser causa de posibles alteraciones en la salud y riesgos laborales tanto en el aspecto físico, psíquico, social o emocional de los trabajadores en general cualquiera que sea su ocupación y la categoría profesional que tengan, sea un trabajador permanente o precario.

Los daños a la salud más evidentes y visibles son los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Se considera *accidente de trabajo* todo hecho súbito y violento que ocurra por el hecho o en ocasión del trabajo, como así también los ocurridos en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar del trabajo, siempre y cuando el trayecto no se modifique o altere por causas ajenas al trabajo. Se consideran enfermedades profesionales aquéllas que se producen como consecuencia de la realización de sus tareas laborales.

En la actualidad el término genérico “salud y seguridad en el trabajo” es más utilizado que el término “seguridad industrial”, ya que tiene un carácter más integral e incorpora los dos elementos básicos del trabajo: la salud y la seguridad. La cuestión de la salud y seguridad en el trabajo está firmemente arraigada en el concepto de “empleo decente”, de acuerdo a la terminología

¹ Abogada. Especialista en Derecho Laboral, UBA. Especialización en Derecho, Estado Social y Globalización, Universidad de Castilla La-Mancha (Toledo-España). Profesora de Derecho Laboral, UFLO y UBA.

² Jean-Claude Javillier cita a Georges Spyropoulos, en “Las condiciones de trabajo”, *Manual Derecho del Trabajo* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria), 2007, pág. 512.

utilizada por la Oficina Internacional del Trabajo (OIT), que significa, entre otros, contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que produzca un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo, organización y participación en las decisiones que afectan sus vidas, e igualdad de oportunidad y trato para todas las mujeres y hombres. La finalidad de la salud en el trabajo, de acuerdo con la definición adoptada por el Comité Mixto integrado por la OIT y la Organización Mundial de la Salud en el Trabajo, “consiste en lograr la promoción y mantenimiento del más alto grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todos los trabajos”.³

III. TRATAMIENTO NORMATIVO SOBRE SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

a) *La Constitución Nacional*

La Constitución Nacional, como norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, afirma en su art. 14 bis el principio protectorio, al establecer que: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, y asegura una serie de derechos, entre ellos a “*condiciones dignas y equitativas de labor...*”. Es decir que es la ley la que debe asegurar de manera progresiva que las condiciones en que se realiza la tarea se realice en condiciones dignas, y si bien esta cláusula es bastante amplia, compete al juez determinar en el caso si las condiciones no son dignas y equitativas.

También, el art. 14 bis asegura el derecho a una “... *jornada limitada, descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea;...protección contra el despido arbitrario...*”. El tiempo de trabajo no puede insumir todo el tiempo de la vida del hombre, pues el trabajador necesita de reposo para su recuperación psicofísica (descansos), pero también para armonizar su vida personal y familiar con su vida laboral (suspensiones), sin perjuicio de que en este ámbito hayan de complementarse las obligaciones propias del contrato, como la “buena fe” (arts. 63 LCT y 1198 Cód. Civil), con los intereses legítimos de la empresa.

El principio protectorio, regulado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, está reglamentado en el *aspecto individual* en el art. 4° de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (LCT), cuando reza que el contrato de trabajo tiene como principal objeto a la actividad productiva y creadora del hombre, por lo tanto, propia, de cada uno de los seres humanos, y sólo después ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico, que tiene también indudable importancia para el trabajador, en cuanto trabaja para su subsistencia y la de su familia; y en el *aspecto colectivo* se encuentra reglamentado en el art. 3° de la ley 23.551 de Asociaciones

³ OIT. Conferencia Internacional del Trabajo 91ª reunión, Informe VI, “Actividades normativas de la OIT en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo: estudio detallado para la discusión con miras a la elaboración de un plan de acción sobre dichas actividades”, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Primera edición 2003, disponible en <http://www.ilo.org/global>.

Profesionales de Trabajadores en cuanto a que la acción sindical debe contribuir a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador.

El *contrato de trabajo* a que se refiere la LCT, cualquiera sea su forma o denominación, es aquel por el cual una persona física (trabajador) se obliga a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra (empleador o empresario) y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración (art. 21).

El trabajo es el trabajo humano, que se relaciona con la dignidad de la persona humana, que tiene el derecho de ser respetada, y a la libertad personal, que se opone a la esclavitud y que se expresa en la frase “el trabajo no es una mercancía”.⁴ Pero el hombre no es sólo un ente que trabaja, sino que mediante el trabajo satisface sus necesidades. En mérito a aquella dignidad personal se vuelca la vida, la salud, la energía, la subsistencia y la seguridad del hombre y la mujer.

b) Tratados Internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional

Los principios elaborados a partir de lo establecido en el art. 14 bis se integran a las disposiciones incorporadas por la reforma del año 1994, en el art. 75, incs. 19, párr.1º, 22 y 23 de la Constitución Nacional, con sus parámetros de *justicia social, desarrollo humano, igualdad de oportunidades y trato, etc., y la solidaridad*.

Los Tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional establecen una protección especial para la vida, salud y la integridad psicofísica y moral de las personas, y son los siguientes:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que: “Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas...” (art.XIV), y al “descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico” (art. XV).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, que dice que: “Toda persona tiene derecho...a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo...”(art. 23); al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas (art.24), y a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar.(art. 25).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:...la seguridad y la higiene en el trabajo” (art. 7º, ii), inc. b)); “...el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas...” (art. 7º, ii), inc. c)), como así también se reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas necesarias a fin de

⁴ Mónica Alicia Copani, *LCT Comentada* (Buenos Aires: La Ley, 2008) pág.8.

asegurar la plena efectividad de este derecho deben figurar las necesarias para “El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente (art. 12,2. inc. b)), la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (art. 12,2. inc. c)), la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (art. 12,2.inc.d)).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, en tal sentido, que el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considera de manera explícita la interdependencia e indivisibilidad que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto todos éstos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, por lo que el mencionado conjunto de derechos exige una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su plena vigencia.⁵

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial establece que: “Los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas...” (art. 5), y a garantizar el “goce de derecho al trabajo, a la elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo...” (art. 5°, e) i)).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) afirma que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (art.5°,1), y que “nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas” (art. 6°, 1).

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala que los Estados partes deberán adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:...El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción...” (art.11, 1. Inc. f)).

La Convención sobre los Derechos del Niño, que: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.” (art.32, 1.).

c) Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) se creó en el año 1919, al aprobarse su constitución como parte del Tratado de Versalles. Es una organización de estructura tripartita, lo que quiere decir que todos los órganos normativos de la Organización están formados por representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. Las normas laborales

⁵ CSJN, Fallos 327:4607, 26/10/2004, “Milone, Juan A. c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente-ley 9688”.

internacionales son aprobadas por el órgano principal de la OIT, la Conferencia Internacional del Trabajo, en forma de convenios o recomendaciones. Una vez ratificados por los Estados miembros, los convenios crean la obligación de poner en práctica sus disposiciones, son vinculantes para éstos. Las recomendaciones sirven de orientación en materia de políticas, leyes y práctica.

Para que los gobiernos cumplan sus obligaciones, hay varios procedimientos de supervisión del cumplimiento de las normas de la OIT. Al ratificar los convenios, los Estados se comprometen a presentar informes periódicos sobre las medidas que han adoptado para poner en práctica las disposiciones correspondientes. Esos informes deben ser enviados por los gobiernos a las organizaciones de trabajadores y empleadores de cada país, que pueden formular observaciones. Un Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones examina los informes y formula observaciones sobre el grado de cumplimiento de los gobiernos.

Además de la función habitual de control de la OIT, basada en los informes de los gobiernos, hay dos procedimientos de denuncia, en virtud de la Constitución de la OIT, por incumplimiento de normas laborales. El primero permite a cualquier organización de empleadores o trabajadores denunciar ante la OIT que un Estado Miembro no ha cumplido las obligaciones que le impone un convenio que ha ratificado. El segundo procedimiento permite a un Estado Miembro formular una denuncia contra otro Estado Miembro si considera que éste no vela por la observancia real de un convenio que ambos han ratificado.

1. Convenios y recomendaciones de la OIT que guardan relación con la salud y seguridad

En nuestro país, existen más de 60 Convenios en vigor. Varios de ellos guardan relación con la protección de la salud y seguridad en el ámbito de las relaciones de trabajo. Con la reforma constitucional del año 1994, en el art. 75 inc. 22, que establece “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y *con las organizaciones internacionales...*”, se otorga jerarquía superior a nuestras leyes nacionales, que constituyen fuentes del derecho del trabajo.

Los Convenios de la OIT reflejan no sólo las responsabilidades colectivas con respecto a la seguridad en el trabajo, sino también las funciones y responsabilidades respectivas de los empleadores, los trabajadores y sus representantes, así como la cooperación entre ellos.

Los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país en las áreas de la seguridad y salud en el trabajo son principalmente el C.OIT nro. 13, sobre la cerusa (pintura); C.OIT nro. 115, sobre la protección contra las radiaciones; C. OIT nro.139, sobre el cáncer profesional, y el C. OIT nro. 184, sobre la seguridad y la salud en la agricultura.

Asimismo, otros Convenios OIT ratificados por nuestro país son el C. OIT nro. 1, sobre las horas de trabajo (industria); C. OIT nro. 6, sobre el trabajo nocturno de los menores (industria); C. OIT nro. 12, sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura); C. OIT nro. 14, sobre descanso semanal (industria); C. OIT nro. 16, sobre examen médico de los menores (trabajo

marítimo); C. OIT nro.19, sobre igualdad de trato (accidentes del trabajo); C. OIT nro. 29, sobre trabajo forzoso; C. OIT nro. 42, sobre enfermedades profesionales; C. OIT nro. 45, sobre el trabajo subterráneo (mujeres); C. OIT nro. 52, sobre vacaciones pagadas; C. OIT nro.105, sobre la abolición del trabajo forzoso; C. OIT nro.124, sobre examen médico de los menores (trabajo subterráneos); C. OIT nro. 129, sobre la inspección del trabajo (agricultura); y C. OIT nro. 182, sobre las peores formas de trabajo infantil.

Pero la ratificación por sí sola de los Convenios de la OIT no es una garantía de que los objetivos se hagan realidad para obtener resultados concretos, si consideramos las serias consecuencias que tienen las enfermedades y accidentes relacionados con el trabajo. Por ejemplo, el cáncer, las enfermedades vasculares y cerebrovasculares; algunas enfermedades transmisibles; el estrés; el acoso laboral, también conocido como acoso psicológico en el trabajo, hostigamiento laboral o mobbing, que es un continuado y deliberado maltrato verbal o modal que recibe un trabajador por otro u otros que se comportan con él de manera cruel y que atenta contra el derecho fundamental de todo ser humano a la dignidad y a la integridad física y psicológica; la violencia, las drogas, el alcohol, etc.

Se señala que la seguridad en el trabajo difiere enormemente de país en país, entre sectores económicos y grupos sociales, y en todo el mundo. Los más afectados son con frecuencia las mujeres, los niños y los inmigrantes.⁶ Por lo tanto, se debe tener en cuenta la adopción de medidas para aumentar la prevención de los accidentes y enfermedades del trabajo.

La Argentina no ha ratificado hasta el momento el Convenio OIT nro. 187, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el Trabajo, ni el Convenio OIT nro. 167, sobre seguridad y salud en la construcción, ni tampoco el Convenio OIT nro.155, sobre la seguridad y salud de los trabajadores, que prevé principios para el desarrollo de una política nacional, y resulta prioritario para mejorar el funcionamiento nacional de la seguridad y salud en el trabajo.

Sí ha ratificado el Convenio OIT nro. 81, sobre la inspección de trabajo en la industria y el comercio, y el Convenio nro. 150, sobre administración del trabajo, para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con las condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores.

La OIT también cuenta con Recomendaciones que acompañan o complementan a los Convenios que tratan del mismo tema y pueden proporcionar orientaciones y nuevas informaciones sobre la manera de aplicar las disposiciones del convenio correspondiente. Tales recomendaciones tienen por objetivo reforzar la posible repercusión de los convenios, como la Recomendación nro. 81, sobre la inspección del trabajo; Recomendación nro. 114, sobre la protección contra las radiaciones; Recomendación nro. 133, sobre la inspección del trabajo (agricultura); Recomendación nro. 147, sobre el cáncer profesional; Recomendación nro.192, sobre la seguridad y la salud en la agricultura, Recomendación nro. 200, sobre VIH/SIDA y el mundo del trabajo.

⁶ Según informe de la OIT, cada año mueren más de 2 millones de personas a causa de accidentes o enfermedades relacionadas con el trabajo. Disponible en <http://www.ilo.org/global>.

d) Normas Nacionales

La Ley de Contrato de Trabajo 20.744 (LCT) (y sus modificatorias) es una ley nacional general que comprende dentro de su ámbito de aplicación personal a los trabajadores en relación de dependencia, excepto las relaciones expresamente excluidas como los dependientes de la Administración Pública, salvo que por un acto expreso se los incluya en la LCT o en el régimen de convenciones colectivas de trabajo; los trabajadores domésticos estén o no incluidos en el decreto-ley 326/56 y su decreto reglamentario 7979/56 y los trabajadores agrarios que tienen su propio régimen establecido en la ley 22.248 y su decreto reglamentario 563/81.

También existen leyes especiales denominados estatutos dictadas para regular la relación de trabajo o algunos aspectos de ella de determinados sectores de la actividad (por ejemplo, el estatuto de la construcción, ley 22.250, etc.), o para determinadas categorías de trabajadores (por ejemplo, la ley 12.713 de los trabajadores a domicilio, etc.), pudiendo regular aspectos totales de las relaciones que contemplan, o aspectos parciales de la relación, y remitir en cuanto a lo no regulado a la LCT.

Se tiende a garantizar las condiciones de trabajo, estableciendo las facultades de dirección que asisten al empleador que deben ejercitarse con carácter funcional (art. 65 LCT).

El art. 75, primer párrafo de la LCT dispone que: *“El empleador está obligado a observar las normas legales sobre higiene y seguridad en el trabajo y a hacer observar las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal...”*. Las normas legales referidas en el artículo son, en materia de higiene y seguridad en el trabajo, principalmente: a) la ley 19.587 del año 1972, sobre *Higiene y Seguridad del Trabajo*, y b) la ley 24.557 del año 1995 de *Riesgos del Trabajo (LRT)*.

1. La ley 19.587

La ley 19.587, sobre *Higiene y Seguridad del Trabajo*, es una ley nacional, cuyas disposiciones se aplican a todos los establecimientos y explotaciones, persigan o no fines de lucro (art. 1°). Esta ley fue reglamentada mediante decreto-ley 351 del año 1979, que por el art. 2° del decreto 911 del año 1996, las disposiciones del presente decreto no serán de aplicación a la industria de la construcción.

Entre los considerando se aduce la necesidad de plasmar una normativa de higiene y seguridad específica para el trabajo agrario. Que las especiales características que debe tener la normativa de higiene y seguridad en el trabajo agrario, en razón de las peculiaridades de éste, los lugares en que se desarrolla, la idiosincrasia de sus actores y la inocultable realidad del sector en la materia hacen necesario que la Superintendencia de Riesgos del Trabajo continúe fijando pautas de cumplimiento particulares respecto de las actividades agrarias que así lo demanden.

En el capítulo III, Higiene y Seguridad, el art. 97 de la ley 22.248, sobre el *Régimen del Trabajo Agrario*, establece que “El trabajo agrario deberá realizarse en adecuadas condiciones de higiene y seguridad a fin de evitar

enfermedades o accidentes de trabajo”. A partir del decreto 617 del año 1997, de higiene y seguridad en la actividad agraria, dictado a raíz de la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557, surgen varias disposiciones sobre cuáles son esas adecuadas condiciones en que debe desarrollarse la ardua tarea del trabajador rural y que todo el sector agropecuario estuvo de acuerdo con el decreto citado.⁷ Se señala que ahora se han dado innumerables novedades en materia agrícola y ganadera, a través de la investigación y el progreso en materia de maquinarias y técnicas, lo que ha generado el uso de innumerables prácticas, y que las reglamentaciones en general se adecuan a estas prácticas.⁸

2. La ley 24.557

Entre los objetivos de la *Ley de Riesgos del Trabajo* (LRT) n° 24.557, se encuentra el de reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo; reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado; promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados, y promover la negociación colectiva laboral para la mejora de las medidas de prevención y de las prestaciones reparadoras (art. 1º, inc. 2 LRT).

Los empleadores y trabajadores comprendidos en el ámbito de la LRT deben observar las obligaciones señaladas. Asimismo, las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (A.R.T.) deben adoptar las medidas legalmente previstas para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo (art. 4º LRT). Por su parte la ley 19.587, en su art. 5º inc. h) considera como principio básico el estudio y adopción de medidas para proteger la salud y la vida del trabajador.

En virtud de dicha normativa, mediante Resolución nro. 103/2005,⁹ la Superintendencia de Riesgos del Trabajo resuelve adoptar las “Directrices sobre Sistemas de Gestión de la Seguridad y la Salud en el trabajo”, de la Oficina Internacional del Trabajo-OIT. Entre los considerando se establece que el objetivo de estas Directrices es contribuir a proteger a los trabajadores contra los peligros y a eliminar las lesiones, enfermedades, dolencias, incidentes y muertes relacionadas con el trabajo. Que asimismo tienen como propósito facilitar a los empleadores un marco referencial para la implementación de Sistemas de Gestión de la Seguridad y la Salud en el Trabajo.

En cuanto a *las pausas y limitaciones a la duración del trabajo*, referidas en el art. 75 de la LCT, están reguladas básicamente en la ley 11.544, sobre jornada, sus reglamentaciones y las normas pertinentes de la LCT, incluido el capítulo VII “De los derechos y deberes de las partes”, bajo el rubro de “deber de seguridad”.

La ley 11.544 se sancionó en el año 1929, por razones de orden biológico, socioeconómico y de producción, principalmente dirigida a la protección de la salud psicofísica del trabajador. Se establece como *jornada máxima* en todo el ámbito nacional la de 8 horas diarias “o” 48 horas semanales, que no puede ser modificada por la legislación provincial, aunque

⁷ Horacio Maiztegui Martínez, *El trabajador Rural*, (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005), págs.261-262.

⁸ *Ibid.*, págs. 261-262.

⁹ B.O. 1/ 2/2005.

sí cabe su reglamentación, y por una regulación con limitadas alternativas de distribución del tiempo de trabajo, sin perjuicio de que las partes puedan establecer otras condiciones que puedan ser más atractivas para ellas, de acuerdo a las características particulares de esa relación laboral, en la medida que se respeten los límites máximos establecidos por el legislador laboral, y las excepciones que las leyes consagren en razón de la índole de la actividad (Trabajos intermitentes, preparatorios o complementarios y equipos), del carácter del empleo del trabajador (personal de dirección y vigilancia).

La relación laboral es de duración continuada. Nace para durar en el tiempo, sea éste determinado o indefinido, pudiendo prolongarse durante años. Es obvio, sin embargo, que la prestación laboral no puede hacerse de forma ininterrumpida durante todo ese tiempo, por lo que es preciso establecer límites. Este es el sentido de la regulación de la jornada de trabajo, y su limitación resulta de fundamental importancia en función del tiempo libre en el marco de una vinculación dependiente.

La limitación fijada por la norma es sólo máxima, y no impide una duración de trabajo menor que pueda resultar del acuerdo de partes o de un convenio colectivo en tanto éstos otorguen un mayor beneficio para el trabajador que el de origen legal (arts. 7º, 8º y 198, ley 24.013 LCT). La legislación laboral prevé jornadas reducidas de 6 horas diarias o 36 horas semanales para los menores y por la insalubridad de las tareas, que es función de la autoridad administrativa calificar la insalubridad de un lugar de trabajo con fundamento en dictámenes médicos de rigor científico (art. 200 LCT), y de 7 horas en caso de labores nocturnas. Asimismo queda prohibido ocupar mujeres y menores en trabajos de carácter penoso, peligroso o insalubre (art. 176, 190, 191 y 200 LCT y ley 26.390).

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que el fundamento de la jornada reducida para el trabajo insalubre es la protección de la salud del trabajador, resultando así una jornada rígida que no admite extensión más allá del tope legal. No cumpliendo este recaudo se está frente a un supuesto de trabajo prohibido, pero esta prohibición está siempre dirigida al empleador, y por lo tanto es éste quien debe afrontar las consecuencias normales de la prestación cumplida por el trabajador.¹⁰

También la legislación laboral prevé jornada reducida de quienes presten servicios a través de un contrato de trabajo de aprendizaje (art. 1º ley 25.013, modificado por el art. 22 de la ley 26.390).

A estas reducciones de la jornada justificadas por la edad, la mayor dureza de la prestación, formativas, se añaden otras distintas, basadas en circunstancias personales y familiares del trabajador y de la trabajadora, y son el regulado en el art. 179 de la LCT, por razones familiares, dos “descansos” diarios de media hora por lactancia, y el segundo caso de reducción de la jornada lo encontramos regulado en el art. 237 LCT, sobre la “licencia diaria” durante el plazo de “preaviso”.

Se nota un aumento de la jornada a través del trabajo extraordinario, y los ingresos de este origen han pasado a formar parte de la remuneración habitual, por lo que resulta trascendental que efectivamente se ejerza un poder de policía, por medio del Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la

¹⁰ SC Buenos Aires, 31/3/1992, “Salazar Victorino y otro c/ Industrias Galvanizadores y Afines”.

Seguridad Social (SIDITYSS), creado por la ley 25.877 del año 2004, que permita al Estado controlar las jornadas en exceso de la normal e incluso sin retribución alguna.

Pero las partes –trabajador y empleador- están obligadas no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de la ley de contrato de trabajo, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad (art. 62 LCT), y la buena fe (art. 63 LCT), por lo que resulta exigible jurídicamente al empleador, al trabajador y a la autoridad administrativa del trabajo que vigila el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado que el “deber de previsión” del art. 75 de la LCT no se limita simplemente al hecho de ajustarse a las condiciones que la normativa de higiene y seguridad determina, sino que es abarcativo de otras obligaciones más que debería tener cualquier empleador relativas a la integridad psicofísica de los trabajadores.¹¹ La obligación de seguridad establecida en la norma mencionada es de medio, no de resultado, e impone al empleador adoptar todas las conductas positivas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica del trabajador.¹²

Se sostiene que en caso de inobservancia del empleador al deber de seguridad, el trabajador puede ejercer el derecho de retener sus tareas, en virtud de lo dispuesto por los arts. 510 y 1201 del Cód. Civil.¹³

Siguiendo con el análisis del art. 75 de la LCT, en su segundo párrafo se establece que: *“Los daños que sufra el trabajador como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del apartado anterior, se regirá por las normas que regulan la reparación de los daños provocados por accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, dando lugar únicamente a las prestaciones allí establecidas”*.

Es decir que para el supuesto de que el obrero sufra un daño en su aspecto psicofísico derivado de un incumplimiento al deber de seguridad (personal) por parte del empleador, aquél solamente podrá buscar el resarcimiento del mismo a través del sistema reparatorio de las leyes de accidentes y enfermedades del trabajo.

La cuestión está íntimamente vinculada con la constitucionalidad o no de ciertos aspectos de la antes citada Ley de Riesgos del Trabajo, sobre la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se expidió en ejemplares fallos, decretando la inconstitucionalidad de varios artículos de esta ley.¹⁴

El art. 76 de la LCT regula sobre el *reintegro de gastos y resarcimiento de daños*, la obligación del empleador de adoptar un conjunto de medidas relacionadas con la actividad o función a los fines de evitar que el trabajador

¹¹ CNAT, sala VII, 18/10/1999, “Veloza, Ceferina c/ Latigo SA y otro s/daños y perjuicios”.

¹² CNAT, sala VI, 12/11/2003, “Sánchez, Ignacio c/ Consorcio de propietarios s/daños y perjuicios”.

¹³ Carlos Alberto Etala, *Contrato de Trabajo*, Tomo 1, 6º edición actualizada y ampliada, (Buenos Aires: Astrea, 2008), pág. 251. Juan Carlos Fernández Madrid y Amanda Caubet, *Leyes fundamentales de trabajo, 8º edición* (Buenos Aires: La Ley, 2006), págs. 48-49.

¹⁴ CSJN, 21/9/2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A.”; CSJN, 7/9/2004, “Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.”.

sufra daños en su persona, en sus bienes (cosas que el trabajador introduce en el lugar de trabajo por razones de su labor: vehículo en que se trabaja, bicicleta con que se traslada al trabajo, o herramientas que aporta, ropa de trabajo, etc.) o en su dignidad, estamos en presencia del “deber de previsión” que es una expresión directa del principio protectorio, entrañablemente unido al principio de indemnidad.

Además el empleador tiene el deber de prestar protección a la vida y bienes del trabajador cuando este habite en el establecimiento (art. 77 LCT), y dispensar equidad e igualdad de trato (arts. 17, 17 bis, 81 y 172 LCT).

Por lo que el trabajador no puede sufrir daño alguno en su persona o en sus bienes ni padecer un agravio moral, por motivo del trabajo por cuenta ajena. Como manifestación del principio protectorio e indemnidad, el trabajador debe salir “indemne” de la relación de trabajo.¹⁵

IV. CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y SALUD Y SEGURIDAD

El convenio colectivo de trabajo es el resultado de la negociación de condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores por los sujetos colectivos (asociación sindical y empleador), garantizado en el art. 14 bis, segundo párrafo. El convenio colectivo de trabajo se presenta en la actualidad como una figura normativa sólidamente consolidada que cumple una función pacificadora y estabilizadora de las relaciones de trabajo, y ha asumido el espíritu de profundizar en medidas de salud y seguridad a fin de garantizar las condiciones de trabajo.

No obstante, algunos convenios colectivos se limitan a recordar lo regulado por la ley, sin aprovechar las oportunidades que proporciona la negociación colectiva para mejorar los contenidos legales, salvando sus posibles insuficiencias. Afortunadamente otras normas convencionales reflejan una mayor sensibilidad por la salud y la seguridad de los trabajadores y las trabajadoras.

Muchos convenios colectivos establecen cláusulas que regulan el instituto bajo la denominación de “seguridad e higiene”, “condiciones de trabajo”, etc. Se establece el compromiso del empleador a mantener los lugares de trabajo en condiciones reglamentarias de higiene y seguridad (asientos con respaldo, propiciar la implementación sobre seguridad en general, luz, ventilación, ruido), velar por la seguridad del trabajador, tutelando su integridad psicofísica;¹⁶ debe propender a que el ejercicio del trabajo no signifique riesgo de vida al trabajador,¹⁷ y contar con un responsable técnico de seguridad e higiene en el trabajo.¹⁸ También los trabajadores deben cumplir con las disposiciones de higiene y seguridad en el trabajo y las que imponga la dirección de la empresa.¹⁹

¹⁵ Juan Carlos Fernández Madrid, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, 3º edición actualizada y ampliada, T.I (Buenos Aires: La Ley, 2007), págs. 289-325.

¹⁶ CCT nro. 433/05, para los trabajadores de empresa Textil, art. 40°.

¹⁷ CCT nro. 561/09, para los trabajadores Papeleros, art. 51°.

¹⁸ CCT nro. 439/06 para los empleados Tintoreros, Sombrereros y Lavanderos, art. 42°.

¹⁹ CCT nro. 523/07 para los empleados de Espectáculo Público, Cinematografía, art. 14°.

Asimismo, el empleador principal, contratistas, subcontratistas e intermediarios son responsables de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo que deben imperar en toda obra, y el empleador deberá proveer de ropa de trabajo, elementos de protección personal y herramientas y elementos de trabajo, y que en las obras que por su magnitud y complejidad lo justifiquen podrá crearse una Comisión Mixta de Higiene y Seguridad,²⁰ y brindar a los trabajadores la capacitación necesaria, para quienes será de estricto cumplimiento la concurrencia, y en caso de incumplimiento a estos requerimientos habilitará el ejercicio del poder disciplinario de la empresa.²¹ Existiendo resortes legales, medios tecnológicos y disposición conjunta, las empresas tienen la responsabilidad, a través de estos tres factores, de contribuir permanentemente a dignificar el trabajo, tornándolo cada vez más desprovistos de riesgos, penurias e incomodidad.²²

V. CONCLUSIONES

Las normas sobre condiciones de trabajo, en materia de salud y seguridad, establecen el derecho del trabajador y la trabajadora a un medio ambiente de trabajo saludable y seguro, y debe ser reconocido como un derecho humano fundamental conforme las cláusulas previstas en la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Se impone una garantía de protección a la persona del trabajador y de la trabajadora conforme el principio protectorio, de indemnidad y prevención, y esta consideración debe situarse en el centro de toda problemática jurídica en la materia, al menos para quienes tienen la preocupación de asegurar la dignidad de las personas en el trabajo.

La salud laboral se construye en un medio ambiente de trabajo adecuado, con condiciones de trabajo justas, donde los trabajadores y trabajadoras puedan desarrollar una actividad con dignidad y donde sea posible su participación para la mejora de las condiciones de salud y seguridad.

El avance en la salud y la seguridad en el trabajo tiene un impacto positivo en las condiciones laborales, la productividad y el desarrollo económico y social.

Los avances tecnológicos y la globalización han aportado cambios rápidos en las condiciones de trabajo, los procesos y la organización del trabajo, y la legislación es esencial, pero insuficiente por sí sola para abordar estos cambios. Por lo que se debe promover la educación, capacitación, consulta e intercambio de información, y buenas prácticas en la prevención y la promoción de medidas preventivas.

Asimismo, la necesidad de unificar la legislación nacional en materia de accidentes y enfermedades del trabajo, prevención en salud y seguridad en el trabajo.

Para ello, resulta importante el rol del Estado, que debe proteger la salud

²⁰ CCT nro. 545/08, para los empleados de la Construcción, arts. 28°, 29°, 30° y 32°.

²¹ CCT nro. 486/07, para los trabajadores de Neumáticos, Anexo Bridgestone-Firestone, arts. 42°, 43° y 44°.

²² CCT nro. 564/09, para los trabajadores de empresas Química y Petroquímica, art. 23°.

de la población y garantizar buenas condiciones de trabajo; los sindicatos, que tienen la función no sólo de representar sino también de defender los intereses individuales y colectivos de los trabajadores; los empleadores, trabajadores, organismos no gubernamentales, y la sociedad en su conjunto, para garantizar la seguridad y salud de todos en el trabajo.

LA GARANTÍA “NE BIS IN IDEM”

Nicolás Miguel Plo¹

I. INTRODUCCIÓN

El principio “ne bis in idem” impide que una persona sea condenada o perseguida (simultánea o sucesivamente) más de una vez por la misma conducta penal.

Ello implica que sobre el mismo acontecimiento histórico subsumible en uno o varios tipos penales no puede existir para el justiciable más de una consecuencia penal. Es decir, sólo puede haber una única persecución estatal y una única condena por un mismo hecho.

Esta garantía se fundamenta en que la libertad individual no estaría debidamente protegida si existiera la posibilidad de que el Estado efectuara una serie indefinida de procesos contra una persona y por un mismo hecho. En definitiva, constituye un principio contra el poder coercitivo del Estado. Mediante esta garantía se pretende impedir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para perseguir penalmente y llegar a condenar a un individuo por un supuesto delito sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad.²

A ello cabe agregar que el referido principio no debe ser confundido con el de autoridad de cosa juzgada en orden a la situación del imputado, toda vez que éste obra como una derivación de aquél, esto es de la regla superior y previa al proceso que prohíbe la doble persecución penal por un mismo hecho, infracción que en todo caso da lugar a las excepciones de “cosa juzgada”³ y “litis pendencia”.⁴

Este principio general tiene una única excepción, que es el caso del recurso de revisión a favor del condenado, caso que, por su misma naturaleza, no representa un nuevo riesgo, sino, por el contrario, otra garantía que se le brinda al reo.

II. REQUISITOS

Con el objeto de determinar cuándo se está ante la presencia de una misma persecución penal, es preciso establecer la presencia de tres identidades que necesariamente deben presentarse en forma conjunta.

¹ Abogado. Especialista en Derecho Penal. Profesor Adjunto de Derecho Procesal Penal, UFLO.

² Fallos: 298:736.

³ Si se intenta perseguir nuevamente a quien ya fue absuelto o condenado por el mismo hecho punible en otro procedimiento.

⁴ Si se intenta perseguir a alguien que ya está siendo perseguido por el mismo hecho.

Identidad de persona: Implica que el individuo que fue condenado o absuelto o que está siendo sometido a un nuevo proceso sea la misma persona. A ello cabe aclarar que la referida garantía solamente ampara a la misma persona por el mismo hecho, dado que de ningún modo tiene efecto extensivo a los demás coautores, cómplices o instigadores que si bien pudieron haber participado en el mismo hecho no fueron juzgados.

Idéntico hecho: La regla genérica es considerar al hecho como acontecimiento de la realidad, como mero suceso fáctico y en su materialidad histórica, con absoluta prescindencia de cuál haya sido la calificación jurídica otorgada en el anterior o simultáneo proceso.⁵

Debido a que toda imputación alude a una hipótesis sobre el acaecimiento de un suceso que presenta las características de delictivo, la existencia real del hecho es irrelevante a los fines de la operatividad de la garantía. En consecuencia, no es necesario que el mismo se haya verificado fehacientemente. Su mera atribución como hipótesis acusatoria basta para que en caso de identidad deba prohibirse su doble juzgamiento.⁶

En síntesis, la identidad se refiere al comportamiento y, eventualmente, a su resultado, como acontecimiento histórico. Basta, entonces, con que ese acontecimiento sea el mismo históricamente, en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas o conocidas en el segundo sean más o distintas de las conocidas en el primero.⁷

Igual causa de persecución: Existe identidad de causa cuando el motivo del procedimiento tiene una misma razón jurídica y política, y con el mismo objeto dentro del orden jurídico institucional del Estado.

En otras palabras, se verifica cuando el tribunal del primer proceso haya tenido atribuciones para examinar el hecho en que se basó la imputación, frente a todos los encuadramientos jurídicos penales posibles. En el caso de no tenerla, ya sea por carecer de jurisdicción o competencia material para hacerlo, al no haber podido agotar el examen de la pretensión punitiva, es posible una segunda persecución penal.

III. RECONOCIMIENTO DE LA GARANTÍA EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

No hay en los antecedentes legislativos del Derecho patrio ninguna referencia expresa a la garantía que prohíbe la múltiple persecución penal. Nuestra Constitución de 1853 no previó una norma que consagre de modo expreso la

⁵ Eduardo M. Jauchen, *Derechos del Imputado* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2005), pág. 392.

⁶ *Ibid.* 2.

⁷ Mariano H. Borinsky, "Principio '*non bis in idem*'. Concurrencia de consecuencias jurídico penales. Concurrencia de sanciones administrativas y penales. El análisis en el campo de los delitos económicos". El Dial.com DC5C4.

referida garantía.⁸ Sin embargo, con arreglo del artículo 33, según el cual la enunciación no es limitativa, se la ha reconocido como una de las garantías no enumeradas, pero que surgen del sistema republicano y del Estado de Derecho.⁹

A partir de la reforma constitucional de 1994, con la jerarquización constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no cabe ninguna duda acerca del rango constitucional de esta garantía.

En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y procedimiento penal de cada país”.¹⁰ Y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se enuncia en su normativa que el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos.¹¹

IV. LA GARANTÍA DEL “NE BIS IN IDEM” EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El más antiguo de los casos en que aparece abordada la cuestión es “Pereyra, Justiniano Luis”,¹² de fecha 4 de noviembre de 1960, en el cual en un “*obiter dictum*” la C.S.J.N. puntualizó que la prohibición de doble juzgamiento, además de consagrada en norma expresa de la ley procesal, resulta implícita en el resguardo del debido proceso contenido en la Constitución Nacional, inspirado en la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

Posteriormente, en 1968, en el caso “Mattei, Ángel”,¹³ nuestro más Alto Tribunal estatuyó los principios de preclusión y progresividad, sustentado este último en el principio de seguridad jurídica que impide la retrogradación del proceso. Asimismo, sostuvo que “el proceso penal se integra con una serie de etapas a través de las cuales y en forma progresiva se tiende a poner al juez en condiciones de pronunciar un veredicto de absolución o de condena; y por ello, cada una de las etapas constituye el presupuesto necesario de la que subsigue, en forma tal que no es posible eliminar una de ellas sin afectar la validez de las que suceden ... que ello sentado no es menos cierto que el principio de progresividad impide que el juicio se retrotraiga a etapas ya superadas, porque también debe considerarse axiomático que los actos procesales se precluyen cuando han sido cumplidos observando las formas que la ley establece, es decir, salvo supuestos de nulidad”.

⁸ Sí lo hacen constituciones provinciales (Córdoba, artículo 39; Santiago del Estero, artículo 35. En Buenos Aires lo contiene en su actual art. 29: “A ningún acusado se le obligará a prestar juramento ni a declarar contra sí mismo en materia criminal, ni será encausado dos veces por el mismo delito”).

⁹ Fallos 248:232.

¹⁰ P.I.D.C.P., art. 14, inc. 7°.

¹¹ C.A.D.H., Art. 8°, inc. 4°.

¹² Fallos 248:232.

¹³ Fallos 272:188.

En el año 1975, en el caso “Belozercovsky, Jacobo”¹⁴ y luego en el precedente “Martínez de Perón”,¹⁵ lo destacable, en lo que concierne a la prohibición de doble persecución penal, es la insistencia del procurador general en que se trata de una garantía no enumerada por la Constitución Nacional, no obstante lo cual se lo consideró no aplicable al caso. En definitiva, sólo se proclamó el principio, que luego se descartó.

Luego en 1986, en el antecedente “Plaza, Oscar Juan”,¹⁶ la C.S.J.N. expresó que “...la prohibición de doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por esta Corte,¹⁷ y ese derecho federal sólo es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición al riesgo que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento al juicio de quien ya ha sufrido por el mismo hecho,¹⁸ porque el solo desarrollo del proceso desvirtuaría el derecho invocado, dado que el gravamen que es materia de agravio no se disiparía ni aún con el dictado de una ulterior sentencia absolutoria”.¹⁹

Criterio que fuera dejado de lado en el caso “Weissbrod, Pedro”²⁰ al referir que “... la circunstancia de se haya anulado la primera sentencia, que había absuelto al imputado, por la existencia de vicios esenciales en el procedimiento –en especial por no habérselo indagado por la totalidad de los hechos investigados- no puede entenderse que la causa fue juzgada dos veces ni que se produjo la retrogradación del juicio, violándose así el principio de ‘ne bis in idem’”.

Es decir, lo que diferencia este antecedente del anteriormente citado “Mattei” es que en este último se pueden renovar etapas superadas en un proceso viciado, siempre y cuando ello lo sea en beneficio del imputado, mientras que en “Weissbrod” permite retrotraer el juicio para corregir aquellos defectos esenciales del proceso, sin importar que ello sea a favor o en contra del imputado. Varios años después, en 1998, la C.S.J.N., en el caso “Polak, Federico G.”,²¹ resolvió “Que una interpretación amplia de la garantía contra el múltiple juzgamiento conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo delito, sino que lleva a la prohibición de un segundo proceso por el mismo delito, sea que el acusado haya sufrido pena o no la haya sufrido, y sea que el primer proceso haya sido absuelto o condenado. Y ello es así porque a partir del fundamento material de la citada garantía no es posible permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, y a aumentar, también, la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable”.

¹⁴ Fallos 292:202.

¹⁵ Fallos 298:737.

¹⁶ Fallos 308:84.

¹⁷ Fallos 248:232; 258:220; 272:180 y 292:202

¹⁸ Fallos 299:221.

¹⁹ Fallos 300:1273.

²⁰ Fallos 312:597.

²¹ Fallos: 321:2826.

Finalmente, en el año 2003, en el caso “Videla, Jorge Rafael”,²² nuestro Máximo Tribunal, si bien desestimó el planteo de doble persecución, puntualizó en un “obiter dictum” que “el principio de ‘non bis in idem’ nació como garantía de seguridad individual propio de un Estado de Derecho. La Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece que ‘nadie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro’. Desaparecidas las penas corporales, la Enmienda V se interpreta hoy en el sentido de un nuevo riesgo de privación de la libertad. Por su parte nuestra Constitución no previó originalmente en forma expresa esta garantía. Sin embargo se la ha reconocido tradicionalmente como una de las no enumeradas –art. 33 de la Constitución Nacional-. A su vez, ha sido incorporada –en forma sustancialmente análoga- en el art. 14, número 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, art. 8 número 4). La doctrina europea ha señalado también que el ‘non bis in idem’ *procesal* encuentra su último fundamento en el principio de Estado de Derecho ‘Rechtstaatsprinzip’”.

Asimismo, agregó la C.S.J.N. que “En el ámbito nacional, la garantía puede ser entendida como aquella que impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por el mismo hecho. Tal como ya fue señalado no se trata exclusivamente de que una persona sea condenada dos veces por el mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al riesgo –por medio de un nuevo proceso- de que pueda ser condenada. Su violación debe entenderse configurada cuando concurren las tres identidades clásicas, a saber ‘eadem persona’ (identidad de persona perseguida), ‘eadem res’ (identidad del objeto de la persecución) y ‘eadem causa petendi’ (identidad de la causa de persecución)”.

A su vez, expresó en el referido fallo que el objeto es idéntico cuando se refiere al mismo comportamiento, atribuido a la misma persona. Se trata de impedir que la imputación concreta, como atribución de un comportamiento determinado históricamente, se repita, cualquiera que sea el significado jurídico que se le ha otorgado en una y otra ocasión, es decir el “nomen iuris” empleado para calificar la imputación o designar el hecho. Se mira al hecho como acontecimiento real que sucede en un lugar y en un momento o período determinado.

V. LA PROHIBICIÓN DE DOBLE PERSECUCIÓN PENAL EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tuvo oportunidad de expedirse en el caso “Loayza Tamayo”,²³ proveniente del Perú, considerándola como una de las garantías básicas del proceso penal, al aplicar el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), destacando que se había violado dicha garantía al juzgarse a la imputada en la jurisdicción

²² Fallos 326:2805.

²³ C.I.D.H., “Loayza Tamayo, María E.” rta. 17/9/97.

ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar.²⁴

a) Hechos

El 6 de febrero de 1993, la señora María Elena Loayza Tamayo, peruana, profesora de la Universidad San Martín de Porres, fue arrestada junto con un familiar suyo, el señor Ladislao Alberto Huamán Loayza, por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo²⁵ de la Policía Nacional del Perú, como presunta colaboradora del grupo subversivo Sendero Luminoso.

Allí, estuvo detenida por la DINCOTE desde el 6 hasta el 26 de febrero de 1993 sin haber sido puesta a disposición del Juzgado Especial de la Marina, permaneciendo 10 días incomunicada. Fue objeto de torturas, tratos crueles y degradantes y de apremios ilegales, todo con la finalidad de que se autoinculpara y declarara pertenecer al Partido Comunista de Perú -Sendero Luminoso-. Sin embargo, la señora María Elena Loayza Tamayo declaró ser inocente, negó pertenecer al Partido Comunista y, por el contrario, *“criticó sus métodos: la violencia y la violación de derechos humanos por parte de ese grupo subversivo”*.

Durante los 10 días en que permaneció incomunicada no se le permitió comunicarse con su familia ni con su abogado, quienes tampoco fueron informados del lugar de detención. El 26 de febrero de 1993, la señora María Elena Loayza Tamayo fue presentada a la prensa, vestida con un traje a rayas, imputándosele el delito de traición a la patria. El Juzgado Especial de Marina, integrado por jueces militares sin rostro, por sentencia de 5 de marzo de 1993, la absolvió. Posteriormente, el Consejo de Guerra Especial de Marina, en alzada, mediante sentencia de 2 de abril de 1993, la condenó. El Fiscal General Adjunto Especial interpuso ante la Sala Plena del Tribunal Supremo Militar Especial un recurso de revisión extraordinario contra dicha sentencia, el cual fue resuelto el 24 de septiembre de 1993 mediante sentencia que confirmó su absolución.

En la jurisdicción ordinaria se procesó a la señora María Elena Loayza Tamayo por el delito de terrorismo. El 10 de octubre de 1994, el *“Tribunal Especial sin rostro del Fuero Común”* desestimó la excepción interpuesta (cosa juzgada) y, con fundamento en los mismos hechos y cargos, la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad. El 6 de octubre de 1995 la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia anterior.

b) Consideraciones realizadas por la C.I.D.H.:

La Corte entendió que la garantía de *“ne bis in idem”* busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados acontecimientos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos.

²⁴ En el Perú la jurisdicción militar también se aplica a civiles.

²⁵ En adelante “DINCOTE”.

A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.

Asimismo, la Corte consideró que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución”, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

Por último, concluyó que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.

En definitiva, la C.I.D.H. resolvió que:

1. Que el Estado del Perú violó en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo el derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 25 y 1.1 de la misma.

2. Que el Estado del Perú violó en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo el derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

3. Que el Estado del Perú violó en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 25 y 1.1 de la misma, en los términos establecidos en esta sentencia.

4. Que el Estado del Perú violó en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

VI. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL (CNCP)

Por su parte, la CNCP entendió que se encontraba violada la garantía de “ne bis in idem” en los siguientes casos:

a) “De Santis”

La Sala I. de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “De Santis”²⁶ rechazó el recurso de casación deducido por el querellante en una causa por calumnias e injurias contra la resolución de primera instancia que había decretado la nulidad de la causa por haberse afectado la garantía “non bis in idem”, al considerar que mediaba identidad de sujeto, objeto y causa con un proceso anterior por falsa denuncia que había sido desestimado.

En el referido fallo, la Sala I expresó que “la garantía del ‘non bis in idem’ es la que protege a los individuos contra una doble persecución por un mismo hecho, sin importar los diversos encuadramientos que se puedan efectuar respecto de aquél –en el caso, se trataba de investigar a través de una calumnia lo que había sido desestimado como falsa denuncia- y no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también el sometimiento a juicio a quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho”.

Asimismo, en el caso “Tejerina”²⁷ dijo que “La garantía constitucional de ‘non bis in idem’ protege a los individuos contra una doble persecución por un mismo hecho, sin importar los diversos encuadramientos de aquél”. Agregando que la garantía funciona sólo en caso de identidad total del hecho, la que existirá cuando entre la primera y la segunda persecución obre una triple identidad: de persona, de objeto y de causa de persecución.

b) “Rugonyi”

La Sala II. de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Rugonyi”²⁸ rechazó el recurso de casación deducido por el Ministerio Público contra la resolución que había hecho lugar a una excepción de falta de acción por mediar cosa juzgada material y ordenar el archivo de la segunda causa, pues, en un anterior proceso se había sobreseído al imputado por haber comercializado discos compactos regrabados. Se envió el sumario a la justicia ordinaria para que investigue el mismo hecho pero bajo otra figura penal.

En el mencionado fallo la Sala II expresó que “Se encuentra afectada la garantía del ‘non bis in idem’ si se pretende continuar la investigación de una causa en la justicia ordinaria mientras en la justicia de excepción se dictó sobreseimiento por el mismo hecho -en el caso, se había sobreseído respecto de infracción a la ley de marcas, declarándose la incompetencia y enviando la causa a la justicia de instrucción para investigar ilícitos por la ley de propiedad intelectual- pues con este pronunciamiento se ha generado el efecto de cosa juzgada material, resultando impertinente una nueva evaluación de la misma en razón de un error de técnica procesal, que no debe operar en perjuicio del justiciable”.

²⁶ C.N.C.P. Sala I. caratulada: “De Santis, Miguel C. s/recurso de casación”, rta. 10/9/01.

²⁷ C.N.C.P. Sala I. caratulada: “Tejerina, Jorge R. s/recurso de casación”, rta. 11/7/97.

²⁸ C.N.C.P. Sala II. caratulada: “Rugonyi, Gustavo s/recurso de casación”, rta. 19/9/01.

Por su parte, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso “Ricci”²⁹ hizo lugar al remedio casatorio, revocando la resolución de primera instancia que había rechazado una excepción de cosa juzgada, al considerar que si al imputado se lo había sobreseído por el hurto de un pasacassette no podía seguir el procedimiento respecto del hurto de la campera, la cual se le había achacado cometida en el mismo lugar y desde el interior del mismo automóvil del cual habría desaparecido al pasacassette.

En el citado fallo la Sala III refirió que “corresponde hacer lugar a la excepción de cosa juzgada interpuesta por el imputado si se lo pretende perseguir por el hurto de una campera mientras que se lo sobreseyó por el del pasacassette, cuando ambos se encontraban en el interior del mismo automóvil y fueron sustraídos en el mismo momento pues el tribunal al dictar el sobreseimiento decidió sobre una misma y sola conducta, un único e inescindible hecho que afecta un idéntico bien jurídico protegido y que incluía en su descripción desde un inicio el desapoderamiento ilegítimo de dos objetos distintos, sin que pueda ser sometido a juicio por el remanente de este hecho erróneamente desdoblado”.

En otra oportunidad, en el caso “Mathisen”³⁰ la Sala III dijo que “El alcance de la garantía del ‘non bis in idem’ debe entenderse como la posibilidad del imputado de hacer valer o la necesidad del tribunal de respetar la sentencia definitiva firme y evitar, en consecuencia, un nuevo pronunciamiento sobre el fondo”. Agregando que, a los fines de aplicación de la referida garantía lo que interesa no son los títulos delictivos en los cuales se puede subsumir el hecho imputado sino que se trate del mismo suceso, más allá de cualquier adecuación típica.

Por último, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso “Macri”³¹ dijo que “La cosa juzgada, por sus efectos radicales de preclusividad y definitividad de la sentencia firme, constituye uno de los pilares de la seguridad jurídica; cuyo valor esencial no puede ser desconocido so riesgo de minar las bases mismas del sistema procesal y de afectar la garantía del debido proceso en el que se sustenta todo Estado de Derecho”. Asimismo, los integrantes del referido tribunal luego de referir lo sostenido por la C.S.J.N en el caso “Polak”³² agregaron que “La barrera que veda el doble juzgamiento configura, entonces, a la vez que una garantía para las personas, un límite a los poderes jurisdiccionales del Estado, que se ve así impedido de reabrir causas ya fenecidas, y de, por esa vía, enfrentar a quienes ya fueron juzgados a la incertidumbre de ser sometidos a múltiples pronunciamientos con base en un mismo comportamiento eventualmente reprochable”. Finalmente, expresaron que “Pese a los plurales alcances con que la garantía en cuestión ha sido interpretada a lo largo del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia nacional –con acierto– han entendido la prohibición con criterio amplio, propendiendo a la protección de cualquier imputado (concebido como la persona designada, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe de él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del

²⁹ C.N.C.P. Sala III. caratulada: “Ricci, José F. s/recurso de casación”, rta. 13/8/01.

³⁰ C.N.C.P. Sala III. caratulada: “Mathisen, Luis Cesar s/recurso de casación”, rta. 22/6/00.

³¹ C.N.C.P. Sala IV. caratulada: “Macri, Francisco y otros s/recurso de casación”, rta. 09/12/99.

³² Ibid. 18.

grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida”.³³

VII. SÍNTESIS

1. La garantía de “ne bis in idem” protege a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida, toda vez que la garantía solamente juega a favor y no en disfavor de quien sufre el poder penal del Estado.

2. La prohibición de doble persecución penal requiere la presencia de tres identidades a fin de advertir inequívocamente si el hecho en cuestión fue materia de juzgamiento definitivo con anterioridad; a saber: identidad de persona perseguida (aedem persona), identidad de objeto de la persecución (aedem res) e identidad de la causa de persecución (aedem causa petendi).

3. En materia del principio “ne bis in idem” lo que interesa no son los títulos delictivos en los cuales se puede subsumir el hecho imputado sino que se trate del mismo suceso, más allá de cualquier adecuación típica. La materialidad imputada puede o no ser delito en su concepto dogmático o encuadrar en una figura penal determinada; esto es indiferente para resolver sobre su identidad con el objeto de comparación.

4. El alcance de la referida garantía conduce no sólo a la inadmisibilidad de imponer una nueva pena por el mismo hecho ya juzgado, sino que también lleva a la prohibición de sustanciación de un segundo proceso por igual objeto fáctico anteriormente consumido al resolverse sobre el fondo, sea que el acusado haya sido absuelto o condenado.

³³ Julio B. Maier, *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos* (Buenos aires: Editores del Puerto, 1996), pág. 601.

BIOÉTICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

Susana Isabel Estrada¹

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Es propio de la naturaleza humana intervenir en el orden natural para desvelar sus secretos y modificar su devenir. Esta vocación está presente en lo más íntimo del progreso humano y la tecnología es la herramienta que la convierte en posible.

El crecimiento experimentado tanto en la ciencia como en la técnica ha provocado un cambio sustancial en numerosas disciplinas científicas y en particular en las prácticas biomédicas. Se han puesto al alcance de ellas numerosas técnicas y enfoques terapéuticos imposibles de imaginar hace no más de dos décadas. Pero lo que asegura que el uso y aplicación de esa biotecnología de avanzada no pudiera volverse contra el hombre mismo es el sentido de responsabilidad que deben asumir todos los partícipes del proceso.

Y en este acontecer, desempeña un papel preponderante la bioética, cuyo contexto normativo no es solo ético-filosófico sino también jurídico. El bioderecho o la biojurídica -como también se la ha dado en llamar- constituye una dimensión insoslayable para configurar la bioética.

En ella el derecho no se limita a realizar una simple contribución, sino que su rol es fundamental porque las cuestiones biomédicas, como la que será objeto de análisis, requieren una prudente y adecuada respuesta jurídica, ya que la ética por sí sola no brinda la indispensable seguridad jurídica. Siendo así, las normas jurídicas serán las que nos indicarán genéricamente cuándo y en qué condiciones puede procederse a efectuar una determinada investigación médica y cuándo no.

De ahí la íntima conexión entre ética y derecho. Y al respecto Hoofft² sostiene:

Las dimensiones éticas y jurídicas originadas en actuales ciencias de la vida resultan a mi juicio, inseparables. Nuevos conocimientos científicos y nuevos desarrollos tecnológicos en este campo, generaron de inmediato renovadas reflexiones éticas, llamando ambas [...] a replanteos en el terreno del derecho.

[...] la bioética debe también proyectarse hacia un bioderecho, la regulación jurídica en el plano de la alteridad de todas las cuestiones vinculadas con las ciencias de la vida, tanto en los planos de una micro, como meso o macro bioética, [...]. Ese "bioderecho" no debe constituirse en una simple rama más del derecho, sino expresar una nueva forma de juridicidad, con vasos comunicantes con la bioética.

¹ Profesora de Derecho, Universidad Nacional de Tucumán.

² Pedro F. Hoofft, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos* (Buenos Aires: Depalma, 1999), págs. 11 y 23.

Por su parte, Blanco,³ en referencia al desarrollo alcanzado por el “bioderecho” en nuestro país, en relación con la bioética como disciplina cosmopolita, dice:

[...] el bioderecho importa nada menos que la institucionalización jurídica de la bioética [...]. De allí que la biojurídica sea una parte integrante de la bioética, no correspondiendo, por tanto, efectuar una inadecuada dicotomía entre “la bioética” y “el derecho” –v.gr., centrandolo al discurso bioético exclusivamente en lo filosófico-, parcialización que atenta contra la naturaleza interdisciplinaria de la bioética, y que puede conducir a marginar [...]al derecho de su ámbito, lo que a nadie beneficia, pues si bien existen[...] discordancias entre las leyes y el pensamiento bioético, no es novedad que las leyes son perfectibles y que tanto la ética como el derecho y la medicina expresan valores fundamentales de nuestra cultura, que en situaciones de indeterminación normativa[...] nuestros jueces[...] suelen reconocer en sus sentencias biojurídicas.

En este contexto, el desarrollo de la intervención biomédica acontecido en la segunda mitad del siglo XX ha estado acompañado por un esfuerzo de reflexión en torno a los principios fundamentales de la bioética, universalmente reconocidos: la autonomía, la beneficencia, la no-maleficencia y la justicia.

En el crecimiento exponencial, tanto de la ciencia como de la tecnología, “la bioética aparece en el horizonte científico como expresión de la necesidad de los científicos y moralistas, de hacer frente a los retos y problemas planteados por los progresos biomédicos y su repercusión en la sociedad y su sistema de valores”, sostiene Francis Abel.⁴

En el derecho argentino los principios bioéticos gozan de rango constitucional y al respecto en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil,⁵ se concluyó que “los principios bioéticos son universalmente aceptados y están implícita y explícitamente recogidos en las legislaciones nacionales de los países signatarios del Tratado de Asunción y constituyen reglas fundamentales en el camino a su integración social, cultural y política”.

En este marco normativo, los profesionales de las ciencias de la salud deben conducir éticamente todas las posibilidades que aparezcan ante los descubrimientos médicos, informando a la opinión pública sobre los nuevos poderes que el progreso representa sobre la vida humana. Pero difícilmente esta tarea de concientización sea efectuada por quienes no sustentan una

³ Luis Blanco, “Algunas consideraciones acerca del desarrollo del “bioderecho” en la Argentina”, Cuadernos de Bioética, año 3, N° 2, Grupo de investigación en Bioética de Galicia, Santiago, 1998, pág. 277.

⁴ Abel Francese, “Comités de bioética. Necesidad, estructura y funcionamiento institucional”, *Review Boards and Institutional Ética Committees*, Labor hospitalaria 229 (1993) págs.136-146.

⁵ XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997, Despacho E de la comisión N° 9 -Interdisciplinario-Bioética y Derecho Civil, firmado por Flah, Pelle, Messina de Estrella Gutiérrez, Ambos, Bertoldi de Fourcade, Wierzba, Zamudio, Fernández Bula, Giordano, Crovi, Barberis y Verneti.

concepción de la persona basada en el respeto irrestricto por la dignidad del ser humano, como así también es improbable que tales personas respeten ese criterio en su tarea investigativa. Al respecto, las nuevas tendencias en la educación médica para la formación del médico general proponen que la formación del médico tenga un enfoque científico, antropológico, social y humanístico. Para ello se debe atender no sólo los aspectos biológicos (científicos y técnicos) sino también los psicológicos, culturales, económicos, políticos y éticos, a fin de que el profesional logre una capacitación integral en la atención del paciente.

Ahora bien, la libertad de investigación procede de la libertad de pensamiento. Ella constituye una condición necesaria, pero no suficiente, para llevar a cabo una investigación, pues para que ella sea verdaderamente libre, es preciso garantizar del mismo modo también la libertad de conciencia. Al respecto, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 18) y el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (art. 18) ponen en el mismo plano la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Declara "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia". El discernimiento es la aptitud para distinguir lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto. La intención estriba en el propósito de la voluntad en la ejecución de los actos conscientes. Y la libertad se manifiesta en la espontaneidad de la decisión, adoptada sin coacción ni violencia sobre la persona. En igual sentido, se ha pronunciado la UNESCO en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, en París, el 11 de Noviembre de 1997, al reconocer que "[...] la libertad de investigación [...] procede de la libertad de pensamiento" (art. 12 b).

Una minuciosa legislación que regule las prácticas terapéuticas y de experimentación con el criterio expuesto respecto a la concepción del ser humano evitará la errada tendencia a pretender que todo sea permitido. Ella pondrá límites a los que sostienen que no se debe impedir el avance de la ciencia, pues alternando los fracasos con los éxitos, se logra finalmente convertir lo imposible en posible. Adviértase que la técnica que actúa fuera del orden en que debe mantenerse por su esencia intrínseca puede producir efectos diabólicos.

Pero tampoco una legislación de tales características resultará suficiente por sí sola. Y sostenemos que no resultará suficiente, porque en esas ansias por lograr nuevos descubrimientos, ya con fines terapéuticos futuros, a la persona que se la somete a estos procedimientos, hasta hace muy poco tiempo sólo se le requería pronunciarse por sí o por no, sin que reciba ninguna información previa.

Actualmente, a pesar de que tanto la doctrina como gran parte de la jurisprudencia en nuestro país han comenzado a inclinarse a favor del criterio acerca del cual el consentimiento dado debe ir precedido de un proceso de información, de comprensión y de concientización previos a la manifestación de voluntad por parte del sujeto, es frecuente que la persona que se somete a un procedimiento firme un formulario de "consentimiento informado" de la

exploración, de la práctica o de la intervención que se va a realizar sobre su cuerpo, sin que haya tenido una fluida comunicación con el profesional que va a llevarla a cabo. Este procedimiento irregular se agrava aún más en el caso de la investigación experimental, donde el sujeto a veces ni siquiera conoce al investigador, porque en la realidad quienes realizan materialmente la tarea son los profesionales residentes. A ello se suele contraponer como justificativo la sobrecarga del número de exploraciones que aquejan a los centros de investigación o la falta de tiempo; pero ello de ninguna manera justifica tal proceder ni ponen a resguardo a tales profesionales en caso de tener que enfrentar una contienda judicial.

El derecho del paciente o del sujeto de investigación a ser informado adecuadamente a su nivel cultural y a prestar o negar su consentimiento para una determinada intervención biomédica, se funda precisamente en el principio de autonomía. Su ejercicio constituye una expresión privilegiada de la libertad individual, como condición interna de la voluntad.

Este principio bioético de autonomía personal integra la tetrada guía de toda intervención biomédica y se traduce en la práctica, en lo que la moderna doctrina ha dado en llamar “consentimiento informado”. Éste requiere por parte del sujeto una participación activa en la toma de decisiones que conciernen a su cuerpo, su salud, su vida, pues de lo contrario existirán peligros ciertos de una creciente formalización carente de una verdadera sustancia ética.

El objetivo de este trabajo será, entonces, realizar un estudio sobre el “consentimiento informado” en el contexto de la bioética, donde se contemplarán aspectos tales como la necesidad de su uso en investigaciones con seres humanos y su correcta utilización. Por otro lado, se analizará el contexto histórico que dio surgimiento al mismo, teniendo en cuenta tanto los aspectos científicos de las ciencias médicas, como los legales. Se tratarán los alcances de la información, dejando planteados varios de los interrogantes que hoy aun no han encontrado respuesta y siguen siendo motivo de debate.

II. EL ROL DE LA BIOÉTICA

El vocablo bioética, de reciente uso en nuestro lenguaje, proviene de dos raíces griegas, *bios* (vida) y *ethike* (ética, valores morales), con lo que se pretende conciliar el ser con el deber ser. Este término fue acuñado en 1970 por Van Renselaer Potter, profesor de oncología en la Universidad de Wisconsin, para significar con él el estudio de la moralidad de los comportamientos humanos en el campo de las ciencias de la vida.

En el mismo sentido la *Encyclopedia of Bioethics* define a esta disciplina como “el estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta sea examinada a la luz de los principios y valores morales”.⁶

Teniendo en cuenta que toda nueva disciplina que se gesta lucha por ocupar un lugar en el concierto de los distintos saberes ya constituidos, la

⁶ Warren T. Reich, *Encyclopedia of Bioethics* (New York: Macmillan, 1978), pág. 19.

bioética necesita aún precisar con exactitud los límites de su objeto específico de estudio. En ella convergen problemas éticos, jurídicos, sociales, religiosos, psicológicos, filosóficos, entre otros, que provienen de las ciencias que estudian la vida en sus distintas manifestaciones. Esto conduce inexorablemente a propiciar un diálogo interdisciplinario y pluralista, característico de esta disciplina.

La bioética -si bien depende formalmente de la ética, dado que de ella recibe su estatuto epistemológico sobre el que asentará sus proposiciones básicas- es, en opinión de Blanco,⁷ “[...] una disciplina autónoma, racional, pluralista y secular que, como tal, cuenta con principios, postulados, métodos de análisis y procedimientos de resolución de conflictos éticos propios”. Asimismo, la bioética incorpora principios nuevos a las nuevas cuestiones que plantea el desarrollo tecnológico en la ciencia de la vida y la salud.

Dado que vivimos en una sociedad multicultural en la cual se presentan cuestiones que incumben a todos los seres humanos -trátese de extraños o de amigos morales- la bioética está comprometida con la racionalidad y con el respeto por las diversidades y discrepancias, razón por la cual su temática debe ser debatida públicamente y a puertas abiertas y no tan sólo en privado, en reuniones de expertos. De esta manera el diálogo o la discusión resultarán fructíferos, arribando a conclusiones coherentes, operativas y honestas, que interesarán a la sociedad toda y no que defenderán tal o cual dogma.

La innovación tecnológica pone de manifiesto que la reflexión ética no puede limitarse al ámbito de las relaciones interpersonales de carácter terapéutico (relación médico-paciente), sino que debe abarcar también a todo el desarrollo científico-técnico de las ciencias biológicas y médicas.

La bioética implica un cúmulo de reflexiones teóricas y prácticas emergentes de discusiones multidisciplinarias en los campos de la filosofía de la ciencia y del derecho, de la deontología de la investigación y de la praxis médica, de la antropología y de la ética, de la teología, entre otras. Su eje central es el valor de la vida humana, su dignidad, su derecho a la identidad y a la intimidad, su protección y desarrollo o su destrucción, según cuál sea la concepción filosófica que se tenga de la persona.

Ante los nuevos desafíos que plantea la innovación biotecnológica y el desarrollo biomédico, se deben establecer las condiciones para que el hombre mantenga su identidad y el valor de una vida auténticamente humana. Al respecto Hans Jonas⁸ ha reformulado el imperativo kantiano para el obrar moral en estos términos: “Obrar de tal modo que las consecuencias de tu obrar sean conciliables con la supervivencia de una vida verdaderamente humana sobre la tierra”.

Así la bioética, abierta a la antropología y a la ética, puede cumplir un papel preponderante en el estudio de los saberes que tienen por objeto la indagación acerca de la verdad sobre el hombre, sobre lo que constituye su identidad como persona y sobre el ejercicio responsable de su libertad.

⁷ Luis Blanco, “Algunas consideraciones acerca del desarrollo del “bioderecho” en la Argentina”, pág. 279.

⁸ Hans Jonas, *Principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica* (Barcelona: Herder, 1995).

El científico, el médico un tanto filósofo, debe ocuparse no sólo de cuestiones de patología y terapéutica sino también de los interrogantes acerca del hombre y su naturaleza.

La medicina moderna se plantea la disyuntiva entre sus posibilidades tecnológicas y su tradicional misión en pro de la integridad y dignidad de las personas a las que sirve. Se trata justamente de equilibrar el dominio interno con el dominio técnico, o, más bien, el primero debe guiar al segundo. Y es ahí donde la bioética debe distinguir cuidadosamente dos cuestiones: a) el valor positivo que las conquistas de la ciencia y de la técnica contienen en orden a promover la protección y desarrollo del hombre y b) las consecuencias negativas que para la vida humana entraña considerar que el único conocimiento racional y objetivo es el conocimiento científico-técnico.

No se debe plantear la antinomia científicismo o anticientíficismo. Para el científicismo del siglo XIX, progreso científico y tecnológico equivalía a progreso humano. Para esta corriente el desarrollo sin barreras de la ciencia y de la técnica era capaz de resolver todos los males de la humanidad. Pero en el siglo XX se pudo comprobar la falsedad de ese concepto, pues de no haber mediado ese desarrollo tecnológico sin límites, no se habrían generado tantos padecimientos y hasta un futuro incierto de la subsistencia de la especie humana sobre la tierra.

Contrariamente, se debe incentivar los logros tecnológicos, pero orientados hacia su verdadero destino: el bien integral de la persona humana. De ahí la intrínseca dimensión ética que debe tener tanto la ciencia como la tecnología.

Hoy se presenta el conocimiento científico como un poderío no sólo sobre las cosas, sino también sobre las personas en estrecha relación con el conocimiento tecnológico y con fuerte dominio de éste sobre aquél. Por ello, es absolutamente inconveniente invocar la neutralidad moral de la ciencia y de la técnica.

Para esclarecer los problemas que hoy se plantean acerca del hombre en el ámbito de la biomedicina, primero se debe precisar la verdadera concepción de la persona humana en su dimensión corpórea. Y para ello se debe reconocer como eje central la dignidad del hombre como persona, en conexión con su pasado y con su futuro, abierto ante las nuevas realidades; pero al mismo tiempo en alerta frente a todo lo que pueda redundar en detrimento de la dignidad esencial del hombre, cuando el desarrollo científico o tecnológico esté vacío de valores morales.

Esa dimensión filosófica de la persona con un destino trascendente debe constituir a nuestro juicio el hilo conductor de este análisis en resguardo de la esencia misma de lo humano. Dice al respecto Juan Pablo II⁹ que sólo en la línea de su verdadera naturaleza, la persona humana puede realizarse como "totalidad unificada".

Por lo tanto, el respeto absoluto a la vida humana desde su inicio hasta su fin natural, señala la frontera que la biotecnología jamás moralmente puede franquear.

En el mismo sentido se ha pronunciado el comité científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI) en oportunidad del Congreso Mundial

⁹ Exhortación apostólica *Familiaris Consortio*, 11. Aas 74, 1982.

de Bioética celebrado en Gijón, España, en Junio de 2000, cuyas recomendaciones, algunas de las cuales transcribimos, rezan:¹⁰

Las biociencias y sus tecnologías deben servir al bienestar de la humanidad, al desarrollo sostenible de todos los países, a la paz mundial y a la protección y conservación de la naturaleza [...]

Una importante tarea de la bioética, que constituye una actividad pluridisciplinar, es armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los derechos humanos, en relación con los valores y principios éticos proclamados [...] en cuanto que constituyen un importante primer paso para la protección del ser humano.

III. LOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS

El debate suscitado por la experimentación biomédica en seres humanos ha determinado que el congreso de los Estados Unidos creara en 1974 la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biological and Behavioral Research*, organismo al que le encomendó enunciar los principios éticos rectores que debían guiar toda investigación con seres humanos, luego de llevar a cabo una profunda investigación sobre el particular. Al culminar su tarea, la comisión elevó un informe conocido como el “informe Belmont” (*The Belmont Report*) en alusión a su presidente. Los tres principios establecidos en dicho informe fueron los de respeto por las personas -enunciado más tarde como de autonomía-, beneficencia y justicia.

De cada uno de estos principios, se derivó un procedimiento práctico, a saber: el “consentimiento informado”, la evaluación de riesgos y beneficios, y la selección equitativa de los sujetos de experimentación, respectivamente. De esta manera, quedaba fuera del marco del informe Belmont el vasto campo de la práctica clínica y asistencial.

Recién en 1979 Beauchamp y Childress llevaron el enfoque de los principios a dicho ámbito de la medicina. Y así formularon los clásicos principios bioéticos (tres según el informe Belmont, y cuatro según otros autores).

Estos principios no excluyen a otros tales como solidaridad, eficiencia, coherencia, etc., y en el caso concreto de las experimentaciones con seres humanos, el principio de utilidad.

Entramos ahora al análisis de los mentados principios bioéticos:

El principio de respeto por las personas (enunciado luego como de autonomía) prescribe que los seres humanos deben ser considerados y respetados como agentes morales autónomos, propiciando el respeto a la dignidad y a la autodeterminación de las personas. Ese respeto implica acatar

¹⁰ Congreso Mundial de Bioética, Gijón, España, 20-24 de Junio de 2000. Observaciones y recomendaciones del comité científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI).

la decisión del sujeto competente,¹¹ adecuadamente informado, cuya libertad no puede ser coartada. También importa la protección de aquellas personas incompetentes cuya capacidad de autodeterminación se encuentra disminuida.

Otro de los principios es el de beneficencia, que procura el bien de la persona en las intervenciones biomédicas y más allá de la clínica médica, el bien de toda la sociedad (por ejemplo, cuando se la puede beneficiar con un nuevo descubrimiento terapéutico). Implica tanto maximizar los posibles beneficios como minimizar los potenciales riesgos. Este principio, para el informe Belmont, lleva ínsito el no hacer daño, razón por la cual no enunció la no-maleficencia como un principio independiente del de beneficencia.

El principio de no-maleficencia obliga a no dañar al ser humano, respetando su integridad psicofísica y garantizando la inviolabilidad del individuo. De este modo el deber pasivo de no maleficencia (abstenerse de hacer el mal) normalmente precede al deber activo de beneficencia (hacer o promover el bien). Al respecto vale citar aquí la opinión de Maglio:¹²

[...] la no maleficencia -al igual que los restantes principios bioéticos- se deriva de un axioma que no requiere justificación porque es genuinamente constitutivo: el “metaprincipio” de la dignidad humana.

Desde similar perspectiva Mainetti¹³ se pregunta si beneficencia y no-maleficencia son los aspectos positivo y negativo del mismo principio ético o si el deber moral de evitar el daño tiene precedencia o mayor obligatoriedad:

[...] la beneficencia puede ser entendida no sólo como la obligación de ayudar a otros o conferir beneficios activamente sino también el hecho de prevenir y quitar el mal, además de la obligación de balancear posibles beneficios contra los posibles daños de una acción.

Este principio latinizado como *primum non nocere*, guarda analogía con el precepto romano del derecho “*alterum non laedere*”, consagrado por un pasaje de Ulpiano en el Digesto. El “no dañar” es un principio de vigencia universal, con un contenido singular.

Ambos, beneficencia y no-maleficencia, están íntimamente unidos; podría resultar arbitrario tratar de separarlos, pues pueden converger en el mismo sentido en situaciones especiales. Uno puede englobar al otro, pues si

¹¹ Competencia e incompetencia en sentido bioético no son sinónimos de capacidad e incapacidad en sentido jurídico. El criterio para considerar a un sujeto competente o incompetente debe estar regido en primer lugar por la autonomía individual y en segundo lugar por la razonabilidad de la decisión. La capacidad está referida a la cuestión de la decisión para un tratamiento médico y no la capacidad para los demás actos de la vida civil. Elena I. Highton y Sandra M. Wierzbica, *La relación médico-paciente: El consentimiento informado* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1991), págs. 88-89.

¹² Ignacio Maglio, *Prevención de daños y abogacía hospitalaria* (Buenos Aires: Jed. Arkhetypo, 1998), pág. 86.

¹³ José Mainetti, *Bioética ilustrada* (La Plata: Quirón, 1994), pág. 97.

la no-maleficencia es una actitud pasiva de no hacer, ya se puede estar haciendo el mal.

Finalmente se encuentra el principio de justicia, que importa la justicia distributiva en cuanto a la atención de la salud en general, y la justicia conmutativa en la relación médico-paciente. La primera implica la asignación de recursos sanitarios, la igualdad de acceso de todos a los servicios de salud, la adecuada adjudicación y utilización de los recursos, evitando todo proceder discriminatorio. La segunda consiste en prestar al paciente el tratamiento convenido y en las condiciones acordadas, y no otro y en otras condiciones, salvo razones médicas justificadas, que aconsejen variar el plan terapéutico preestablecido, lo que bioéticamente importa una excepción a la regla del consentimiento informado.

Estos principios, si bien resultan de suma utilidad para el abordaje de situaciones que conllevan cuestiones bioéticas, muchas veces entran en conflicto entre sí, sobre todo el de respeto por las personas -o de autonomía- con el de beneficencia. De allí que en estos casos de falta de armonización debe procederse a efectuar una prudente ponderación y jerarquización contextualizada de ellos, concediendo prioridad al o a los principios que correspondan sobre los demás, en cada caso concreto y en atención a las consecuencias previstas. En cuanto a los principios que no se aplicaran al caso concreto, debe entenderse en la opinión de Gracia¹⁴ que esas excepciones a los mismos, circunstanciadas y situadas, serán siempre de actos, nunca de principios.

No obstante lo dicho, no se abdica, ni se debilita el deontogismo propio de los principios bioéticos, pues en todo conflicto de valores debe procederse a un juicio prudencial, ponderativo y preferencial. De lo contrario se cae en soluciones de corte utilitarista, cuyos pobres principios, tomados de a uno, excluyen la dimensión ontológica de los actos humanos.

IV. LOS ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN EN HUMANOS. LOS AUTO-EXPERIMENTOS

La evolución histórica del arte de curar ha hecho que de una concepción mística religiosa se llegue a la concepción actual de la relación médico-paciente o investigador-sujeto de investigación. En la antigüedad -prehistoria y primeros tiempos de la historia- la sanación estuvo asociada a ritos mágicos y religiosos; se pensaba que si una persona enfermaba era por designio de los Dioses. Los primeros médicos fueron los magos, hechiceros, brujos, o bien monjes, donde la voluntad del Dios o de los Dioses regía la suerte del paciente. En las tribus, eran los brujos los que se ocupaban del arte de curar, con procedimientos que combinaban el conocimiento de los efectos de las hierbas con la sugestión de la mística religiosa. Desde entonces se sabía que un paciente con fuerte convicción y creencia en el acto sanatorial tenía más posibilidades de recuperación que aquel que descreía. La convocatoria a las

¹⁴ Diego Gracia, *Procedimientos de decisión en ética clínica* (Madrid: Eudema, 1991), pág. 11.

deidades y a los ritos sagrados era un instrumento más del elevado conocimiento acerca del paciente.

Luego, la escuela de Hipócrates abordó ya la enfermedad desde un punto de vista naturalista y eliminó casi por completo la intervención divina.

En épocas pretéritas se lograron avances en el conocimiento de la fisiología humana y en la respuesta a diferentes medios físicos, químicos y psicológicos, pero con grave riesgo para la integridad de los investigados. Según Galeno, ya en el año 137, el Rey Atalo III de Pérgamo experimentaba con venenos y antídotos en criminales condenados a muerte.

Galeno, que había recorrido muchas ciudades, llegó a Alejandría, donde se conservaban los esqueletos de los cuerpos que antiguamente se habían usado para la disección, y con ellos podía un médico aprender la forma de los humanos. Tal oportunidad no existía en las ciudades griegas o romanas, donde las creencias religiosas prohibían que se hiciera tal uso del cuerpo humano.

En Roma, fue Aulio Cornelio Celso (año 39 d. C.) quien escribió la primera enciclopedia de medicina, aunque no era médico. Describió en él la enfermedad de la apendicitis, la tríada causante de la hemorragia, que hoy aun se aplica, prohibió la vivisección de una persona para experimentar con ella, etc.

En el año 157, Galeno de regreso en Pérgamo, dispuesto a practicar la medicina, fue el primero que realizó descubrimientos muy importantes -tales como el que una contusión en la espalda causaba, algunas veces, parálisis en las piernas- para los que había utilizado el método de la experimentación.

En la alta edad media y principio del renacimiento, la incipiente investigación científica permitió ir separando lo mágico-religioso de lo científico, recayendo el saber de la medicina en los médicos. Sin embargo, la relación médico-paciente era muy distante, en la que el paciente tenía poca intervención. Este acto jurídico era considerado como un acto de benevolencia, en el que la opinión del paciente no tenía importancia.

El Renacimiento, con Vesalio, Harvey, Da Vinci, Paré, entre otros, señala el inicio de los estudios anatómicos y experimentales. En el siglo XVI el belga Vesalio escribió la primera anatomía verdadera del cuerpo humano. En el siglo XVII Guillermo Harvey, médico del Rey Carlos III de Inglaterra, descubrió el mecanismo de circulación de la sangre. Son conocidos los estudios anatómicos de Leonardo Da Vinci, quien contrariando los preceptos morales y religiosos de aquella época, experimentaba sobre cuerpos humanos difuntos, lo que le causó serios cuestionamientos que pusieron en peligro su carrera y libertad, en más de una ocasión.

En la modernidad y en la post-modernidad, en cambio, el paciente comienza a emitir su voluntad a la aceptación o rechazo de alguna terapéutica y los médicos comienzan a limitar su ejercicio a lo convencionalmente aceptado, dejando de lado el absolutismo profesional.

A mediados el siglo XVI, el sacerdote y médico italiano Gabriello Falopio recibió la orden y el permiso del Gran Duque de Toscana para practicar disecciones y aun causarle la muerte a un criminal, inyectándole opio para ver los efectos sobre el paludismo que sufría.

En 1721, el Rey Jorge I de Inglaterra ofreció el perdón a los criminales de *Newgate* que se dejaran aplicar un inóculo de viruela.

A veces los experimentos pusieron en riesgo la integridad y la vida de los mismos investigadores. Así, en 1885, un estudiante peruano de medicina, Alcides Carrión, falleció al inocularse con secreciones de un paciente que padecía de verruga peruana, para ver si producía los mismos signos y síntomas de la fiebre de Oroya.

En 1903, Head se cortó varios de los nervios sensitivos con el propósito de estudiar la distribución de la pérdida de la sensación y la forma progresiva de la recuperación.

En 1929, Forssmann se introdujo un catéter hasta el ventrículo derecho y verificó su colocación mediante una placa de RX. Por tan osado experimento y sus investigaciones subsiguientes, mereció el premio Nobel de medicina en 1956.

En 1930 en Tuskegee se inició un estudio, bajo la supervisión del *U. S. Public Health Service*, sobre una población de negros, cuyo objetivo era ver la evolución natural de la sífilis en el hombre. Y aunque desde 1947 el uso de la penicilina estaba aceptado, no recibieron tratamiento y al cabo de un tiempo, unos murieron por la enfermedad, otros por complicaciones y algunos transmitieron la enfermedad a sus descendientes.

Cuando estalló la 2° guerra mundial, en 1939, el ejército alemán ocupó la mitad occidental de Polonia, con lo que casi dos millones de judíos polacos cayeron bajo la esfera de su poder. Se los trasladó a guetos que se convirtieron en campos de concentración tales como el de Auschwitz-Birkenau, Bergen-Belsen, Buchenwald, Dachau, Treblinka, Belsec, Semlin, Gross Rosen, Voght, etc. El primero de ellos fue el mayor campo de exterminio, entre otras razones, por los inhumanos experimentos a los que eran sometidos los prisioneros. A estos pequeños territorios ubicados en Alemania, Polonia y parte de la que entonces era la Unión Soviética, fueron llevados millones de prisioneros de los países europeos ocupados.

Hoy en el siglo XXI, nos hallamos en el inicio de la medicina a distancia o telemedicina, para cuyo desarrollo se utilizan las comunicaciones como una importante herramienta de la ciencia médica y de la biogenética.

Esta última, a la luz de la finalización de la secuencia del genoma humano por vía de los descubrimientos podrá significar un gran paso en la lucha contra las enfermedades, siempre y cuando no se pierda de vista la rigurosidad y el método, que, cuando no se los tiene en cuenta, privan de lo ético a la investigación científica y tecnológica.

V. LA APARICIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL DERECHO COMPARADO

En el ámbito del derecho comparado, la larga evolución del término “consentimiento informado” se remonta al Código de Nüremberg, en 1947, cuyos principios básicos se dictaron luego de la sentencia recaída en los autos “E.E.U.U. vs. Karl Brandt”, en el juicio contra los médicos nazis que llevaron a cabo experimentos durante la segunda guerra mundial. Este decálogo establecía como primer y fundamental principio la necesidad del consentimiento voluntario del sujeto que se somete a un experimento. Su

aparición significó un avance en la relación entre el médico y el paciente, o entre el profesional y el sujeto de investigación, pero a la vez planteó un cúmulo de problemas aún no bien conocidos y resueltos que entrañan profundas opciones éticas.

En 1964 la Asociación Médica Mundial (*World Medical Association – W.M.A*) dictó la Declaración de Helsinki, que estableció el consentimiento como requisito esencial de la investigación ética. Allí surgió la distinción entre el consentimiento para una intervención terapéutica y el requerido para la investigación. En la primera, el consentimiento se analiza en forma retrospectiva mientras que en la segunda, se lo hace de modo prospectivo, debido al distinto origen del derecho aplicable.

Alrededor de los años sesenta, Estados Unidos comenzó a reglamentar la investigación y en 1962 decidió revisar las normas y procedimientos del organismo encargado del control de los nuevos medicamentos (*Food and Drug Administration - F.D.A.*). Cuando cundió la noticia de las deformaciones congénitas causadas por la talidomida, como consecuencia de ello, elaboró una enmienda que exigía que los ensayos clínicos de las nuevas drogas se hicieran previa información del objetivo de la investigación y el consiguiente consentimiento del sujeto sometido a investigación.

Es en el ámbito de la jurisprudencia donde primero se ha gestado la doctrina del consentimiento, simple en un principio, para dar paso luego a la del “consentimiento informado”. Apareció en el siglo XVII, en Inglaterra, con el caso “Slater vs. Baker & Stapleton”, en 1767. En él se determinó la responsabilidad de dos médicos por haber desunido una fractura consolidada sin el consentimiento del paciente.

En Estados Unidos el primer caso tuvo lugar en 1878, fallado por la Corte de Apelaciones de Nueva York. No obstante, los litigios referidos al consentimiento como exigencia previa a un tratamiento médico no aparecieron de forma sistemática, sino en el siglo XX. En 1914, la misma Corte sentenció en el caso “Schloendorff vs. Society of New York Hospital”, estableciendo que todo ser adulto y sano mentalmente tiene derecho a determinar qué es lo que se hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente.

En la actualidad, las acciones generalmente se fundan en la negligencia del profesional cuando omite revelar la verdad sobre la naturaleza del procedimiento que va a desarrollar y sus consecuencias, ocultación que puede llegar a viciar el consentimiento del paciente. En este aspecto dicen Highton-Wierzba¹⁵ que:

Los tribunales uniformemente sostuvieron que una revelación insincera o engañosa vicia el consentimiento que el paciente diera en su consecuencia.

Esta primera regla según la cual, ordinariamente no era necesario dar información alguna, pero si el médico la prestaba debía ser veraz, contenía los cimientos del requisito de un deber positivo de revelar.

¹⁵ Elena I. Highton y Sandra M. Wierzba, *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*, pág. 26.

Gran cantidad de casos en Estados Unidos a mediados del siglo XX marcó una clara transición desde la antigua regla del consentimiento simple hacia la noción de “consentimiento informado”.

Si bien la jurisprudencia norteamericana ha dado los lineamientos al respecto, dicen Highton-Wierzba,¹⁶ citando a Appelbaum, Lidz y Meisel, que los comentaristas que han analizado la legislación y la práctica han dividido sus posiciones en la siguiente clasificación: a) las que hacen prevalecer la autonomía individual, b) las que hacen prevalecer la salud del paciente y c) las que hacen prevalecer la noción de la interacción entre médico y paciente.

Aunque existan ideas encontradas en la cuestión, ha quedado perfectamente establecido el viejo principio de la libertad de tratarse o no tratarse, reafirmado recientemente en el caso “Nancy Cruzan”, en 1990. En este caso, la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, revirtiendo la gran cantidad de jurisprudencia norteamericana sobre el tema, resolvió la suspensión del soporte vital en un estado vegetativo permanente, reafirmando la doctrina tradicional del “consentimiento informado” y el derecho de rehusar un tratamiento médico.

En Canadá, los antecedentes jurisprudenciales que existen en su mayoría se sustentan en la teoría de la negligencia del profesional. Son excepcionales los casos fundados en ataque intencional a la persona, supuestos éstos en los que hay ausencia total de información.

También está admitido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que la suscripción del formulario de consentimiento informado por sí sola reviste escaso valor, en el supuesto en que el sujeto pueda demostrar que ha recibido información insuficiente, o que no ha recibido información alguna.

Es de importancia destacar que los tribunales suelen conceder gran relevancia a las anotaciones registradas por el médico en la historia clínica, sobre todo cuando denotan que lo consignado es la relación circunstanciada del desarrollo de los hechos y tal como han acontecido. Al respecto dan mucha importancia a los dichos del paciente plasmados en ese documento, que puede ser más creíble que cualquier otra prueba.¹⁷ En nuestra humilde opinión, esta consideración resulta de relevante importancia para ser tenida en cuenta en nuestro derecho.

Por su parte, la doctrina española¹⁸ diferencia el consentimiento del asentimiento al acto médico, dividiendo al contrato médico en dos fases: una primera etapa en la que se produce el acuerdo de las voluntades participantes para elaborar el diagnóstico y la propuesta terapéutica, y una segunda fase que es la de consentimiento al tratamiento, la que se vincula con el ejercicio de uno de los derechos de la personalidad, el derecho a la integridad física. Está bien diferenciada la manifestación de voluntad de la adhesión que ocurrirá más tarde. Para la concepción española el consentimiento interviene en la formación misma del contrato; el asentimiento responde al acto médico y reside en su ejecución.

¹⁶ Ibid, pág. 29.

¹⁷ Ibid, pág. 141.

¹⁸ Eugenio Llamas Pombo, *La responsabilidad civil del médico* (Madrid: Trivium S.A., 1988).

La ley general de sanidad española N° 4 de abril de 1986 estableció como requisito imprescindible el consentimiento por escrito del paciente y la aceptación del médico y del centro sanitario, para que los procedimientos de pronóstico, diagnósticos o terapéuticos que se le apliquen puedan ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar peligro adicional para su salud (art. 10).

Más recientemente, el 4 de abril de 1997, el Consejo de Europa por intermedio de veintiún países miembros, suscribió en Oviedo (España) la Convención Europea sobre Bioética, que sentó como regla que toda intervención en el campo de la salud sólo podrá llevarse a cabo luego de que la persona haya dado su consentimiento libre e informado y que previamente deberá recibir información apropiada sobre el propósito y naturaleza de la intervención y de las consecuencias y riesgos.

VI. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL DERECHO ARGENTINO

En nuestro país hasta hace muy poco tiempo se hablaba simplemente de “consentimiento”. Pero alrededor de los años ochenta, nuestra doctrina y en gran parte nuestra jurisprudencia han comenzado a inclinarse a favor de que el consentimiento dado debe ir precedido de un proceso de información y de comprensión, previo a la manifestación de voluntad por parte del sujeto, lo que se ha generalizado con la denominación de “consentimiento informado”.

A pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a esta cuestión, su reconocimiento y protección se halla consagrado en varias disposiciones de la Constitución Nacional. Así, el art. 19 consagra la autodeterminación a través de la protección de la esfera privada de la persona, y el art. 33 protege los llamados “derechos implícitos”. La protección del consentimiento tiene recepción además en el art. 42, que incorpora el derecho de los usuarios y consumidores a la protección de su salud y de su seguridad y a una información adecuada y veraz.

También surge la protección del texto reformado en 1994, que otorga jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que enumera el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, y por aplicación de este último de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Estos instrumentos se incorporaron a la Constitución Nacional en virtud del art. 31.

Sobre la base de ello, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12) ha tornado aplicable en nuestro país los documentos de la Asociación Médica Mundial de 1964, conocidos como Declaración de Helsinki y sus modificatorios (Tokio de 1975, Venecia de 1983, Hong Kong de 1989, Somerset West de 1996, Edimburgo de 2000), pues al no haber regulaciones expresas en materia de “consentimiento informado” en el país, se debe cumplir con las de dicha declaración.

En el ámbito nacional sólo existen las regulaciones de la A. N. M. A. y T. M. de 1997 (disposición 5330/97, capítulo XI, punto 2). Pero entre las normas

constitucionales y la siguiente, que es esta mera disposición, hay un vacío legislativo muy grande.

El Código Civil argentino no tiene norma expresa que exija el requisito del “consentimiento informado” ni aun en el área de la práctica médica; no obstante que encontremos pautas para encuadrarlo en la regulación relativa a los hechos jurídicos, más precisamente en el art. 897 y en el art. 1198 referente a la interpretación de los contratos.

Por su parte, la ley 17.132, sobre ejercicio de la medicina y odontología, tampoco menciona la expresión “consentimiento informado”, sino simplemente “consentimiento”, ni establece la obligación de informar. Dispone en el art. 19 inc. 3° que los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a: [...] Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse [...]. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo [...]. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán conformidad del representante del incapaz.

Tal requisito aparece posteriormente en leyes especiales como las de trasplante de órganos y material anatómico humano N° 21541/77 y posterior N° 24193/93. Esta última prescribe en el art. 13 la obligación de: [...] informar a cada paciente y su grupo familiar [...] de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural [...]. Si bien ésta es una norma de excepción, en la jurisprudencia argentina se hace una aplicación analógica de ella a otro tipo de prácticas.

También la ley sobre síndrome de inmunodeficiencia adquirida N° 23978/90 trae normas expresas acerca del requisito del “consentimiento informado”. Pero sostiene Hooft,¹⁹ citando a Wierzba, que las excepciones a la regla plantean dificultades por ser ésta una problemática bioética de tanta complejidad.

El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de nuestro país de 1987 (que luego fue vetado por el Poder Ejecutivo por decreto 2719/91) disponía en el art. 1625 inc. 3° que: [...] la utilización de técnicas que se encuentren en estado de experimentación debe ser consentida expresamente. Esta norma significaba un considerable avance en materia de prácticas de investigación, e introducía en el tema dos cuestiones de trascendental importancia: el deber de prestar el consentimiento, y la necesidad del consentimiento expreso.

El posterior proyecto de unificación (que se encuentra para su tratamiento desde el año 1998 en el Congreso de la Nación) incorporó el “consentimiento informado” entre los derechos de la personalidad (arts. 112 a 114), sólo circunscrito a las prácticas terapéuticas. Nada refiere sobre las prácticas de investigación. A pesar de ello, su aprobación significaría un considerable avance, en esta materia, en nuestra legislación. Aunque sólo reglamenta el ámbito terapéutico, y podría constituir el punto de partida para una futura ampliación de la legislación que abarcara también las prácticas de investigación.

En el ámbito de las provincias, son pocas las que han legislado en materia de investigaciones con seres humanos. En la provincia de Buenos

¹⁹ Pedro Hooft, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, pág. 114.

Aires, la ley N° 11044/91, sobre investigaciones en salud, hace referencia expresa a la exigencia del “consentimiento informado”. En la provincia de Tucumán, existe la ley N° 6580/94 de investigaciones en seres humanos, que contempla el requisito del “consentimiento informado” para tales investigaciones, pero dicho ordenamiento hasta la fecha se encuentra sin reglamentar.

En suma, no existe aún en el derecho positivo argentino norma expresa que contemple el requisito del “consentimiento informado” para las prácticas de experimentación, pues como se desprende de lo reseñado, las normas existentes sólo regulan las prácticas terapéuticas.

Por lo tanto, la evidente tensión entre el avance científico casi ilimitado y la necesidad de controlar dichos avances cuando se trata de aplicarlos a los seres humanos, requiere inexorablemente de un marco regulatorio normativo.

VII. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El término “consentimiento informado” es relativamente novedoso en nuestro medio, tanto en el campo de la medicina como en el ámbito del derecho, pero se remonta al Código de Nüremberg.

El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos dice que el “consentimiento informado” consiste en la explicación a un paciente atento y mentalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como el balance entre los efectos de la misma y el riesgo de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos.

Se ha dicho que esto implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente o un sujeto de investigación, atento y mentalmente competente, el que luego de brindársele suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a él.²⁰

Ahora bien, ese derecho del paciente a recibir información sobre su diagnóstico y tratamiento se ha ido configurando en el siglo XX. Constituye una clara manifestación del principio de autonomía, que se puso en práctica con la moderna bioética, propuesta por el Congreso de los Estados Unidos.

La relación entre las dos partes (médico-paciente o profesional-sujeto de investigación) es una especie de contrato y tal relación es diádica (o cuasi-diádica), según afirma Laín Entralgo:²¹

[...] existe consentimiento cuando existe una verdadera relación de mutua confianza establecida en la comunicación entre ambos, fundamentalmente por la palabra [...]

²⁰ Elena Highton y Sandra Wierzba, *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*, pág. 11.

²¹ Pedro Laín Entralgo, *La relación médico-enfermo* (Madrid: Alianza Universidad, 1983), pág. 9.

El consentimiento informado en materia de investigación -estamos aludiendo aquí inequívocamente a la científica y no a otra clase- plantea el dilema ético de la tensión entre el principio de autonomía del sujeto de investigación y el principio de utilidad de la misma. Por otra parte, el principio de autonomía en esta materia se construye sobre la base de una libertad mínima, consistente en la posibilidad de aceptar o rehusar participar de una experimentación terapéutica. En ella el sujeto debe dar su consentimiento antes de ser incluido en un proyecto de investigación. La manifestación de voluntad se enmarca en el bien jurídico vida, ya sea que se otorgue con relación a la integridad corporal o la salud física o psíquica. Para la efectividad del derecho a la autonomía personal, se exige que en cada caso se coloque a la persona en situación real de prestar o negar su consentimiento. Aquí cobra relevancia el concepto de competencia que precisáramos *supra*.

Esta manifestación de voluntad resulta fundamental, toda vez que se refiere al derecho sobre su propio cuerpo, que es un derecho a la personalidad y conlleva inexorablemente el mantenimiento de la confidencialidad de los datos obtenidos, amparado en el derecho a la intimidad, de raigambre constitucional (art. 43 de la Constitución Nacional).

En tanto, el principio de utilidad permite además del progreso de la ciencia obtener beneficios para el conjunto de la sociedad en el plano de la salud, más que el bienestar individual de un sujeto concreto a quien se somete al nuevo tratamiento para ensayar en él sus efectos, pues en él, no hay certeza respecto de la eficacia curativa y menos aún de la relación riesgo-beneficio.

En relación a la interacción entre los distintos principios, consideramos por nuestra parte que no se debe hacer investigación en un sujeto, simultáneamente a la *praxis* médica, porque torna antiético el proceder del médico que se erige en investigador. En principio, no habría beneficencia en un sujeto de investigación, mientras está siendo sometido a la investigación, justamente porque no se conocen los resultados del tratamiento. Sin embargo, sí habrá habido una perspectiva de utilidad a mediano o largo plazo, cuando el sujeto salga del protocolo de investigación y forme parte del todo de la sociedad, con la cual se benefició dicha investigación. Este es un aspecto controvertido del tema que nos ocupa, ya que por los intereses económicos en juego, muchas veces se diseñan *trials* de investigación multicéntricos, atractivos para jóvenes profesionales residentes. Tal cuestión ha sido contemplada -como mencionáramos *supra*- en la ley española, pues entre los aspectos a informar a los posibles participantes se incluye lo inherente a los proyectos docentes o de investigación en las residencias.

Se debe diferenciar claramente entre consentimiento informado para las prácticas diagnósticas y terapéuticas en personas enfermas, del consentimiento informado para los ensayos clínicos en personas sanas, pues tienen objetivos y características muy disímiles, aunque al parecer se trate de un mismo proceder regido por el principio de autonomía.

Investigar significa entender a una comunidad como una suma de intereses, modificar patrones investigativos convencionales que tienden a aislar al sujeto del objeto, respetando el derecho de autonomía del hombre, que en situaciones clínicas e investigativas no es más que obtener del sujeto su

consentimiento para que participe en el ensayo clínico, una vez que se le ha informado adecuadamente.

El ensayo clínico es una aplicación experimental de un producto, sustancia o técnica a seres humanos, con fines diagnósticos o terapéuticos, con la intención de observar su eficacia y posible aplicación a toda la humanidad.

De hecho que este tema lleva ínsito una polémica de carácter ético con respecto a la titularidad de la decisión: ¿debe primar la voluntad del paciente o la supuestamente bien calificada y mejor intencionada perspectiva de quien intenta llevar a cabo la intervención? Así aparece la disyuntiva entre paternalismo o autodeterminación –cuyo análisis excedería los límites de este trabajo-. Esta opción es particularmente importante en el caso de las prácticas de investigación con seres humanos, en la cual la evaluación riesgo-beneficio no necesariamente atiende al beneficio personal del sujeto de investigación, sino más bien a un menos definible “bien de la humanidad”.

Atento a que es el sujeto el que sufrirá las posibles consecuencias adversas del ensayo, un principio de esclarecimiento hacia él es fundamental. Este proceder resulta ya un requisito indispensable en la actual relación del médico investigador con el sujeto. Admite diferentes matices que comportan conductas disímiles ya que la persona tiene derecho a participar activamente en la toma de decisión, lo que la hace más responsable de su salud. Las decisiones son a veces difíciles de tomar, pero el ser humano debe tener la oportunidad de tomarlas por sí mismo o por sus representantes legales, familiares o allegados, sin que medie ningún tipo de presión por parte del profesional médico.

Esta toma de decisión voluntaria y libre es posible mediante la exigencia del requisito del “consentimiento informado”, que debe obtener el médico investigador, previo a emprender cualquier práctica, sin ejercer coerción ni restricción sobre el sujeto y sin que afecte para nada, en caso de abstenerse, la relación médico-paciente.

Para ello, es necesaria la sanción de una ley específica sobre el tema. No bastaría con la exigencia del art. 114 del proyecto de unificación.

Una regulación legal, por muy completa que fuera, no resolverá el dilema moral, pero contribuirá en gran medida a encauzar estas prácticas por la buena senda: la del respeto por la salud, la vida y la dignidad del ser humano. Desde esta perspectiva, se plantean varios interrogantes. Cuando los principios jurídicos y los valores éticos entran en conflicto, ¿cuáles prevalecen y cómo pueden compatibilizarse entre ellos? Los criterios morales imprescindibles, que deben servir como límite constitutivo para la intervención técnica en los procesos naturales que presiden la vida humana desde su inicio hasta su final natural, se deben sustentar en una concepción de la persona como realidad unitaria corpóreo-espiritual.

La ciencia del derecho también aporta los parámetros dentro de los cuales se determina cuáles son los medios de protección a las personas en estas circunstancias. El enfoque surge de la teoría tridimensional del derecho de Werner Goldschmidt,²² basada en el reconocimiento de que los fenómenos

²² Werner Goldschmidt, *Introducción Filosófica al Derecho*, 4° ed. (Buenos Aires: Depalma, 1973).

jurídicos constan de hechos, normas y valores, elementos éstos que se influyen y afectan recíprocamente. Más allá de la visión general del derecho que proporciona, la teoría trialista permite regular el consentimiento informado como un derecho personalísimo a la autodeterminación del sujeto dentro de los límites marcados, no sólo por la dimensión normológica del derecho, sino también por su dimensión axiológica.

La sólida formación que debe poseer el profesional que lleva adelante un ensayo clínico, fundada en el criterio antes expuesto, resulta indispensable toda vez que la doctrina del consentimiento informado parte de la idea de que el sujeto que se somete a una experimentación no se halla entrenado en la ciencia médica y, por lo tanto, depende totalmente de la confianza depositada en el profesional y de la habilidad de éste para proporcionarle la información en la que luego basará su decisión. Al respecto dice la Declaración de Helsinki²³ en uno de sus principios: “La responsabilidad de los seres humanos debe recaer siempre en una persona con capacitación médica, y nunca en los participantes de la investigación, aunque hayan otorgado su consentimiento”.

VIII. LÍMITES AL DEBER DE INFORMAR Y AL DERECHO A SER INFORMADO

El derecho a ser razonablemente informado se halla unido al deber del profesional de informar de manera adecuada y eficiente. Pero aquí surgen varios interrogantes: ¿qué se debe informar?, ¿a qué niveles de información debe acceder el sujeto?, ¿cómo y con qué parámetros debe ser medido tal deber?, ¿quién debe establecer y por qué medios si las revelaciones efectuadas se ajustaban o no se ajustaban a aquellas que debían divulgarse bajo las mismas o similares circunstancias? Todos estos interrogantes aún no han encontrado solución acertada, y siguen siendo motivo de intensos debates.

La naturaleza y extensión de la revelación depende sobre todo de la capacidad del sujeto para comprender y decidir y de la envergadura del ensayo clínico al que se lo va a someter. Cuando se trata de prácticas de experimentación, los riesgos son mayores, pues aun habiéndose experimentado previamente en otros seres vivos, se desconocen a nivel humano los efectos, especialmente los secundarios. En la experimentación terapéutica, en el ensayo clínico, no hay certeza de la eficacia curativa. Inclusive, en estos casos de prueba, no se debe perder de vista que, en líneas generales, se busca el interés colectivo o general, el progreso de la ciencia, más que el bienestar individual de un sujeto concreto a quien se somete a un nuevo tratamiento para ensayar en él sus efectos. Es por ello que en estos supuestos de utilización de seres humanos para investigación y prueba de terapéuticas experimentales es donde el consentimiento informado llega a su máxima expresión.

Para que la toma de decisión responsable se concrete y actúe, es necesario que el sujeto tenga un período previo de gestación de la decisión

²³ Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Declaración de la Asociación Médica Mundial adoptada por la 18° Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, Junio 1964.

respecto del tratamiento o exploraciones a realizar por el profesional, previa información correcta de éste, que es considerado el experto. El investigador debe explicar las ventajas e inconvenientes de su técnica o procedimiento, pero manifestando su opinión sobre las razones que lo llevan a inclinarse por ella. Abrumar al sujeto solamente con información equivale a abandonarlo. Resulta aquí de aplicación lo señalado por Bueres²⁴ para las prácticas terapéuticas en el sentido de que la omisión de ciertos datos no puede ser un subterfugio para eludir el deber de informar. Revelarle un exceso de información, ¿no sería otra forma de librarse de responsabilidades?

Ese consentimiento debe documentarse en un formulario, que si bien es lo más importante desde el punto de vista legal ante una eventual demanda judicial, tanto en resguardo del profesional como del sujeto de investigación, no lo es desde el punto de vista de la relación investigador-sujeto de investigación, para quien la herramienta más importante es la transmisión de información mediante un lenguaje coloquial que luego se va a plasmar en ese documento escrito.

Es frecuente que el sujeto firme el formulario del consentimiento para la exploración sin que haya tenido una correcta comunicación con el investigador que va a realizarla. Esto conlleva una irresponsabilidad del profesional y una fuente de problemas legales para él. Si el sujeto firma el formulario otorgando el consentimiento sin haber obtenido la información suficiente o sin haber comprendido la brindada por el investigador, se estará favoreciendo la aparición del consentimiento “desinformado”, que no es éticamente válido.

En el ordenamiento jurídico sanitario español, el Real Decreto N° 561/1993 sobre Ensayos clínicos con medicamentos contempla los aspectos del ensayo clínico que se deben informar: a) la finalidad con descripción de la forma de llevarlo a cabo, b) los beneficios, c) los efectos secundarios y riesgos posibles, d) el método utilizado, e) el desarrollo práctico del ensayo clínico, f) la comunicación al sujeto de investigación de la disposición del médico para ampliarle la información, si lo desea, g) la posibilidad de rehusar participar de la investigación, h) la información al sujeto de su libertad para reconsiderar en cualquier momento la decisión tomada, contemplando la posibilidad de retirarse del ensayo, i) las alternativas posibles y cuántas y cuáles las probabilidades de éxito, j) la forma en que se mantendrá la confidencialidad de la información, k) una política de compensación económica (seguro de riesgo) por lesiones secundarias al procedimiento llevado a cabo, y l) conocimiento y evaluación del alcance de las compensaciones ofrecidas al investigador y al sujeto de investigación por su participación. Si bien esta requisitoria en la legislación española es específica para ensayos con medicamentos, muy bien puede ser tenida en cuenta para otro tipo de ensayos clínicos.

Sólo dejaremos planteada una objeción sin entrar a su análisis -tarea que excedería el marco de este trabajo-: la inconveniencia de fijar una “compensación” por la participación en el ensayo. Sobre el particular la doctrina española dice que una compensación económica moderada, sin beneficio

²⁴ Alberto Bueres, *Responsabilidad civil de los médicos* (Buenos Aires: Hamurabi, 1979), págs. 349-365.

directo para la salud de los sujetos participantes, evidencia una falta de influencia.

Por nuestra parte, opinamos que resultaría riesgoso, toda vez que podría incidir negativamente sobre la intención y la libertad de la manifestación de voluntad del sujeto de investigación, induciéndolo a consentir por motivos que no signifiquen un beneficio directo para su salud o el interés por el avance científico. En todo caso podría considerarse la posibilidad de contemplar estrictamente un reconocimiento de gastos para el sujeto, con una cuidadosa reglamentación.

En nuestro país a pesar de la abundante doctrina existente, los límites de la información a suministrar no están aún bien delineados, por lo que resulta imperioso contar con un marco regulatorio en resguardo de la integridad física y psíquica del sujeto de investigación, en la experimentación.

IX. COLOFÓN

La creciente importancia que van adquiriendo los contornos del “consentimiento informado” descarta la posibilidad de una decisión absolutamente autónoma pues investigador y sujeto operan en un contexto social. Este es un proceso más emocional que racional, porque tienen en él mayor incidencia los sentimientos que cualquier conclusión a la que lleguen como resultado de un proceso cognitivo.

Pero como el “consentimiento informado” constituye un proceso dialógico, con un elemento continuo de la relación entre los sujetos y los dadores de salud, la toma de decisión no se considera instantánea, acaecida en un solo momento. Este nuevo paradigma ofrece numerosas ventajas frente al viejo esquema, pero también requerirá de un entrenamiento previo por parte de los profesionales para aprender a compartir la información con los sujetos de investigación y por parte de éstos, para comenzar a desempeñar un rol activo y participativo en la toma de decisiones. Mediante una toma de conciencia por ambas partes se irá desechando la costumbre de considerar al consentimiento informado como un simple acto protocolar. Ese fortalecimiento del diálogo quizás contribuya a recomponer la deteriorada relación del médico - transformado en el beneficiario de todas las consecuencias disvaliosas que se pueden señalar en el sistema de salud- con los miembros de la sociedad.

Así cobrarían nueva vigencia las palabras de Lee Hargraves, del Instituto Picker de Boston: “De todos los indicadores de la calidad, el mejor, el más antiguo, es el diálogo con el paciente”.

CORRUPCIÓN: UNA BREVE DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN ARGENTINA

Jesica Sircovich¹

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas describiré brevemente parte del panorama actual existente en la Argentina respecto de la corrupción. Como primera medida, explicaré qué es la corrupción y cuál es el daño que genera. Luego, relacionaré la problemática en estudio con el crimen organizado. Los puntos 4 y 5 estarán dirigidos a describir el marco legal de la corrupción. Con posterioridad, indicaré cuáles son los principales organismos de control avocados al tema. En el punto 7 señalaré cuáles son los niveles de eficacia en la actuación judicial respecto de los casos de corrupción y en el punto 8 resumiré tres casos paradigmáticos sobre corrupción. Por último, realizaré algunas consideraciones finales.

II. LA CORRUPCIÓN Y EL DAÑO QUE GENERA

La corrupción ha sido, últimamente, una de las mayores preocupaciones de las democracias del mundo. Si bien los gobiernos de todos los tiempos parecen haber estado expuestos y sometidos al mal de la corrupción, parece haber alcanzado su mayor auge en los últimos años, volviéndose una protagonista infaltable en las noticias diarias.

Si bien existen diferentes definiciones del fenómeno que me propongo describir en estas páginas, basta con decir que la corrupción consiste en la inserción de intereses o motivaciones privadas como motivo o causa de los actos públicos.² La mera lectura de esta definición sugiere que la corrupción atenta contra o, más llanamente, ataca directamente a la organización de la estructura del gobierno.³ De allí que los daños que genera sean inconmensurablemente inmensos, debido a sus efectos e implicancias en la configuración de los modos de convivencia social.

¹ Abogada, UTDT. Máster en Derecho (University of Cambridge).

² “[L]a corrupción supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares del titular de esas potestades y/o de uno o varios terceros relacionados con el mismo por cualquier relación económica o de confianza, menoscabando la satisfacción objetiva de los intereses generales”. José Sáez Capel, “Corrupción en el sector privado”, en *Delincuencia Económica y Corrupción*, editado por David Baigún y Nicolás García Rivas (Buenos Aires: Ediar, 2006), pág. 73. En el mismo sentido, ver José Severo Caballero, “La Convención Interamericana contra la corrupción y la legislación penal argentina”, *La Ley E* (1997), pág. 1153.

³ David Baigún y Pedro Biscay, “Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica”, en *Delincuencia Económica y Corrupción*, pág. 14.

Esos daños generados por la corrupción son diversos, entre ellos: el ataque al desarrollo y a las condiciones de la libre competencia, el asalto a la capacidad de inversión productiva, la alteración de las reglas de representación política, la “mercificación de derechos” (su conversión a bienes privados, que pueden ser objeto de negociación en el mercado),⁴ la embestida contra la economía⁵ y la desembocadura en un proceso de exclusión.⁶

En palabras del Procurador General de la Nación:

[L]as prácticas corruptas socavan el correcto funcionamiento de las instituciones democráticas y el desarrollo de los pueblos, pues, entre otras cosas, suponen el desvío de millonarias sumas de dinero que dejan de ser invertidas en cuestiones fundamentales para el progreso social.⁷

Por último, la corrupción provoca una degradación del Estado y de los modos en que se desarrollan las relaciones políticas. Esto, a su vez, genera una sensación de incertidumbre y desprotección en cada ciudadano.

La típica característica de abstracción de los daños generados por la corrupción permite que ellos sean fácilmente escondidos por los personajes corruptos e impide que sean fácilmente percibidos por la ciudadanía. Por ello, la detección de la comisión de delitos de corrupción requiere una mayor atención por parte de los órganos de persecución que la requerida para la detección de la comisión de delitos cuyos resultados son más tangibles.

⁴ Julio Virgolini, *Crímenes excelentes – Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Colección Tesis Doctoral (Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2004), pág. 255.

⁵ Luis G. Moreno Ocampo explica que la corrupción “[e]s un problema económico porque produce una reasignación de recursos encubierta a favor de factores improductivos, que genera más pobreza y desequilibrio social...”. “La Corrupción es una forma de abuso de poder”, en *Pena y Estado – Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) 1 (2006), pág. 205.

⁶ “[L]a corrupción está marcada por el empleo del espacio público (del pueblo, de todos) con una finalidad y en beneficio de un actor privado, que ha corrompido al funcionario para monopolizar el uso de sus funciones y privar a la colectividad del derecho a su empleo y su disfrute. Más sencillamente: la corrupción excluye al público, porque pone a la ley en manos de algunos privados”. Julio Virgolini, “Las determinaciones políticas de la corrupción y de la exclusión social y sus consecuencias sobre la legitimidad del derecho”, en *Delincuencia Económica y Corrupción*, pág. 97.

⁷ Resolución PGN n° 129/09, del 6/10/2009.

⁸ Ver ley n° 25.632, que aprobó la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional (B.O. 30/08/2002).

III. EL CRIMEN ORGANIZADO⁸

El “crimen organizado” se caracteriza por tener a su alrededor un velo de agrupaciones organizadas con miras a cometer delitos que trabajan con previsión, orden y meticulosidad.⁹ No se trata de un crimen espontáneo o impulsivo, sino de un delito detalladamente planeado y calibrado.

La íntima relación entre política y economía ha convertido a la primera en dependiente de la segunda y ha provocado que la conveniencia de ciertos grupos privados de la economía sirva como origen y fundamento de la toma de decisiones políticas –fenómeno definido anteriormente como “corrupción”—. Esos grupos privados de la economía suelen ser los autores de los “crímenes organizados”.

El crimen organizado usa y abusa de la corrupción y, a su vez, la corrupción usa y abusa del crimen organizado, lo necesita, lo aprovecha. Dada esta relación de interdependencia, para erradicar una u otra problemática es indispensable acabar con la otra.

IV. LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE LA CORRUPCIÓN

a) Introducción al régimen jurídico institucional de la República Argentina

Para explicar qué rol ocupan los tratados internacionales sobre la corrupción, debo comenzar por describir la estructura del régimen jurídico institucional de la República Argentina.

La Argentina es un país federal, cuya Constitución Nacional ha adoptado la forma representativa y republicana de gobierno. En el país conviven un gobierno federal y 24 gobiernos provinciales, integrados por 23 provincias y por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

A nivel federal rige un régimen presidencialista caracterizado por una división de poderes entre un Poder Ejecutivo Nacional, un Poder Legislativo bicameral –integrado por una Cámara de Diputados y otra de Senadores— y un Poder Judicial. A su vez, cada provincia tiene su propia organización de gobierno.

En relación con la posición que ocupan los Tratados internacionales en el derecho argentino, existe un bloque de legislación federal, superior al ordenamiento normativo de las distintas provincias, constituido de la siguiente manera:

- a- Constitución Nacional y Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (artículos 31 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional).
- b- Tratados Internacionales sin jerarquía constitucional.

⁹ En un sentido similar ver Julio Virgolini, *Crímenes excelentes – Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, pág. 204, con cita de Ruggiero Vincenzo, *Economie Sporché: L'impresa criminale in Europa*, pág. 51.

- c- Leyes del Congreso de la Nación.
- d- Decretos delegados del Poder Ejecutivo de la Nación.
- e- Decretos de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo de la Nación.

Los tratados internacionales sobre la corrupción a los que me referiré a continuación se encuentran en el nivel indicado como b), puesto que son tratados internacionales (incorporados mediante leyes del Congreso Nacional) que no gozan de jerarquía constitucional.

b) La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue aprobada por el Congreso de la Nación el 4 de diciembre de 1996 por ley n° 24.759 y publicada en el Boletín Oficial el 17 de enero de 1997. De acuerdo con el registro oficial de la Secretaría General de la OEA, el 9 de octubre de 1997 se depositó el instrumento respectivo de ratificación.

El fin de la CICC consiste en generar y regular la cooperación internacional cuyo objeto sea garantizar la eficacia de medidas para prevenir, detectar y sancionar la corrupción. Dado que la CICC incorpora normas de carácter administrativo, de asistencia y de cooperación, y sanciones penales, su estructura se divide en medidas preventivas y sancionadoras.

El artículo III de la Convención se refiere a las medidas preventivas: “A los fines expuestos en el art. II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer (...)”. A su vez, el inciso primero del artículo refiere a las normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. La Argentina sancionó la ley de Ética en el ejercicio de la función pública (ley n° 25.188) para cumplimentar con esta exigencia, que regula la ética de la función pública en los tres poderes del Estado.

El segundo inciso del artículo II de la CICC establece la necesidad de establecer mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta. La ley 25.188, en el Capítulo VII, estableció la obligación de crear la Comisión Nacional de Ética Pública.

El inciso 5 del artículo II de la CICC impone la necesidad de crear sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios para el Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia.

Por otro lado, en relación con las medidas sancionadoras de la CICC, existen diferentes grupos de obligaciones con distinto grado de obligatoriedad. La obligación de legislar las conductas establecidas en los artículos VI y VII es la más fuerte, debiendo cumplirse de manera absoluta. En estos artículos se describen los delitos de soborno o cohecho tanto activo como pasivo, incumplimiento de deberes o administración fraudulenta, y lavado de bienes y activos. Luego, existe la obligación subordinada a la Constitución y a los

principios fundamentales del ordenamiento jurídico de sancionar las conductas descriptas en los artículos VIII y IX. Estas conductas consisten en el soborno transnacional y el enriquecimiento ilícito. Por último, se establece la obligación de considerar en forma progresiva las conductas establecidas en el artículo XI, que describe el uso de información privilegiada o reservada, la desviación del objeto de los bienes o la malversación de caudales públicos, la obtención ilícita de un beneficio y el peculado o utilización de bienes del Estado (señalaré la posición de la Argentina al respecto en el siguiente apartado).

El mecanismo que la Convención ha diseñado para llevar a cabo sus objetivos consiste en la cooperación internacional. En particular, concierne a la asistencia y búsqueda de prueba e información; y a la extradición (artículos XIII, XIV, XV y XVI).

Además, los miembros de la convención cuentan con la colaboración en el seguimiento e implementación de la convención del Mecanismo de Seguimiento para la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC).¹⁰ El MESICIC es un ejercicio conjunto entre los Estados Parte de la CICC para que éstos se analicen mutuamente —a través de un procedimiento de evaluación de pares— respecto de cómo han implementado la Convención.¹¹

c) La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUC)

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción fue aprobada por el Congreso de la Nación el 10 de mayo de 2006 por ley n° 26.097 y publicada en el Boletín Oficial el 9 de junio de 2006.¹²

Si bien la Convención fue creada para lidiar en términos generales con la corrupción, su foco está colocado en la implementación de políticas de recuperación de activos desviados por la corrupción, en fomentar la participación activa de la ciudadanía en la lucha contra la corrupción y en incrementar la transparencia en el ejercicio de la función pública.

Entre las características más importantes de la convención, se encuentra la de la creación de políticas y prácticas de prevención de la corrupción (capítulo 2). La mayoría de los artículos referidos a este tema no imponen obligaciones directas sobre los estados parte, sino que establecen directivas, dejando a salvo la posibilidad de no cumplir inmediatamente con ellas (utiliza fórmulas como “de conformidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico”, o verbos como “procurar”). El artículo 6 impone la obligación de crear organismos encargados de prevenir la corrupción. La

¹⁰ Fabián Luis Riquert, “Instrumentos de derecho internacional público iberoamericano para la prevención contra la corrupción”, en *Delincuencia Económica y Corrupción*, págs. 126-158.

¹¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Oficina Anticorrupción, República Argentina, *Convención Interamericana contra la Corrupción – Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción* (Buenos Aires: Serie Estrategias para la Transparencia, Gráfica Laf S.R.L., 2004), pág. 23.

¹² Ver <http://www.boletinoficial.gov.ar/BuscadoresPrimera/BusquedaAvanzada.castle?dest>. Ver también <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>.

Argentina cumplimenta con esta obligación con la existencia de algunos organismos destinados a ese fin (ver punto VI).

La convención también prevé la necesaria transparencia y eficacia en, por un lado, la contratación, promoción y jubilación de funcionarios públicos, y, por el otro, la contratación pública (artículos 7 y 9).

El artículo 8 establece la directiva de promover la moral de los funcionarios públicos mediante códigos de ética y la obligación de los funcionarios públicos de rendir cuentas. Como ya dije en el apartado anterior, la Argentina cuenta con la ley de Ética en el ejercicio de la función pública (ley n° 25.188), cuyo Capítulo III establece el régimen de las declaraciones juradas (declaraciones de ingresos de los funcionarios públicos), para dar cumplimiento a estas exigencias.

El tratado también imparte directrices generales relativas a la actuación del Poder Judicial y el Ministerio Público, así como establece la obligación de aplicar las sanciones correspondientes a los particulares. También requiere que los estados parte implementen medidas para prevenir el blanqueo de dinero¹³ y capaciten a sus funcionarios respecto de la corrupción.

En cuanto a la obligación de legislar y penalizar conductas, al igual que en la CIC, en la CNUC existen diferentes obligaciones con distinto grado de obligatoriedad. La obligación de penalizar el soborno de funcionarios públicos, la malversación, el peculado, la apropiación indebida y la obstrucción de la justicia deben cumplirse inmediatamente. Luego, existe la obligación de los estados de considerar adoptar las medidas legislativas para tipificar los delitos de tráfico de influencias, abuso de funciones (de poder), soborno en el sector privado, malversación o peculado de bienes en el sector privado y encubrimiento. También existe la obligación subordinada a la Constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de considerar adoptar medias para penalizar el enriquecimiento ilícito, el blanqueo del producto del delito, y para responsabilizar a las personas jurídicas (señalaré la posición de la Argentina al respecto en el siguiente apartado).

El artículo 31 de la convención dispone, entre otras cosas, que cada Estado Parte adopte medidas necesarias para permitir la identificación, localización y embargo preventivo o incautación del producto de delitos de corrupción. En su nombre, el Procurador General de la Nación dictó la resolución PGN N° 129/09, a fin de que los fiscales "...adopten las medidas necesarias para no frustrar el recupero de esos bienes, evitando en el momento oportuno y sin dilaciones innecesarias, su libre disposición por parte de los imputados o las personas jurídicas que representan".¹⁴ Específicamente, la resolución instruyó a los fiscales para que "...una vez acreditados mínimamente los requisitos de procedibilidad de la medida cautelar requieran al juez interviniente el embargo preventivo de los bienes que correspondan...".¹⁵

La convención también prevé la necesidad de adoptar medidas para la protección de testigos, peritos y víctimas, para restituir al estado de cosas anterior al acto de corrupción, para indemnizar a las víctimas y para fomentar la cooperación entre los organismos nacionales, entre éstos y el sector privado, y entre los distintos estados (cooperación internacional).

¹³ Ver Ley de Blanqueo (ley n° 26.476).

¹⁴ Resolución PGN 129/09.

¹⁵ Artículo 1 de la Resolución PGN 129/09.

El capítulo 5 de la convención está dedicado a la recuperación de activos. Se concentra en la prevención y detección de transferencias del producto del delito, en la recuperación directa de bienes, en la cooperación internacional para fines de decomiso y en la restitución y disposición de activos.

V. BREVE RESEÑA NORMATIVA DE DERECHO INTERNO

En la Argentina existen distintas figuras penales que castigan conductas relacionadas con la corrupción y distintas leyes tendientes a prevenirlas, detectarlas o erradicarlas. Si bien estas normas no parecen impedir que se lleven a cabo actos de corrupción, es importante conocerlas para notar que el problema no es la falta de legislación, sino su incorrecta ejecución.¹⁶ Si bien en el apartado anterior me referí a alguna normativa de derecho interno relacionada con la CICC o la CNUC, en este apartado me referiré al derecho interno relacionado con la corrupción en general.

En relación con las figuras penales, debo comenzar por señalar que los artículos 256 y siguientes del Código Penal (C.P.) reprimen al “cohecho”, que refiere al funcionario público que recibe dinero o dádivas para realizar actos relativos al desempeño de sus funciones y al tráfico de influencias. Los artículos 260 y siguientes del Código Penal castigan la malversación de caudales públicos.

El artículo 265 del C.P. reprime al que hiciere “negociaciones incompatibles”, mientras que el 268 del mismo cuerpo legal hace lo propio con el que emplee información reservada con fines privados y con el funcionario que se enriquezca ilícitamente.

Por otro lado, más allá de las figuras delictivas previstas en el Código Penal, existen distintas leyes relacionadas con la corrupción, entre las que se encuentran las siguientes: Régimen Penal Cambiario (ley n° 19.359), Régimen Penal Aduanero (ley n° 22.415), Régimen Penal Tributario (ley n° 24.769), Lavado de Activos de Origen Ilícito (ley n° 25.246), Ley de Ética de la Función Pública (ley n° 25.188) y Ley de Blanqueo (ley n° 26.476).

A su vez, la reforma constitucional de 1994 introdujo el artículo 36, cuyo quinto párrafo expresa: “Atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar empleos públicos”. De esta forma, para la Constitución de la República Argentina los funcionarios públicos que incurren en tales conductas cometen un delito constitucional.

¹⁶ Actualmente se encuentra en la Cámara de Diputados un proyecto de ley relacionado con el tratamiento de la corrupción (Dictamen 1331-D-09, Honorable Cámara de Diputados, Comisión de Legislación Penal). Ver <http://www.diputados.gov.ar/>.

VI. ORGANISMOS DE CONTROL

En la Argentina existen distintos organismos tendientes a luchar contra la corrupción. En este apartado haré una breve referencia a los más importantes.

- Unidad Especializada contra los Delitos Tributarios y el Contrabando (UFITCO). Se originó en el año 2000 y durante su gestión se topó con obstáculos en materia de cooperación, particularmente en el intercambio de información con otros organismos, especialmente con la central federal de recaudación de tributos (AFIP).¹⁷

- Sindicatura General de la Nación (SIGEN). Es un organismo de control estatal cuyas funciones comprenden el dictado y aplicación de normas de control interno, la realización de auditorías y el asesoramiento al Poder Ejecutivo,¹⁸ entre otras.

- Auditoría General de la Nación. Es un organismo previsto constitucionalmente (art 85 y sptes. de la Constitución Nacional) cuyo objetivo se concentra en la fiscalización de los aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos; realizando un análisis *ex post* sobre los actos del gobierno.

- Unidad de Información Financiera. Es una unidad de inteligencia a cargo de la investigación de operaciones financieras dudosas o extraordinarias (fue creada por la ley n° 25.246).

- Oficina Anticorrupción. Es un organismo cuyo fin es velar por la prevención e investigación de la corrupción y es la autoridad de aplicación de la Ley de Ética Pública.

- Oficina de Coordinación y Seguimiento en materia de Delitos contra la Administración Pública (OCDAP).¹⁹ Es una unidad dentro de la Procuración General de la Nación que pretende fortalecer la investigación de delitos cometidos por funcionarios públicos.

Además, existen Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) dedicadas a la problemática de la corrupción. La ONG más destacada es el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica (CIPCE).

¹⁷ David Baigún y Pedro Biscay, "Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica", pág. 19.

¹⁸ Ver ley n° 24.156.

¹⁹ Res PGN 86/09, 17/07/09.

VII. NIVELES DE EFICACIA

Las instituciones del sistema penal mostraron en la práctica persecutoria bajos niveles de incidencia y eficacia en los últimos años en términos de condenas en causas de corrupción.

El trámite promedio de las causas de corrupción alcanza los 14 años.²⁰ En el período de 1980-2007, de 750 juicios, sólo un 5% finalizó en condena.²¹

VIII. LA CORRUPCIÓN EN ARGENTINA. CASOS EJEMPLIFICADORES

En este apartado haré una breve mención de los casos que han generado una mayor conmoción pública, explicando sus objetos procesales y su estado en el proceso o resolución.

a) *María Julia Alsogaray*

Esta causa se inició el 19 de julio de 1993 por una denuncia contra la Ingeniera María Julia Alsogaray, en aquel momento titular de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano de la Nación, por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público, basada en su “explosiva ostentación económica” y en su “repentino cambio de imagen” durante su actuación en el gobierno.

El denunciante ilustró su presentación detallando distintas sumas de dinero que la denunciada habría gastado y que no podían ser afrontadas con el sueldo que la denunciada percibía por las funciones públicas que prestaba.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°4 dictó sentencia el 21 de mayo de 2004 y sus fundamentos fueron dictados el 31 de mayo de ese año. Entre otras cosas, entendió que se encontraba probado que funcionarios del Poder Ejecutivo Nacional, que tenían a su cargo la administración de fondos públicos, pagaban a funcionarios de mayor jerarquía de la administración pública nacional sobre-sueldos, esto es, sobreasignaciones que no tenían respaldo legal, utilizando a tales fines fondos que tenían otros objetivos.

El Tribunal condenó a María Julia Alsogaray a la pena de tres años de prisión e inhabilitación absoluta por seis años por considerarla autora penalmente

²⁰ Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia -A.C.I.J.-, *El difícil acceso de la sociedad civil a las causas de corrupción y un primer diagnóstico sobre estos interminables procesos penales* (Buenos Aires: 2009), citando CIPCE segundo informe de avance, “Búsqueda de un modelo integrado para neutralizar la criminalidad económica. Diseño de nuevos mecanismos institucionales de recuperación de fondos económicos para el Estado”.

²¹ CIPCE, “*Corrupción: Por fallas judiciales, las causas duran unos 14 años*” (30/11/2009), en http://www.cipce.org.ar/cipce/index.php?option=com_content&view=article&id=288:corrupcion-por-fallas-judiciales-las-causas-duran-unos-14-anos&catid=42:destacados&Itemid=50. En un sentido similar, para un análisis estadístico entre los años 1980-2005, ver David Baigún y Pedro Biscay en “Actuación preventiva de los organismos estatales y no estatales en el ámbito de la corrupción y la criminalidad económica”, págs. 37-38.

responsable del delito de enriquecimiento ilícito, previsto y reprimido por el art. 268 -2- del Código Penal -Ley 16.648-. Por otro lado, dispuso el decomiso de los efectos provenientes del delito consistente en la suma de quinientos mil dólares (u\$s 500.000) y seiscientos veintidós mil pesos (\$622.000).²²

b) IBM – Banco Nación

Esta causa se inició en virtud de la denuncia presentada ante la Fiscalía de la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal el 18 de mayo de 1994 por Santiago Pinetta.

El hecho imputado consistió en una maniobra defraudatoria millonaria a las arcas del estado, por la que se habrían beneficiado mediante el cobro de retornos funcionarios del Banco de la Nación Argentina (BNA) por la adjudicación de la licitación n° 60/93, por un monto de casi U\$S 250.000.000, hacia la firma IBM. Esa firma, por intermedio de la sociedad CCR, habría derivado fondos al extranjero que habría acabado depositado en cuentas bancarias de ex directores de esa entidad crediticia. La cantidad de imputados asciende a 16 personas. Los delitos imputados son defraudación por administración infiel, y cohecho activo y pasivo.²³

El 12 de mayo pasado el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Federal N° 3²⁴ condenó a los acusados mediante la homologación de un acuerdo entre ellos y la Fiscalía en virtud del cual los imputados aceptaban asumirse culpables y devolver aproximadamente 18 millones de pesos a cambio de evitar una pena de prisión efectiva y el juicio oral. Si bien tres de los acusados recurrieron la condena,²⁵ el tribunal oral no concedió los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos.²⁶

²² Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 4, causa N° 648 "Alsogaray, María Julia", sentencia dictada el 21/05/2004, fundamentos dictados el 31/05/2004. Ver también de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal causa N° 4787, "Alsogaray María Julia s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", registro 6674.4, del 9/06/2005.

²³ Ver página web del CIPCE: <http://www.cipce.org.ar/cipce/>.

²⁴ Causa N° 509/05, "Dadone, Aldo s/ defraudación contra la administración pública", registro 10/10.

²⁵ CIPCE, "Con una jugada sucia los imputados de IBM recurrieron el juicio abreviado", en http://www.cipce.org.ar/cipce/index.php?option=com_content&view=article&id=313&Itemid=1 (11/6/2010); Irina Hauser, "El cuento de la buena pipa judicial", en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-147386-2010-06-11.html> (11/6/2010).

²⁶ Causa N° 509/05, "Dadone, Aldo s/ defraudación contra la administración pública", registro 2862 (7/07/2010).

c) *La causa del Senado*²⁷

Esta causa se inició en agosto del año 2000 como consecuencia de una carta anónima, pero fue luego de que un “arrepentido” realizara una confesión del supuesto hecho cuando comenzó la verdadera investigación.

El objeto procesal de esta causa se circunscribe a un supuesto hecho de corrupción llevado a cabo en el año 2000, durante la presidencia de Fernando De La Rúa. Específicamente, se imputa el pago de un precio por parte de dirigentes del gobierno nacional hacia algunos senadores de la oposición en contraprestación del voto favorable para la sanción de una ley de reforma laboral.

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 (causa N° 9900/00) ha elevado la causa a juicio en dos oportunidades. La primera, el 6 de septiembre de 2007, por nueve imputados. La segunda, por Fernando De la Rúa el 21/10/09. La causa se encuentra radicada en el Tribunal en lo Criminal y Correccional Federal N° 3, aún pendiente de juicio.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Como he mostrado en las páginas anteriores, existe legislación y organismos creados para dar fin a la corrupción. No obstante, la corrupción parece no ceder, por lo que es natural concluir que la regulación y control existentes no son adecuados para erradicarla.

La causa de la corrupción no es la cultura, sino los incentivos generados por las instituciones. En otras palabras, el análisis no debe enfocarse en si los políticos son o no corruptos, sino en cuán costoso es ser corrupto en una sociedad dada.

En palabras de Carmen Argibay, “[c]orromper es sinónimo de podrir”.²⁸ Por eso debemos insistir en que las instituciones, las únicas que pueden controlar la actuación de los políticos, cumplen un rol fundamental en la lucha contra la corrupción.

²⁷ Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, causa N° 40.355, “Incidente de nulidad del requerimiento de elevación a juicio de Tell, Alberto Máximo y otros”, registro N° 903 (17/08/2007).

²⁸ Carmen Argibay, “Corrupción Pública y Justicia”, *Cuadernos de Fundación de Estudios para la Justicia – FUNDEJUS* 4 (2004), pág. 3.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LA PRÁCTICA LEGAL: BREVES CONSIDERACIONES

Eduardo Stordeur (h)¹

I. INTRODUCCIÓN

El Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) ocupa actualmente un lugar de indiscutible importancia en la educación e investigación legal. Desarrollado en los Estados Unidos a partir de innovadores trabajos que extendían la aplicación de los principios de teoría económica a las ciencias sociales en general, en los últimos años ha ganado indudable espacio también en la tradición legal continental.

Este fenómeno constituye parte de un movimiento más amplio que transcurre en las universidades americanas, donde desde hace unas décadas y en forma creciente se está apelando a ciencias sociales para el examen o comprensión del sistema jurídico. El formalismo jurídico, ese ejercicio milenario de sistematización e interpretación de la ley, aunque todavía dominante en la enseñanza y en la práctica del derecho, ha perdido notable espacio en la investigación, consecuencia de la proliferación de miradas externas provistas por diversas disciplinas como la filosofía, la sociología, los estudios literarios, la historia, la psicología y, entre otras, la propia de la económica.

El empleo de otras disciplinas supone ejercer cierta mirada sobre el sistema jurídico ajena a la clásica exégesis y sistematización del derecho, propias del formalismo jurídico. El AED consiste precisamente en el empleo de teoría económica (fundamentalmente teoría de precios) para explicar el sistema jurídico, predecir sus consecuencias o recomendar cambios con la finalidad de obtener resultados (en general el resultado que se busca es la eficiencia).²

Es en el ámbito académico, sin embargo, donde el AED tiene mayor impacto, aunque su influencia se ha extendido, pero en forma moderada, también a las políticas públicas y la práctica legal. Las facultades de derecho en los Estados Unidos, hasta el reciente empleo de economía y otras ciencias sociales, eran fundamentalmente escuelas de artesanos antes que centros de formación universal donde se privilegie la investigación o un conocimiento general y sistemático del derecho. Es decir, los profesores destinaban sus trabajos a jueces y abogados antes que a miembros de la comunidad académica y su producción era fundamentalmente de consumo local. Eran trabajos artesanales para artesanos, generando cierta armonía entre la enseñanza y práctica del derecho. Como en las facultades de derecho

¹ Profesor de posgrado en la Universidad de Buenos Aires y profesor invitado en la UTDT. Fue recientemente académico visitante en el Programa de Derecho y Economía de la Universidad de California, en Berkeley, Estados Unidos.

² Para una introducción al AED, véase Richard A Posner, "The Economic Approach to Law", *Texas Law Review* 53 (1975): 757-782. Véase también, del mismo autor, "The Law and Economics Movement", *American Economic Review* 77 (1987): 1-13.

latinoamericanas, los profesores en su mayoría se ocupaban de temas de doctrina que tenían por finalidad explicar el derecho local, mirar su consistencia y sugerir nuevas aplicaciones a casos dudosos.³

Durante las últimas décadas, sin embargo, el dominio del formalismo jurídico se ha resentido significativamente en la investigación, con el creciente empleo de estas otras miradas provenientes de disciplinas sociales. En las escuelas de derecho de los Estados Unidos cada vez son más los estudiosos del derecho que emplean otras disciplinas, tales como la economía, la sociología, la psicología evolutiva, la filosofía, la literatura y otras, para el examen o comprensión del sistema jurídico. De éstas, es probable que las miradas externas más influyentes sean aquellas provenientes de la economía y la filosofía, en particular desde la publicación de *Una Teoría de la Justicia*.⁴

Hay buenas explicaciones del creciente éxito del AED en el campo académico. Sin embargo, no es del todo claro por qué el AED es útil para la práctica legal. En este trabajo ensayo unas breves líneas tendientes a mostrar la utilidad que el empleo de la economía tiene para el abogado practicante, distinguiendo diversos tipos de casos y actividades tradicionales del abogado. Con esta finalidad, explicaré brevemente los usos más frecuentes del AED, para que los lectores no familiarizados con la disciplina conozcan algunas de las ventajas de su empleo en el campo académico. Luego muestro el modo en el cual el AED puede mejorar el desempeño del abogado practicante. Más concretamente, sugiero algunos elementos que deberían hacer más admisible el enfoque económico del derecho ante los tribunales, para luego mostrar, apelando al modelo económico básico del derecho de procedimientos, el modo en el cual el AED puede incrementar la capacidad analítica del abogado.

II. DIVERSOS USOS DEL ENFOQUE ECONÓMICO

Aun cuando no siempre es simple distinguirlos en la práctica, con frecuencia se señalan distintos empleos de teoría económica en el derecho. Usualmente se distingue, siguiendo una conocida clasificación, entre análisis económico del derecho positivo y análisis económico del derecho normativo. Mientras el primero supone emplear economía para explicar el sistema jurídico o predecir las consecuencias de cambios en las reglas jurídicas, el segundo persigue sugerir cambios al sistema jurídico con la finalidad de lograr la eficiencia o, aunque menos frecuente, cualquier otra meta o resultado deseable, como cierta distribución de la riqueza o el logro de un estándar de política ambiental.

³ Véase Thomas S. Ulen, "The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and Other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship" *Chicago-Kent Law Review* 79 (2004): 403-429, págs. 411-3.

⁴ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971).

a) El análisis económico del derecho positivo

1. Poder explicativo de las instituciones legales

La economía, en tanto cuenta con una teoría de la acción que permite proposiciones con contenido empírico, puede ofrecer cierta explicación funcional de las instituciones apelando al examen de su estructura de incentivos. De esta naturaleza son algunas proposiciones típicas que permiten predicciones muy generales y, desde luego, recomendaciones normativas. Un ejemplo muy frecuente es la explicación de la evolución del derecho de propiedad privada como instrumento para internalizar efectos externos derivados del uso común de la propiedad.⁵

Del mismo modo, es posible explicar la evolución del derecho de los contratos como instrumentos para generar promesas más creíbles que alienten la expansión de los mercados en contextos donde los intercambios son diferidos. Esto permite, por ejemplo, explicar la simplicidad y poca utilidad del derecho de contratos en sociedades primitivas en comparación a otras ramas del derecho, como el derecho de familia o el de la responsabilidad por daños.⁶

Hay muchas explicaciones de las instituciones legales que pueden pasar desapercibidas sin el empleo de la economía. Por ejemplo, la idea de que la limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales permite colocar el riesgo del fracaso empresarial en quienes pueden soportarlos más fácilmente; o que uno de los fundamentos centrales de ley de concursos es eliminar un problema de acción colectiva del tipo dilema del prisionero: cada acreedor tiene incentivos para cobrar su propio crédito del modo más directo y efectivo, pero si todos actúan del mismo modo pueden afectar la integridad del patrimonio del fallido, obteniendo, en conjunto, resultados poco deseables. Tal sería el caso, por ejemplo, si el primer acreedor embargase y sacase a la venta un activo clave del patrimonio del deudor que luego impidiese pagar el resto de las deudas.⁷

La economía permite además mostrar o explicitar algunas propiedades de las reglas legales que no pueden ser descritas de modo preciso, adecuado

⁵ El trabajo fundamental es Harold Demsetz, "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review* 57 No. 2 (1967): 347-359. Es interesante que el mismo Demsetz también se ocupó de una defensa moral de la concepción económica de la propiedad en "Ethics and Efficiency in Property Rights Systems", en *Time, Uncertainty and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, editado por Mario Rizzo (Lexington Mass: Lexington Books, 1979), págs.99-123.

⁶ Para un examen del derecho de contratos en sociedades primitivas consistente con la explicación general, véase Richard A Posner, "The Economic Theory of Primitive Law", en su libro *The Economics of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981), págs.182-183. La explicación es simple: El tipo de externalidades que tanto el derecho de propiedad como el derecho de contratos permite internalizar no estaban presentes en las sociedades primitivas. Básicamente los bienes comunes eran sobreabundantes, y los grupos chicos y muy homogéneos, de modo que podían lidiar adecuadamente con las ineficiencias de la propiedad de libre acceso. Respecto del derecho de contratos, el no cumplimiento es poco frecuente cuando no hay convenios a plazo diferido.

⁷ Estas funciones son también conocidas. Véase, por ejemplo, Francisco Cabrillo, *Quiebra y Liquidación de Empresas. Un análisis económico del derecho español* (Madrid: Unión Editorial, 1989), capítulos I y II.

o completo apelando al simple sentido común o análisis legal tradicional. Puede mostrar, por ejemplo, que la institución X lleva a situaciones donde “nadie gana”, “todos ganan” o “algunos ganan y otros pierden”, sin especificar ese resultado en términos concretos.

Permite mostrar también el modo en el cual determinadas instituciones legales colocan costos y beneficios entre los actores relevantes. Las reglas legales, en tanto trasladan riesgos entre grupos o clases de personas, tienen efectos redistributivos que difícilmente puedan ser examinados apelando al usual enfoque *ex post* del derecho tradicional. Una regla de responsabilidad objetiva por accidentes, por ejemplo, implica una transferencia de ingresos de los conductores a los peatones. Muchas de estas propiedades de las reglas legales pueden ser examinadas de manera más precisa apelando a herramientas del AED.

La economía puede, en efecto, ser empleada para dotar al sistema jurídico de una racionalidad y coherencia que el método tradicional de interpretación y sistematización de las fuentes del derecho no provee. Puede, además, entre otras contribuciones, ofrecer algunas distinciones que pueden ser muy útiles para la aplicación del derecho. La coherencia de un sistema es importante para su aplicación.⁸

De ese modo, muchas interacciones típicamente legales pueden ser caracterizadas y mejor comprendidas apelando a diversas clasificaciones de la teoría económica. Se puede afirmar, por ejemplo, que tales o cuales interacciones constituyen un “juego de suma cero”, para caracterizar un caso donde la ganancia de algún participante es la pérdida de otro, o que alguna regla supone un probable “punto focal”, para referir a una regla general compartida de modo tácito. Estas descripciones permiten comprender rápidamente las propiedades de un tipo de interacción, eliminar ambigüedades y examinar el impacto del sistema jurídico en las propiedades relevantes del tipo de interacción bajo examen.

2. Poder predictivo de las consecuencias de los cambios en las reglas jurídicas

La segunda función positiva del empleo de teoría económica en el ámbito legal consiste en una predicción de la respuesta de individuos (que se asumen) egoístas racionales a cambios en las reglas jurídicas. El tipo de operación que permite este análisis es muy intuitivo: así como las personas reaccionan a cambios en los precios relativos de los bienes en el contexto del mercado, se asume que las personas también son sensibles a los premios y sanciones contenidos en el sistema jurídico. De este modo, por ejemplo, se asume que una mayor sanción por incumplimiento contractual debería, todo lo demás constante, llevar a un mayor grado de cumplimiento contractual y que, por el mismo motivo, sentencias que indemnizan por debajo del nivel del daño en materia de derecho de accidentes debe llevar a los actores o agentes capaces

⁸ Aunque uno podría sostener que cierta competencia interna de institutos legales puede ser deseable. Es decir, con incentivos correctos, los tribunales pueden con el tiempo seleccionar reglas que permitan mejor nivel de cooperación social y para eso es necesario que el sistema admita algún nivel de contradicción. Véase Anthony Ogus, “What Legal Scholars Can Learn From Law and Economics”, *Chicago-Kent Law Review* 79 (2004): 383-402.

de imponer riesgo a la sociedad a que adopten un nivel menor de prevención de accidentes.

La hipótesis del hombre racional permite examinar el derecho como un sistema de incentivos, asumiendo que un cambio en las reglas jurídicas modifica el equilibrio o resultado típico de las interacciones contemplado por la regla legal. Si la ley de quiebras pide menos requisitos para emplear el procedimiento, la predicción es que éste será más utilizado por los operadores del mercado. Se asume que también en el ámbito legal las alternativas enfrentan precios, puesto que elegir una de ellas significa resignar otras y que los cambios en las relaciones de valores derivadas de cambios en la ley permiten un examen sistemático y predecible de las decisiones.

En este sentido, una forma plausible de definir el derecho desde el enfoque económico de la ley, que guarda alguna familiaridad con algunas explicaciones clásicas del derecho en el contexto de la filosofía legal, es la idea de que éste constituye un sistema de gobierno social basado en incentivos. Si las personas, al menos en algún grado apreciable, efectivamente reaccionan a cambios en los precios contenidos en las reglas jurídicas de manera determinada y predecible, entonces el estudio del derecho puede centrarse en mostrar las consecuencias del sistema jurídico.

b) Análisis económico del derecho normativo

Finalmente, aunque de esto no diré mucho, la teoría económica puede emplearse en términos normativos, es decir, para sugerir cambios en el sistema jurídico. En general dichas recomendaciones operan sobre la base del objetivo de la eficiencia, pero las herramientas del análisis económico pueden ser utilizadas para examinar o verificar otros resultados que usualmente se estiman valiosos, como el modo en el cual determinadas instituciones legales distribuyen costos y beneficios o el logro de una determinada meta de calidad ambiental.

III. ECONOMÍA Y FORMALISMO JURÍDICO

Esta breve descripción de las funciones o usos del AED puede contribuir a que el lector no familiarizado obtenga al menos una idea general de las ventajas que el AED podría tener, respecto de los estudios legales convencionales, en el campo de la educación e investigación legal.

El empleo de teoría económica a fines positivos, es decir descriptivos o predictivos, tiene probablemente enormes ventajas sobre los estudios legales convencionales, usualmente denominados doctrinales.⁹ La educación legal tradicional, con su énfasis en las eternas clasificaciones y disquisiciones detallistas, tan apropiada para defender casos en los tribunales, no permite un examen positivo, es decir funcional o predictivo del sistema jurídico. El abogado

⁹ Análogos al formalismo legal en la tradicional americana.

tradicional está razonablemente entrenado en la comprensión, sistematización y empleo de la ley con fines concretos (normalmente obtener una sentencia favorable), pero no cuenta con herramientas conceptuales que le permitan una predicción o explicación de sistema.¹⁰

La familiaridad con la cultura legal y las motivaciones más frecuentes de los agentes y operadores del sistema, los antecedentes jurisprudenciales, el conocimiento de contexto, los arcanos secretos de los procedimientos y un conocimiento más bien nominal del sistema jurídico dotan al abogado tradicional de enormes ventajas para operar el sistema jurídico con la finalidad de obtener resultados favorables en diversas instancias judiciales y administrativas, pero no con las herramientas adecuadas para examinar el derecho como un sistema.

En otros términos, es posible que para predecir el caso o un grupo de casos el abogado tradicional esté en capacidad de brindar mejores predicciones (aunque probablemente no explicaciones) de las decisiones de tribunales y agencias del estado o el resultado o efectos puramente legales de prácticas privadas. De hecho la formación clásica del abogado es más la de un hábil operador del sistema, capaz de maniobrar muy bien las instituciones y emplear cierto lenguaje y argumentos receptados por los actores para obtener resultados favorables o predecir el tipo de resoluciones para casos concretos que la de un analista del sistema jurídico, en el sentido científico del término.

Es probable que la teoría general del abogado practicante, que en general desdeña los sofisticados aportes de la teoría general del derecho y otros esfuerzos análogos, sean las doblemente milenarias categorías del derecho civil, un sistema teórico ciertamente modesto, si se lo compara con la sofisticación de la economía, pero altamente orientativo para practicar el derecho entre abogados litigantes.¹¹ A nivel analítico es probable que los abogados empleen una serie compleja de operaciones difíciles de establecer con precisión, donde se confunde el tradicional silogismo legal, el razonamiento por analogía, el peso relativo de los precedentes, las propias preferencias sociales de los jueces y/o agentes que deciden, la demanda social por determinados resultados normativos, la influencia política, ciertas pautas morales compartidas y otras variables difíciles de precisar, las que probablemente tengan menor o mayor peso dependiente de la materia, el contexto, la clase de pleito, la naturaleza de las partes, la claridad con la cual está formulada la solución legal, la inexistencia o existencia de lagunas legales y otras variables relevantes. En materia práctica, entonces, quizás el elemento relevante para juzgar el grado potencial de empleo de material económico en el trabajo del abogado litigante sea, al menos en parte, el grado de persuasión que el examen de las consecuencias tiene en las decisiones de los tribunales y agencias del estado. Se ha juzgado, en este sentido, que para el caso de los Estados Unidos, el éxito y mayor recepción de la economía en comparación con otras disciplinas sociales se debe a la capacidad de transformar

¹⁰ Para un examen de las ventajas de la economía sobre las demás disciplinas sociales, véase Reuven Brenner, "Economics - An imperialist Science?", *Journal of Legal Studies* 9 No. 1 (1980): 179-188.

¹¹ Debo esto a un comentario ocasional de Ricardo Guibourg.

proposiciones derivadas de la economía en argumentos persuasivos.¹² Sin embargo, es evidente que su recepción en materia de litigios es limitada y que un estudio más a fondo debería distinguir cuáles propiedades de los pleitos hacen más permeables los argumentos basados en teoría económica. En el capítulo que sigue intentaré distinguir algunos elementos que estimo deberían hacer más aceptable la recepción directa de argumentos económicos por los tribunales.

IV. ARGUMENTOS ECONÓMICOS EN LOS TRIBUNALES

Este asunto es complejo y requiere más de lo que puedo hacer en este trabajo, de modo que solo voy a enunciar algunas distinciones que creo tienen sentido para evaluar la eventual fuerza persuasiva de las consecuencias en el campo de las decisiones judiciales y administrativas.

Para comenzar, es evidente que hay áreas del derecho obviamente más sensibles que otras al razonamiento económico, como sucede con el derecho de la defensa de la competencia, el derecho de los impuestos o el financiero, donde el sistema jurídico tiene fuerte impacto en el sistema económico. En materia impositiva, por ejemplo, un examen serio de si un impuesto es confiscatorio requiere de un examen más parecido al que hacen los economistas que al análisis normativo de los abogados, aun cuando las metas o reglas de los impuestos sean legales o políticas. Y aun cuando el empleo de teoría económica en campos donde las conexiones con la economía son evidentes datan desde los inicios de siglo y no constituyen ninguna novedad teórica, los refinamientos del enfoque económico del derecho desarrollados durante las últimas décadas pueden mostrar nuevos resultados en estas áreas de practica más permeables a la argumentación económica.

Por otra parte, es probable que la tradición legal tenga un peso especial en las fuentes de la decisión judicial. En este sentido, es probable que la influencia utilitarista y pragmática en la cultura legal americana y el sistema basado en precedentes hagan más permeable el uso de teoría económica en el derecho común americano, por ejemplo, que en nuestro sistema jurídico.¹³ Y esto es no solo por cuestiones de cultura legal, sino además por cuestiones estructurales. Es posible que el mandato constitucional de “aplicar leyes” en general escritas, con independencia de las lagunas y ambigüedades de los textos, limite el peso o valor argumental de las consecuencias en las decisiones judiciales. Sin embargo, es probable que el cálculo de las consecuencias afín al enfoque económico tenga especial peso, aun en nuestro sistema jurídico continental, en casos de lagunas legales, de ambigüedad de la ley, donde hay conflictos de derechos o por la naturaleza del caso las consecuencias del fallo son socialmente importantes.¹⁴

¹² Véase Jack M. Balkin y Sanford Levinson, “El derecho y las humanidades: una relación incómoda”, publicado originalmente en inglés en 2006 y traducido en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 9 No. 1 (2008): págs. 223 y ss.

¹³ Para este tema, véase Horacio Spector, “Fairness and Welfare from a Comparative Law Perspective”, *Chicago-Kent Law Review* 79 (2004): 521-539.

¹⁴ Para un examen del espacio para las consecuencias en las decisiones judiciales, véase Martín D. Farrell, *Filosofía del Derecho y Economía* (Buenos Aires: La Ley, 2006), págs.12 y ss.

Es probable, además, que en ambas tradiciones los jueces sean más propensos a tomar en cuenta elementos de teoría económica en aquellos casos donde las sentencias son un bien público (éstas pueden afectar el bienestar de muchas personas) y dejan de lado este tipo de consideraciones para aquellos casos donde la sentencia es un bien privado (el bienestar comprometido es sólo, o fundamentalmente, el de las partes). Un buen ejemplo que ilustra esta intuición es el alto contenido de razonamiento económico que tienen los típicos fallos de emergencia de los tribunales superiores, aun cuando no siempre el análisis es explícito.¹⁵

Es probable que la mayor demanda y activismo requerido a los tribunales en nuestros días hagan cada vez más permeable el empleo de economía en la práctica legal, en particular en aquellos casos y materias donde los efectos externos de las sentencias son importantes. Por ese motivo es probable que los tribunales superiores empleen, en promedio, más consideraciones basadas en las consecuencias que los tribunales inferiores. El peso del formalismo legal, creo, debería ser más grande en casos de menor importancia social que en aquellos donde los efectos de las decisiones, como en los casos de derechos de tercera generación o de derecho de la emergencia, tienen incidencia sobre muchas personas. A medida que proliferen mayor cantidad e importancia de procesos colectivos con sentencias de validez general o que afecten a muchas personas (como en las acciones de clase) los jueces ocupan un papel cada vez más regulador de la economía y es natural que en estos casos el análisis de las consecuencias (sobre todo no intencionadas) gane peso en las consideraciones de los tribunales.

En estos casos, los abogados practicantes y los jueces están en posiciones de reguladores. Asimismo, conocer las consecuencias o la consistencia en materia de incentivos de una regla jurídica sería de utilidad para el abogado asesor legislativo o de agencia, un tema que no puedo examinar en este trabajo.¹⁶

Es probable (pero es solo una intuición) que en los casos difíciles, donde hay conflictos de derechos sin una resolución clara y cuyo contenido es socialmente sensible, pero al mismo tiempo privado, constituyen casos más ambiguos, donde las razones normativas que ofrece la economía deba competir con otras formas de mirar el derecho, en particular con las intuiciones morales más compartidas o el peso de la opinión política y cualquier otra forma usual (todo un tema) de resolver en materia legal frente a este tipo de casos. Solo quiero decir que en estos casos no es muy claro que la economía tenga una ventaja especial, en tanto no hay extremos empíricos para verificar.¹⁷

De modo que para el abogado litigante la utilidad de la teoría económica debería depender de diversas variables, entre las que cuentan la tradición legal, el área del derecho materia del litigio, el tipo de caso, la naturaleza

¹⁵ Véase Eduardo Stordeur (h), "Poder de Policía y Eficiencia: Análisis de los Fundamentales Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en Martín Krause y otros, *Análisis Económico del Derecho. Aplicación a Fallos Judiciales* (Buenos Aires: La Ley, 2006) págs.115-189.

¹⁶ Véase, por ejemplo, James M. Buchanan, "Good Economics - Bad Law", *Virginia Law Review* 60 No. 3 (1974): 483-492.

¹⁷ No creo que nuestros tribunales usen explícitamente la filosofía legal o política contemporánea. Por otra parte, la filosofía del derecho local se ocupa de temas no relacionados con las decisiones de los tribunales.

“pública o privada” del pleito, la existencia de lagunas del derecho o problemas de interpretación derivados de la “textura abierta del lenguaje”, la existencia de conflictos de derechos, la ausencia de un paradigma o regla moral predominante y la intensidad de efectos externos potenciales de las sentencias.

Algunos de estos elementos sugieren que el creciente activismo judicial a campos regulatorios y el consiguiente abandono de categorías clásicas del derecho debería dar lugar también a una creciente recepción de argumentos y demostraciones de la economía en el campo de las decisiones judiciales. Sin embargo, quiero mostrar que en aquellos casos (que denomino) simples, donde no están presentes aquellos elementos que probablemente deberían hacer más permeable los argumentos económicos frente a los tribunales, todavía el enfoque económico de la ley es de utilidad. Solo me limitaré a ilustrar mi argumento por medio del modelo simple de economía de los procedimientos.

V. EL CASO SIMPLE Y LA UTILIDAD DEL ENFOQUE ECONÓMICO

La mayor parte de los litigios son simples, no generan demasiados efectos externos de importancia, las soluciones son claras y se llevan adelante ante tribunales inferiores y jueces formados en la tradición formalista. Sin embargo, el abogado formado en AED cuenta todavía con una poderosa herramienta analítica que le permite conocer mejor los problemas y, si logra traducir sus conclusiones al lenguaje legal, puede ganar en persuasión y tomar mejores decisiones estratégicas.

El aporte de la AED a las capacidades analíticas del abogado práctico constituye un tema que requiere un trabajo más extenso. Ciertos modelos o herramientas del AED pueden ordenar el razonamiento del abogado de un modo que le permita pensar mejor problemas legales. El abogado de litigios puede usar economía, por ejemplo, para comprender los elementos conflictivos y cooperativos de un problema legal, explotando ambos a favor de su cliente. Puede, también, mostrar problemas de consistencia interna de una regla legal, aun cuando los términos empleados en la descripción de la regla no sean económicos. Ante ello un juez formalista debería ser especialmente sensible. Puede mostrar que determinada regla legal no es consistente con sus propios fines u otras reglas desde un punto de vista funcional, entre otras funciones analíticas que deberían incrementar el potencial analítico y por lo tanto persuasorio del abogado litigante aun en casos privados y simples.

La naturaleza formal del razonamiento permite o podría permitir ordenar el razonamiento del abogado de un modo que pueda potenciar su capacidad analítica frente a un caso. Veamos el caso de la economía del litigio. Una vez que el abogado conoce economía del litigio, puede valorar con mayor precisión el valor actual de la demanda o el valor de la amenaza de demanda, si actúa por la parte demandada. Conocer el valor actual de la demanda o amenaza de demanda debería tener impacto (por lo menos) en la cantidad de recursos que es conveniente gastar en litigio, en la conveniencia de arreglar o litigar, y en los valores plausibles que pueden o deberían manejarse en una negociación. En tanto el modelo no sólo muestra el valor actual de la demanda, sino también el

componente que afecta el mismo, las partes pueden tomar decisiones estratégicas que permitan mejorar la posición relativa de su cliente frente a la contraparte.

El valor actual de un pleito, por ejemplo, en su forma simple, contempla los siguientes elementos: el valor estimado de la sentencia (J), la probabilidad de ganar el pleito (P), los costos del arreglo judicial (S), las diversas variables que conforman el costo de litigar (C), como el tiempo estimado del juicio y la tasa de interés judicial, entre otros. Mucha de la información necesaria para medir mejor el valor actual de la demanda es típicamente legal, pero el modelo puede acomodar esa información, ordenando ésta y mejorando eventualmente no sólo la predicción del caso, sino también la estrategia.¹⁸

En otros términos, es fundamental para el abogado conocer el valor actual del pleito (o de la amenaza), sea cuando representa al actor o al demandado. Éste depende de multiplicar el valor estimado de la sentencia por la probabilidad de que se obtenga un resultado favorable (o desfavorable en el caso del demandado). Se debe contemplar además los costos asociados al litigio, como el costo de la prueba, el costo de acceder a los tribunales, pagar estudios adicionales y tomar en cuenta los costos asociados a arreglar el pleito, actividad que en algunos casos dista de ser gratuita. Por otra parte, un análisis sofisticado del valor actual del pleito debería tomar en cuenta el tiempo probable de duración del pleito (lo que requiere de conocimiento propiamente legal) y la tasa de interés judicial a los fines de compararla con la tasa de interés de mercado que expresa el costo de oportunidad del uso del dinero.¹⁹ Es evidente que esa información, en los hechos, es muy importante si es abogado de la parte demandada, en tanto muestra la conveniencia relativa de dilatar un pleito, aun en casos donde la probabilidad de que se rechace la demanda es muy alta.²⁰

Estos datos usualmente están presentes en el análisis cotidiano de los abogados de litigios aun en los casos más complejos, ya que es frecuente que el cliente pregunte por el resultado de la sentencia, la probabilidad de que se obtenga (o se rechace la misma), los costos asociados a litigar, como el precio de los honorarios, tasa de justicia y otros, y el valor o efecto que tiene el tiempo en el valor del pleito. Este ejemplo ilustra el modo en el cual aun en procesos privados (donde no hay efectos para terceros), la teoría económica permite

¹⁸ Aun cuando es probable que los buenos abogados (por experiencia artesanal) sean buenos para medir el valor actual de las sentencias con independencia del conocimiento del modelo. Para una presentación detallada de este modelo y otros más completos, véase Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law* (California: Stanford University Press, 2004), págs. 248 y ss.

¹⁹ Entonces, hay pleito cuando: $P_p J - C + S > P_d J + C - S$. Esto puede escribirse también como $(P_p - P_d) J > 2(C - S)$. Si las partes están de acuerdo en que el actor gane el pleito, el miembro izquierdo de la segunda desigualdad será igual a cero y hay incentivos para arreglar en tanto el litigio es más costoso que el arreglo. El modelo supone neutralidad al riesgo, es decir, que a las personas les da lo mismo una probabilidad del 50 % de ganar \$ 1000, que ganar \$ 500. Pero esta simplificación no afecta la sustancia del análisis.

²⁰ Ver Hugo Acciarri, Andrea Castellano y Andrea Barbero, “¿Tomar un préstamo o demorar un juicio? Análisis económico de los efectos de la tasa de interés sobre la demora judicial”, *RIIM* 47 (2007), págs.17 y ss.

ordenar información legal cotidiana y operar con mayor eficacia y precisión en los litigios ordinarios.

Conocer formalmente estas relaciones permite al abogado ofrecer mejores predicciones aun cuando las consideraciones que emplee para valorar esas variables sean internas o formalistas. Si usted es abogado del actor, por ejemplo, debería estimar el valor de la sentencia multiplicada por la probabilidad de ganar, lo cual depende, a su vez, de una estimación basada en conocimiento típicamente legal. El valor de la sentencia multiplicada por la probabilidad de obtener un resultado favorable constituye un dato que siempre debe ser tenido en cuenta por el abogado de litigios.

Por ejemplo, es una implicancia del modelo que los litigios, cuando las reglas son correctas, derivan de que ambas partes son optimistas respecto del resultado del pleito: el actor, por ejemplo, estima una alta probabilidad de ganar y un valor alto de la sentencia, mientras que el demandado estima lo opuesto. Hay dos casos donde esto es muy probable: cuando la ley no es clara (de modo que la diferencia de estimación es más probable) y cuando no hay buena información respecto de la calidad de la demanda o defensa de la otra parte. En un caso simple, solo esta última consideración es relevante, y es evidente que al momento de negociar el abogado debería (y eso sucede con frecuencia) incrementar el valor de su pretensión hasta el punto máximo en el que sea creíble, para obtener mejores resultados en un eventual acuerdo. El actor, por ejemplo, en un caso de daños, debería exagerar la extensión del perjuicio, y la demandada debería exagerar las medidas de seguridad o precaución (siempre que la regla jurídica sea de culpabilidad) o bien minimizar las expectativas de cobro. Esto explica perfectamente bien lo que de hecho sucede en las etapas de negociación, pero el abogado formado en economía del litigio puede mejorar su desempeño comprendiendo mejor las variables que cuentan en un pleito.

En tanto el pleito, en su forma simple que estamos analizando, es en general producto de información privada (no revelada) que hace que ambas sean optimistas respecto del pleito (el producto de P y J). Cuando el tiempo juega en forma contraria a la demanda del actor, éste podría optar por mostrar rápidamente la información privada o instar alguna forma privada de “descubrimiento” (análogo a la primera audiencia americana) y ello podría evitar costos privados y sociales en litigios. Iguales consideraciones son aplicables al caso del demandado.

Una de las partes, sobre todo la actora en algunos pleitos, podría explotar al máximo ciertas facilidades que otorga la ley a quien demanda. Un ejemplo es el caso del proceso laboral en Argentina, donde al menos la mitad de las pruebas de la actora las paga el demandado con independencia del resultado, y esto puede emplearse (hasta cierto grado) haciendo más costoso el pleito para la demandada y forzando un arreglo con independencia (relativa, que puede ser mejor examinada desde la economía) del contenido sustantivo del pleito y la ley. La parte demandada, por ejemplo, aun si no tiene muchas expectativas de obtener un rechazo de la demanda, debería estimar el tiempo probable del pleito con la tasa judicial, ya que demorar puede ser (y con frecuencia lo es) algo análogo a un préstamo a muy baja tasa de interés.

VI. CONCLUSIÓN

En este trabajo expliqué brevemente los usos más frecuentes del AED, para que los lectores no familiarizados con la disciplina conozcan algunas de las ventajas de su empleo en el campo académico. Luego mostré cómo el AED puede mejorar el desempeño del abogado practicante. Más precisamente, sugerí algunos elementos que deberían hacer más admisible el enfoque económico del derecho ante los tribunales, para luego mostrar, apelando al modelo económico básico del derecho de procedimientos, cómo el AED puede incrementar la capacidad analítica del abogado.

LOS LÍMITES DEL PREFERENCIALISMO POLÍTICO

Nicolás Maloberti¹

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo al enfoque del liberalismo lockeano, los individuos tienen derechos naturales (o pre-políticos) de propiedad sobre el uso de sus personas y objetos externos, y derechos de *enforcement* para prevenir, corregir y sancionar las violaciones de esos derechos. Uno podría pensar que esta concepción de los derechos individuales es enteramente compatible con un Estado que actúa dentro del espacio moral creado por tales derechos. El problema es que no es sencillo advertir la forma en que esto sería posible. El Estado amenaza con penas y sanciones a los habitantes del territorio sobre el cual ejerce su dominio con el fin evitar el ejercicio privado de los derechos de *enforcement*. Por ejemplo, el Estado prohíbe a los individuos infligir castigos *justos* a aquellos que hayan violado sus derechos. El Estado también impone impuestos para financiar los costos involucrados en la provisión colectiva de esos servicios de *enforcement* cuya provisión privada no es permitida. Pero si se considera que los individuos tienen derechos de propiedad y de *enforcement* antes de la existencia del Estado, ¿cómo podrían los funcionarios públicos adquirir un derecho a monopolizar la administración de justicia y protección, y prohibir a los individuos contratar estos servicios entre sí, algo que parecería encontrarse dentro de la esfera de sus derechos morales? Si, en ausencia de Estado, los individuos están moralmente autorizados a asignar cualquier proporción de sus recursos para el ejercicio de sus derechos de *enforcement*, ¿cómo podría el Estado adquirir un derecho a obligar a los individuos, por medio de impuestos, a asignar una parte determinada de esos recursos para tal fin?

Algunos autores prefieren creer que este desafío explicativo que el liberalismo lockeano enfrenta es una prueba de la incoherencia de asumir que los individuos tienen cierto tipo de derechos fundamentales previos a la existencia del Estado. Pero esta perspectiva, a pesar de su popularidad, carece de toda fuerza persuasiva. Si los funcionarios públicos decidiesen poner fin a todas sus acciones, difícilmente negaríamos que los individuos estén autorizados a proveerse de protección por medios privados. ¿Por qué su capacidad de protegerse de agresiones injustificadas debería ser contingente de las decisiones tomadas por los funcionarios públicos? ¿Por qué los individuos deberían abstenerse de castigar a sus agresores cuando esa abstención los hará blancos más probables de futuros actos de agresión? Sostener que los individuos tienen ciertos derechos “naturales” básicos no es sostener una inverosímil tesis metafísica. Tampoco es sostener que esos derechos se encontrarían adecuadamente asegurados en la ausencia del Estado. Sostener que los individuos tienen ciertos derechos naturales básicos es sostener, meramente, que existen importantes consideraciones de orden moral que

¹ PhD en filosofía, Bowling Green State University. Fellow, Liberty Fund.

deberían regir las interacciones entre los individuos, y que la verdad o corrección de esas consideraciones no depende de su reconocimiento social o político. Por el contrario, la legitimidad de los ordenamientos sociales y políticos depende de la medida en que se observan esas consideraciones.

Las teorías liberales tradicionales de la legitimidad política pueden ser entendidas como abordando esta incompatibilidad *prima facie* entre una teoría plausible de los derechos individuales y la idea de un Estado legítimo. La comprensión más simplista de la teoría del contrato social establece la legitimidad del Estado, por ejemplo, en el poder normativo del individuo para transferir sus derechos de *enforcement* y una cierta parte de sus derechos de propiedad al Estado. De esta manera, el Estado legítimamente mantendría un monopolio sobre la administración de justicia (los individuos ya no tendrían los derechos de *enforcement* que han transferido) y el poder de imponer impuestos con el propósito de financiar los correspondientes servicios. Pero esta respuesta es evidentemente inadecuada. El Estado no está, y nunca ha estado, involucrado en el negocio de asegurar el consentimiento de sus ciudadanos. La naturaleza problemática del Estado parece derivarse, precisamente, de que les cobra impuestos para proteger sus derechos a todos los individuos, incluso a aquellos que no lo consintieron explícitamente.

Existen, sin embargo, otras respuestas además de la ofrecida por una visión simplista del contrato social, tales como aquellas basadas en el consentimiento implícito, en los acuerdos hipotéticos y un llamado “principio de equidad”. Cada una de esas teorías podría entenderse como una instancia de un proyecto más general: el proyecto del preferencialismo político. De acuerdo con el preferencialismo político, la justificación proporcionada por la infracción del Estado sobre los derechos naturales del individuo debe basarse en las preferencias de ese mismo individuo. De acuerdo a esta perspectiva, el elemento voluntarista que se considera prioritario para justificar las interacciones no-políticas de los individuos se encuentra también presente, aunque no sea evidente, en los acuerdos coercitivos que caracterizan al Estado.

II. EL CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO Y LAS CONSECUENCIAS MORALES DE LA ELECCIÓN

Imaginemos que entro en un restaurante. A mi llegada, su propietario no me pregunta si estoy dispuesto a pagar por mi cena. Después de comer, me es entregada la cuenta. Pero ahora sostengo que cuando ordené la cena no tenía la intención de pagar y que nunca he afirmado lo contrario. Por lo tanto, concluyo, no debería tener que pagar esa cuenta. Mi argumento no es convincente. Entendemos que, a pesar de la falta de cualquier acuerdo explícito, el propietario del restaurante tiene derecho a mi pago. Después de todo, yo sabía que se iba a esperar un pago a cambio, y tenía la opción de no ordenar la cena. Así, a pesar de que un individuo puede no haber expresado su acuerdo con las reglas que rigen ciertas actividades sociales, su mera participación en dicha actividad, junto con su conocimiento de la existencia de tales normas, nos ofrecen una razón válida para aplicar aquellas normas que

rigen la actividad. Es en este tipo de situación en la cual podemos sostener que la mera participación en la actividad constituye un acto de consentimiento *implícito*.

Es importante señalar que un acto de consentimiento implícito difiere de un acto de consentimiento explícito en un sentido significativo. En la realización de un acto de consentimiento implícito, el agente puede no tener la intención particular de ofrecer su consentimiento. Como es el caso en los actos de consentimiento explícito, el agente necesita ser consciente de las consecuencias normativas relevantes. Pero el acto en sí mismo no necesita realizarse con el propósito de indicar un acuerdo. Esta característica particular del consentimiento implícito parece justificar su estatus como una posible fuente de legitimidad política. Pues abundan aquellos que niegan explícitamente sus intenciones de consentir la existencia del Estado.

Tradicionalmente, la residencia permanente en el territorio en el que el Estado ejerce sus típicas funciones ha sido entendida como el acto de consentimiento implícito en el que podría descansar la legitimidad del Estado. La idea fue sugerida por Platón en el *Critón*. Más tarde, Hobbes, Locke y Rousseau harían también algún uso de ella. En la medida en que vivimos en el territorio sobre el cual el Estado ejerce su dominio, se puede alegar que disfrutamos de los beneficios que el Estado produce y, por lo tanto, que es moralmente admisible imponer a los individuos los correspondientes costos. De la misma manera en que ordenar y gozar de los beneficios de una cena permitiría al propietario del restaurante extraer nuestro dinero, vivir bajo un territorio sobre el cual se provee de protección y justicia permitiría al Estado imponer impuestos y monopolizar la administración de los servicios que sean necesarios. De la misma manera en que para el propietario del restaurante no importa si explícitamente niego mi disposición a pagar por la cena, no importa que neguemos explícitamente nuestra intención y voluntad de colaborar con el Estado.

Es evidente, sin embargo, que para que un acto de consentimiento implícito cuente como tal, debe haber algo que es posible hacer que no cuente como tal. En el caso del restaurante, creemos que el propietario tiene derecho al pago porque me es posible no ordenar la cena. Para evitar otorgar nuestro consentimiento implícito al Estado, deberíamos abandonar el territorio. ¿Pero no representa un problema el mero hecho de que, por lo menos en nuestros días, no podemos abandonar un Estado sin entrar a otro? Algunos creen que si esto es un problema, es fácilmente remediable. La solución consiste en la creación de un "territorio de disidentes," donde los individuos serían libres de la coerción del Estado.²

III. EL COSTO DEL DISENSO Y LA FALACIA DEL CONSENSO

La principal objeción contra un enfoque de consentimiento implícito es que, aunque tal vez posible, la opción de emigrar es significativamente costosa.

² Harry Beran, *The Consent Theory of Political Obligation* (London: Croom Helm, 1987), pág. 109.

Debido a este hecho, la residencia dentro del territorio no cumpliría las condiciones necesarias para contar como un acto de consentimiento. Pues no equivaldría a una acción de carácter genuinamente voluntario. Hume argumentó en estos términos. Preguntaba qué tan realista era considerar la opción de emigrar como una alternativa para aquellos a quienes las perspectivas de emigrar eran claramente indeseables.³ A. John Simmons ha reconocido que siempre podrían establecerse disposiciones para ayudar a los pobres a emigrar. Pero sostiene que no existen disposiciones para compensar el hecho de que las más valiosas "posesiones" de un hombre están necesariamente vinculadas a su país de residencia y no pueden tomarse de ella.⁴ Ronald Dworkin ofrece un argumento similar.⁵

A ciertos teóricos, sin embargo, esta línea de argumentación no les resulta convincente.⁶ Harry Beran, por ejemplo, nos presenta el siguiente caso.⁷ Una persona tiene una enfermedad que es fatal, a menos que se trate en un hospital. Los hospitales requieren que los pacientes observen ciertas normas. Pero a esta persona no sólo no le agrada estar en hospitales, sino que tampoco le agrada estar sujeto a reglas que él no ha tenido oportunidad de elaborar. ¿No es el acuerdo brindado por esta persona al hospital el resultado de su precaria situación? ¿Debemos, por lo tanto, concluir que el hospital no tiene derecho a hacerle observar sus reglas? O imaginemos que un paciente da a su médico el consentimiento para que se le realice una transfusión de sangre. ¿Debe el médico rechazar ese acto alegando que la alternativa de recibir la transfusión es demasiado costosa como para que el consentimiento del paciente tenga importancia normativa?⁸

El alto costo del disenso no pareciera ser una condición suficiente para invalidar el consentimiento otorgado. Esto tiene sentido. Si la grave situación en la que pueden encontrarse las personas les impidiera entablar acuerdos contractuales, les resultaría más difícil obtener ayuda para superar esas mismas situaciones. En tanto no exista coacción, los acuerdos motivados por la gravedad de las circunstancias son válidos, y no existe coacción cuando el consentimiento no es el resultado de una amenaza de daño formulada con el fin de lograr dicho consentimiento. Como sostiene Joseph Raz, "[t]he undesirable aspect of duress is not in the absence of choice but in the fact that it is engineered in order to extract the consent".⁹ Por lo tanto, siempre y cuando

³ David Hume, "Of the Original Contract", en *Hume's Ethical Writings*, editado por Alasdair MacIntyre (New York: Collier-Macmillan, 1965), pág. 263.

⁴ A. John Simmons, *Moral Principles and Political Obligations* (Princeton: Princeton University Press, 1981), pág. 99. Para una discusión sobre la importancia de los lazos familiares y culturales, véase Anthony D. Woosley, *Law and Obedience* (Chapel Hill: U. North Carolina Pr. 1979), págs. 106-108.

⁵ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), pág. 193.

⁶ Véase, por ejemplo, Beran, *The Consent Theory of Political Obligation*, págs. 103-107; Joseph Tussman, *Obligation and the Body Politic* (New York: Oxford University Press, 1960), pág. 38; Margaret Gilbert, "Agreements, Coercion, and Obligation", *Ethics* 103 (1993): 679-706; y Margaret Gilbert "Reconsidering the 'Actual Contract' Theory of Political Obligation", *Ethics* 109 (1999): 236-260.

⁷ Beran, *The Consent Theory of Political Obligation*, págs. 103-107.

⁸ Bernard Boxill, "On Some Criticisms of Consent Theory", *Journal of Social Philosophy* 24 (1993): 81-102, pág. 89.

⁹ Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986), pág. 89.

el Estado no coaccione el acto de consentimiento, y este no sería el caso si los individuos son libres de salir del territorio, se podría concluir que el Estado actúa de una forma tan legítima como lo hacen los hospitales.

Podríamos querer responder que existe una diferencia moralmente relevante entre el anterior tipo de casos, y casos en los que se explota la vulnerabilidad de una persona, incluso cuando no se es responsable de la situación de vulnerabilidad que enfrenta esa persona. Difícilmente podamos sugerir que es legítimo hacer cumplir un contrato que firmo en el desierto con un viajero extraviado, y sediento, por el cual intercambio unas de mis botellas de agua a cambio de un millón de dólares. Podríamos también querer explicar por qué éste es el tipo de caso pertinente para el caso de la legitimidad política.¹⁰ Sin embargo, si nos vemos tentados a argumentar de esa forma, fallaremos en apreciar el defecto fundamental de un enfoque basado en el consentimiento implícito. Pues el costo del disenso no es realmente lo que importa. La fuerza normativa del consentimiento implícito parece derivarse de un principio más general que sostiene, de una forma aproximada, que las personas son responsables de las consecuencias de sus acciones.¹¹ Si sabemos que nuestra acción llevará a otros individuos a actuar de determinadas maneras, y nosotros decidimos realizar dicha acción, podríamos ciertamente pensar que no existe nada moralmente objetable si esos otros individuos deciden actuar de la forma en que pudimos anticipar. Pero es claro que este razonamiento es persuasivo sólo si el agente no tiene un derecho moral previo a hacer aquello que llevará a los otros a actuar de determinadas maneras. Si tal no es el caso, es decir, si el agente tiene un derecho moral previo a hacer la cosa en cuestión, el argumento que funda la permisibilidad moral de las consecuencias en dicha acción es claramente falaz.

La analogía entre el caso del restaurante y el caso del Estado es así inadecuada. En el caso del restaurante, podemos ciertamente estar obligados a pagar la cena si sabíamos que el restaurante esperaba un pago a cambio. Pero sin lugar a dudas, el restaurante no puede obligarnos a pagarle por una cena que preparamos en nuestra propia casa, incluso si el restaurante nos hubiese comunicado que ésa era su expectativa, y que nuestro cocinar se tomaría como un acto de consentimiento implícito. Como sugiere John Bennett, en general, uno no puede hacer algo un signo de consentimiento implícito a menos que uno tenga el derecho a impedir a los demás que realicen efectivamente ese signo.¹² Bennett explica que esta condición no se aplica si la acción en cuestión no tiene importancia para las personas independientemente de su posible papel como un signo de consentimiento, tal como levantar la mano en ciertos contextos bien definidos. En cualquier caso, la residencia en un territorio dado es sin duda algo de importancia para las personas aparte de

¹⁰ Véase, por ejemplo, A. John Simmons, *On the Edge of Anarchy* (Princeton: Princeton University Press, 1995), págs. 236-246; y Jeffrey G. Murphy, "Consent, Coercion, and Hard Choices", *Virginia Law Review* 67 (1981): 79-95.

¹¹ Véase Raz, *The Morality of Freedom*, págs. 94-95.

¹² John G. Bennet, "A Note on Locke's Theory of Tacit Consent", *The Philosophical Review* 88 (1979): 224-234, págs. 227-229. Para un argumento similar sobre la deficiencia de un enfoque basado en el consentimiento implícito, véase Lea Brilmayer, "Consent, Contract, and Territory", *Minnesota Law Review* 74 (1989): 1-35. Curiosamente, tanto críticos como defensores contemporáneos del consentimiento implícito han invariablemente ignorado la contribución de Bennet y Brilmayer.

su papel como un signo de consentimiento implícito. Por lo tanto, al contrario de lo que parece asumir tanto Hume como varios autores contemporáneos, la residencia permanente no cuenta como un acto válido de consentimiento implícito *incluso si la emigración no fuese costosa*. El Estado podría tomar la residencia como un signo válido de consentimiento implícito, sólo si los individuos no tuviesen un derecho anterior a vivir en el territorio libre de interferencias coercitivas. Pero, de acuerdo con el liberalismo lockeano, los individuos tienen derechos de propiedad y de *enforcement* que implican precisamente ese tipo de protección moral.

IV. LEGITIMIDAD POLÍTICA Y ACUERDOS HIPOTÉTICOS

En la historia de la filosofía política, se han hecho variados intentos para proporcionar una respuesta al problema de la legitimidad política haciendo uso de la noción de acuerdo hipotético. De acuerdo con esta perspectiva, lo que importa no es si los individuos han realmente consentido la existencia del Estado, sea explícitamente o implícitamente, sino más bien si consentirían si tuviesen la oportunidad de hacerlo. El habitual mito de un contrato original entre los individuos para crear el Estado es sin duda mejor entendido en estos términos, y no en términos históricos.

Algunos autores han expresado sus dudas, sin embargo, sobre la fuerza normativa de un acuerdo que nunca tuvo lugar.¹³ Hay ciertos casos en los cuales este escepticismo sobre la noción de acuerdo hipotético está completamente justificado. Cuando de hecho hacemos algo, creamos ciertas expectativas en los otros, y aquellos otros, como consecuencia de nuestras acciones, podrían tener derecho a ver sus expectativas cumplidas. Pero nosotros no podemos ser considerados responsables de las expectativas de los otros, si de hecho no hemos actuado de esa manera. Sin embargo, por otro lado, la noción de acuerdo hipotético sí pareciera tener alguna fuerza normativa en cierto tipo de casos. Incluso Dworkin, cuya crítica al contractualismo hipotético ha sido citada repetidamente, estaría de acuerdo con esto. Dworkin presenta el ejemplo de un médico que piensa que hay motivos para pensar que un hombre inconsciente y sangrando daría su consentimiento a una transfusión si él estuviese consciente.¹⁴ Dworkin afirma que en este caso, el hecho de que el paciente podría dar su consentimiento al procedimiento es extremadamente relevante para establecer la moralidad de la decisión del médico. Esto es porque el acuerdo hipotético del paciente puede mostrar que su voluntad no es contrariada.

Podemos entonces formular la siguiente tesis: un acuerdo hipotético no tiene ninguna fuerza normativa cuando hay pruebas claras de que se contradice la voluntad real de la persona, pero tiene tal fuerza cuando hay claras pruebas de lo contrario. Además, para que una apelación a la noción de acuerdo hipotético sea relevante, no debe ser posible asegurar el

¹³ Véase, por ejemplo, Ronald Dworkin, "The Original Position", en *Reading Rawls*, editado por Norman Daniels (New York: Basic Books, 1976), págs. 17-18; y Raz, *The Morality of Freedom*, pág. 81.

¹⁴ Dworkin, "The Original Position", pág. 18.

consentimiento real debido a la existencia de altos costos, a la urgencia de la situación o a una incapacidad irrevocable para la comunicación. Después de todo, si un individuo pudiese fácilmente expresar su consentimiento y no lo ha hecho, la razón por la cual esto es así podría ser simplemente que no está dispuesto a hacerlo. Así, en la evaluación de la plausibilidad de este sencillo principio de acuerdo hipotético como principio de legitimidad política, deberíamos primero preguntarnos si, de hecho, se cumple esta condición sobre la imposibilidad de asegurar el consentimiento real.

Se podría argumentar que cuando se trata del Estado, asegurar el consentimiento real es imposible por razones muy diferentes a las del ejemplo del paciente. La idea sería que los individuos, frente a la oportunidad de dar su consentimiento, no tienen una estructura de incentivos apropiada, capaz de motivar tanto el acuerdo real como el desacuerdo. Teniendo en cuenta el tipo de beneficios abiertos, o no excluibles, que proporciona el Estado, cada individuo podría verse tentado a rechazar el Estado, incluso sabiendo que esto podría producir un resultado que es menos preferido, con el objetivo de ahorrarse los correspondientes costos. Paradójicamente, la oportunidad para dar su consentimiento a una determinada propuesta podría llevar a los individuos a rechazar la propuesta, a pesar de que a ninguno de ellos les gustaría ver la propuesta rechazada. Al menos en ese sentido, podría entonces ser cierto que no es posible obtener el consentimiento real al Estado por parte de los individuos. Si nos interesa que los individuos puedan hacer aquello que realmente quieren hacer, deberíamos sin dudas detener a una persona que intenta cruzar un puente inseguro si no existió la posibilidad de prevenir a dicha persona del peligro que corre. Pues, después de todo, podemos asumir que esa persona, al intentar cruzar el puente, no quiere realmente caer al vacío. Del mismo modo, podría tener sentido restringir el conjunto de acciones abiertas a las personas y así evitar que caigan en resultados colectivamente irracionales, es decir, en situaciones en las que las personas no pueden hacer lo que realmente quieren.

Pero a pesar de que es cierto que los individuos podrían enfrentar este tipo de problema de acción colectiva, es totalmente claro que la condición central establecida por el principio de acuerdo hipotético no se satisface: la coherencia con la voluntad individual. Simplemente, no es plausible asumir que todos los individuos que explícitamente niegan su acuerdo al Estado otorgarían dicho acuerdo si no enfrentasen el problema de acción colectiva en cuestión. En otras palabras, es inverosímil creer que la negativa de todos ellos surge de algún tipo de razonamiento estratégico. Por lo tanto, aunque una apelación a un acuerdo hipotético podría proporcionar una justificación para las infracciones del Estado cuando se realizan contra los derechos de algunos individuos, es absolutamente inadecuada cuando se trata de justificar su existencia frente a aquellos que genuinamente la cuestionan.

V. EL HIPOTETICALISMO DOBLE

Quizás es precisamente debido a ese problema anterior que las teorías contractualistas contemporáneas han tendido a ser “doblemente” hipotéticas.¹⁵ Se dice que la pregunta que debemos hacernos no es si los individuos otorgarían su consentimiento al Estado. La pregunta que debemos hacernos es si los individuos darían su consentimiento si fuesen diferentes en algún aspecto relevante. Los individuos que cuentan para el contractualismo contemporáneo no son los individuos reales, sino alguna forma idealizada de ellos. Aquello que los individuos reales podrían o no acordar es irrelevante a la hora de evaluar la moralidad del Estado.

Una posibilidad es sostener que el acuerdo hipotético que cuenta es el acuerdo otorgado por personas “razonables”. Así, no deberíamos preguntar si los individuos otorgarían su consentimiento al Estado. Deberíamos preguntar si esos individuos otorgarían ese consentimiento si fuesen razonables. Thomas Nagel parece apoyar este punto de vista. Nagel afirma que la búsqueda de legitimidad política “...can be thought of as an attempt to realize some of the values of voluntary participation, in a system of institutions that is unavoidably compulsory”.¹⁶ ¿Cómo podemos hacer eso? Mostrando que “...it would be unreasonable [for the individuals] to reject the option of living under such a system, even though the choice cannot be offered”.¹⁷

Sin embargo, el hecho de que no sería razonable para los individuos rechazar la opción de vivir bajo los “dominios” del Estado no parece ser una respuesta adecuada a la pregunta de la legitimidad política. Uno piensa que la respuesta adecuada estaría constituida por las consideraciones que determinan que esa opción sea razonable. Es decir, si los tipos de objeciones que aquellos individuos que disienten con la existencia del Estado son objeciones no razonables, debería haber una razón por la cual esto es así, y esa razón debería ser diferente de la que sostiene que individuos razonables no formularían ese tipo de objeciones. Precisamente, ¿por qué no sería razonable rechazar el Estado? Nagel no es muy preciso en este punto.¹⁸ Pero podríamos imaginar que él nos da una respuesta precisa. Si esto es así, podríamos pensar que esta respuesta constituiría la solución al problema de la

¹⁵ Fred D'Agostino, “Contemporary Approaches to the Social Contract”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2003 Edition)*, editado por Edward N. Zalta, disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2003/entries/contractarianism-contemporary>.

¹⁶ Thomas Nagel, *Equality and Partiality* (Oxford University Press, 1991), pág. 36.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Nagel sostiene que un sistema legítimo es aquel que reconcilia principios de imparcialidad con principios de parcialidad razonable. Sin embargo, Nagel mismo reconoce que él está más interesado en explicar aquello que entiende como el problema central de la política y por qué es tan difícil encontrar una solución, que en proveer esa solución. Nagel también reconoce que aquello que puede ser rechazado de una forma razonable es un asunto moral ‘all the way down’ (p. 39). Como varios autores han notado, si esto es así, no es claro por qué no podríamos apelar a esas razones de una forma directa, evitando las referencias a aquello que personas razonables harían o dejarían de hacer. Sobre este punto, véase Judith Jarvis Thompson, *Realm of Rights* (Cambridge: MA: Harvard University Press, 1990), pág. 30; y Philip Pettit, *The Common Mind* (Oxford: Oxford University Press, 1993), pág. 302.

legitimidad política, y ningún papel significativo se dejaría para la noción del acuerdo hipotético entre personas razonables. De todas maneras, independientemente de si la noción de razonabilidad proporciona alguno tipo de fundamento para un principio moral capaz de proporcionar los cimientos morales para el Estado, debemos primero especificar cuál es ese principio, y una simple apelación a la razonabilidad de los agentes no es de gran ayuda en esta tarea.

Otra posibilidad dentro de la perspectiva del hipotetismo doble es comprender la noción de acuerdo hipotético en términos del acuerdo dado por las contrapartes racionales de los individuos, donde dichas contrapartes se definen meramente como agentes que buscan maximizar la satisfacción de sus preferencias personales.¹⁹ Entonces, de acuerdo a esta alternativa, la pregunta que deberíamos hacernos es, básicamente, si los individuos estarían de acuerdo con la existencia del Estado si les preocupase la maximización de su propio bienestar subjetivo, y si serían capaces de entender las relaciones causales relevantes.

Sin duda, una respuesta positiva a esa pregunta estará basada en una concepción particular de la naturaleza de la situación anárquica. Sin embargo, parecería que, sin importar cuál fuese esa concepción, una afirmación general sobre la racionalidad de consentir al Estado es bastante inverosímil. Como Gregory Kavka reconoce, incluso asumiendo una concepción bastante aceptada, aunque no incontrovertible de la anarquía como un estado de guerra, la aceptación del Estado no será racional para las personas con "...extremely atypical personal characteristics, attitudes towards risk, or aversions to peace and compromise".²⁰ De cualquier manera, ésta no es la objeción más fundamental que puede realizarse a una idealización en términos racionales de los agentes contractuales. Si pensamos en la interpretación "histórica" de este enfoque, su problema fundamental no es que ese contrato histórico nunca tuvo lugar, sino que incluso si lo hubiese tenido, no sería válido para justificar la trasgresión de los derechos de aquellos que no formaron parte del mismo. Del mismo modo, la objeción más fundamental contra una idealización racional del principio de acuerdo hipotético no es que individuos racionales no otorgarían necesariamente su acuerdo al Estado. La objeción más fundamental es que la racionalidad del acuerdo no puede constituir una base suficiente como para justificar la infracción de los derechos de aquellos individuos que no actúan de acuerdo a esos criterios de racionalidad.

El hecho de que individuos racionales darían su consentimiento al Estado implica que aquellos que no están dispuestos a hacerlo serán considerados como agentes irracionales. Sin embargo, si estamos comprometidos con el valor de la soberanía individual, tal como lo está el liberalismo lockeano, ciertamente negaríamos que la irracionalidad por sí misma conlleve la falta de

¹⁹ En palabras de Christopher Morris, "a form of political organization (e.g., a state) is to be justified by being shown to be the outcome of the rational agreement of the individuals". Christopher Morris, *An Essay on the Modern State* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), pág. 151. Véase también Gregory Kavka, *Hobbesian Moral and Political Theory* (Princeton: Princeton University Press, 1986); Jean Hampton, *Hobbes and the Social Contract Tradition* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986); y James Buchanan, *The Limits of Liberty. Between Anarchy and Leviathan* (Chicago: University of Chicago Press, 1975).

²⁰ Kavka, *Hobbesian Moral and Political Theory*, pág. 199.

un derecho a no ser tratado en cierta manera. No sería racional para mí fumar si el disvalor que asigno al efecto perjudicial sobre mi salud es mayor que el valor que asigno al placer de fumar. Pero mientras que mis acciones no impliquen o produzcan la violación de los derechos de otras personas, mi mera irracionalidad no parecería ser suficiente para justificar una prohibición.

Se podría argumentar que obligar a los individuos a ser racionales, cuando de lo que se trata es de una concepción meramente instrumental de la racionalidad, no es el peor caso de paternalismo. Pues no existe la intención de desconocer las preferencias reales de los individuos, sino sólo sus creencias con respecto a los medios adecuados para satisfacerlas. Esto es cierto. Pero ser capaces de vivir nuestra vida de acuerdo a nuestra propia comprensión de las relaciones de causa y efecto que operan en el mundo no es un asunto menor. Se puede desconocer nuestros deseos, o se puede desconocer la forma en que elegimos para satisfacerlos. De cualquier manera, perdemos el control sobre la forma en que deseamos vivir nuestras propias vidas, y la razón básica subyacente en una cesión de derechos individuales es, precisamente, proporcionar a los individuos un control discrecional sobre cómo vivir.

A veces se afirma que la referencia a un hipotético acuerdo entre agentes racionales debe entenderse teniendo simplemente un valor heurístico o metafórico. Se afirma que las descripciones acerca de cómo una persona racional daría su consentimiento a la existencia del Estado no deben entenderse como teniendo pertinencia normativa directa, sino como un método indirecto de expresar aquello que es normativamente relevante. Se nos dice que nosotros podríamos afirmar, como sostiene Christopher Morris, simplemente que los Estados "...are to be justified in terms of how they benefit people; ideally, then, they are to be cooperative ventures for mutual advantage".²¹ La historia sobre cómo individuos racionales consentirían a la existencia del Estado simplemente nos indica que el Estado es mutuamente ventajoso, y esto es lo normativamente relevante. Aquello que importa es si el Estado es mutuamente ventajoso o no; en otras palabras, si la condición anárquica es ineficiente en términos de Pareto. Pero esta comprensión metafórica del contractarismo nos remite a los problemas que la idealización por medio de agentes racionales suponía resolver. Si no era plausible suponer que un anarquista daría su consentimiento al Estado si él tuviese la oportunidad, sería igualmente inverosímil creer que la existencia del Estado lo beneficia en términos netos, o al menos no lo perjudica, de acuerdo con su propia concepción del mundo.

Buchanan sostiene, "...institutional arrangements that incorporate or allow for the coercive overriding of individual values do not find ready legitimation in the contractarian...framework".²² Morris nos dice, "[s]tates stand condemned to the extent that they satisfy the ends of some at the expense of others".²³ ¿Cómo, de acuerdo a ese criterio, podría el Estado coaccionar de una

²¹ Morris, *An Essay on the Modern State*, pág. 7.

²² James Buchanan, "Political Economy and Social Philosophy", in *The Collected Works of James M. Buchanan Vol. 17* (Indianapolis: Liberty Fund, 2001), pág. 250.

²³ Morris, *An Essay on the Modern State*, pág. 7.

²⁴ Véase, especialmente, H. L. A. Hart, "Are There Any Natural Rights?", *Philosophical Review* 64 (1955): 175-191; John Rawls, "Legal Obligation and the Duty of Fair Play", in *Law and Philosophy*, editado por Sydney Hook, *A Symposium* (New York University Press, 1964), págs.

manera permisible a los individuos que no dan su consentimiento? La apelación a la noción de un acuerdo entre individuos racionales podría proveer una respuesta. Pero esa misma respuesta termina sacrificando aquello que inicialmente es atractivo desde la perspectiva del liberalismo Lockeano: su compatibilidad con el compromiso por la soberanía individual.

VI. LA INJUSTICIA DEL *FREE RIDING*

Podríamos creer que un enfoque basado en el llamado "principio de equidad" representa una alternativa a las deficiencias de los anteriores enfoques.²⁴ Pues mientras que para esas teorías la permisibilidad del Estado se sustenta en las elecciones de los individuos, ya sean reales o hipotéticas, para un enfoque basado en el principio de equidad la legitimidad del Estado descansa en la mera recepción de beneficios. La idea central del principio de equidad es que quienes incurren en costos en el proceso de producción de un bien adquieren un derecho a una contribución similar contra quienes se benefician de ese bien.²⁵ El fundamento de este principio parece ser la idea básica de que los individuos no deben conferirse privilegios especiales a ellos mismos cuando carecen de una base para hacerlo.²⁶ Esto es lo que hacen los *free-riders*. Se dan un trato preferencial injustificado a ellos mismos. Al recibir los beneficios sin tener una disposición para pagar por ellos, se confieren a ellos mismos un privilegio que necesariamente deben negar a otros para que sea posible.

Pero es claro que, así formulado, el principio de equidad sería vulnerable a serias objeciones. Hay dos tipos de casos que una versión plausible del principio no debería incluir. En primer lugar, cuando otros deciden beneficiarnos con ninguna expectativa de recibir a cambio una contribución, no adquirimos la obligación de hacer dicha contribución. En virtud de la ausencia del tipo correcto de expectativas, los beneficios que se confieren son meros regalos. En segundo lugar, incluso en presencia de expectativas de retribución por parte de los demás, no toda persona que se beneficia de las costosas iniciativas de los otros puede ser forzada a contribuir en la producción de tales prestaciones. Otros pueden decidir comprar costosos regalos para nosotros. Esto puede resultar en una obligación de expresar gratitud. Pero no otorga a ellos un derecho a obligarnos a comprar regalos igualmente costosos para ellos más

3-18; y George Klosko, *The Principle of Fairness and Political Obligation* (Lanham, MD: Rowman and Littlefield Publishers, 2003).

²⁵ Hart sostiene, "When a number of persons conduct any joint enterprise according to rules and thus restrict their liberty, those who have submitted to these restrictions when required have a right to a similar submission from those who have benefited by their submission". Hart, "Are There Any Natural Rights?" págs. 185-186. Como se ha señalado con posterioridad, no es enteramente claro que tan esencial es la referencia a la conducta gobernada por reglas. Tampoco es clara la importancia de la naturaleza cooperativa del acuerdo en cuestión. Sobre esto, véase Simmons, *Moral Principles and Political Obligation*, págs. 105-106.

²⁶ Véase Garret Cullity, "Moral Free Riding", *Philosophy and Public Affairs* 24 (1995): 3-34; A. John Simmons, "Fair Play and Political Obligation: Twenty Years Later", en su *Justification and Legitimacy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), págs. 27-42; y George Klosko, *The Principle of Fairness and Political Obligation*, pág. 34.

tarde, incluso si realmente así lo esperaban. Así, parecería que en ausencia de cualquier acuerdo anterior, si aquellos que han incurrido en los costos de producción podrían habernos fácilmente excluido de los beneficios de sus esfuerzos, no estamos obligados a contribuir en el esfuerzo de producción. Por lo tanto, como muchos han señalado, cualquier versión plausible del principio de equidad tendría que limitarse a un tipo particular de bienes: bienes no excluibles, es decir, bienes que una vez que se producen no es posible, o al menos es muy costoso, evitar que aquellos que no han contribuido en su producción disfruten de sus beneficios.²⁷ Después de todo, ¿por qué deberíamos contribuir a pagar los beneficios que no hemos buscado, si quienes decidieron producirlos no se molestaron en incurrir en los correspondientes costos de exclusión?²⁸

Cuando se trata de la evaluación de la moralidad del Estado, la idea entonces sería la siguiente. Si los individuos fuesen a organizar un sistema de protección tal como el que brinda el Estado de una manera puramente voluntaria, los beneficios de tales acuerdos podrían no ser totalmente excluibles. Si tal fuese el caso, resultará rentable para algunos individuos retirar sus contribuciones y gozar de esos beneficios de una forma gratuita. Frente a ese escenario, coaccionar a todos los individuos podría ser necesario para evitar un resultado ineficiente en términos de Pareto, como sostienen los contractualistas. Pero ésta no es la razón esgrimida por el principio de equidad para justificar la transgresión característica de los derechos individuales por parte del Estado. La razón es que dicha infracción es necesaria para evitar la apropiación oportunista de los frutos de las contribuciones ajenas, independientemente de si este oportunismo pondría en peligro la estabilidad del régimen cooperativo o no.

Como ya señaló Nozick, sin embargo, es preciso añadir una condición adicional: “[a]t the very least one wants to build into the principle of fairness the condition that the benefits to a person from the actions of the others are greater than the costs to him of doing his share”.²⁹ Ciertamente, no es moralmente admisible para mis vecinos, por ejemplo, forzarme a contribuir a su sistema de entretenimiento público si los días de entretenimiento suministrados por ellos no me generan tanto beneficio como el costo en el que tengo que incurrir para formar parte de su sistema.³⁰ Para que el principio de equidad tenga aplicación, debemos beneficiarnos en un sentido estricto, es decir, en el sentido en que consideramos que el resultado de ese acuerdo vale el costo que tendríamos que pagar (incluyendo el costo de oportunidad). Pues no puede decirse, en ningún sentido significativo, que aquellos que no consideran que los beneficios que reciben valgan el costo de su producción se confieren algún tipo de

²⁷ Véase John Rawls, “Legal Obligation and the Duty of Fair Play”, pág. 10. Ver también Richard Arneson, “The Principle of Fairness and Free-Rider Problems”, *Ethics* 92 (1982): 616-633; Philip Soper, *The Ethics of Deference* (Cambridge University Press, 2002), págs. 142-143; y Klosko, *The Principle of Fairness*, págs. 33-37.

²⁸ Cullity, sin embargo, sostiene que el principio de equidad limitado a bienes no-excluibles no puede capturar instancias claras de inequidad. Pero no es claro si Cullity entiende el principio como un principio de derechos, o meramente como una fuente de obligaciones morales no coaccionables. Véase Cullity, “Moral Free Riding”, págs. 12-13.

²⁹ Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), pág. 94.

³⁰ *Ibid.*, pág. 93.

privilegio injustificado sobre ellos mismos. Pues, al contrario de lo que sucede con los *free-riders*, estarían dispuestos a generalizar su propia no contribución.

Incluso con todas estas condiciones anteriores, la validez del principio de equidad no es enteramente intuitiva.³¹ Es cierto que yo podría disfrutar de la música que mis vecinos músicos se empeñan en producir todas las noches. Yo incluso podría estar dispuesto a pagarles para que continúen sus conciertos diarios. ¿Pero estoy realmente obligado a pagarles para hacerlo incluso cuando yo sé que ellos esperan mi pago? ¿Podría legítimamente amenazarme con la imposición de algún tipo de daño a mi persona o propiedad como una forma de adquirir mi contribución?

George Klosko afirma que todos los ejemplos que se usan para alimentar este tipo de escepticismo derivan su fuerza de la poca importancia de las empresas cooperativas que se usan y el escaso valor de los beneficios producidos por esas empresas. Klosko piensa que si imaginamos ejemplos que impliquen beneficios más importantes, el principio de equidad adquiere una clara fuerza persuasiva.³² Así, Klosko sostiene que, además de la condición que requiere que el valor de los beneficios proporcionados sea superior al costo de la contribución, también debe ser el caso de que esos beneficios sean indispensables para una vida satisfactoria.³³ Por otra parte, Klosko sostiene que los individuos no deben ser capaces de proporcionar esos beneficios por otros medios.³⁴ Un esquema de cooperación podría no tener los medios de excluir a personas de un beneficio indispensable. Pero si aquellos individuos que no cooperan fueran capaces de producir ese beneficio por sus propios medios privados, por ejemplo, retendrían su derecho a no ser coaccionados a contribuir en la producción de aquellos beneficios producidos por otros.

No está claro inicialmente, sin embargo, por qué la importancia de los beneficios debería hacer una diferencia en la evaluación de la adecuación del principio de equidad.³⁵ Si la idea central es que es injusto aprovecharse de las contribuciones de los otros sin hacer nuestra parte, podría ser que el grado de reprochabilidad de nuestra conducta dependa de la importancia de las ganancias que recibimos. Pero, ¿por qué se actuaría injustamente, de una manera en la que no debemos actuar, sólo cuando los beneficios sean indispensables para una vida satisfactoria? ¿Cómo podríamos justificar la limitación del principio de tal manera? Tampoco es claro cuál es el fundamento de la condición con respecto a la falta de otros medios de producción. Si el problema es aprovecharse de los esfuerzos ajenos sin hacer nuestra parte, ¿por qué debe importar que uno pueda proporcionar el beneficio pertinente por otros medios? ¿No sería incluso *más* objetable aprovecharse de los esfuerzos ajenos cuando tenemos la capacidad para producir los bienes correspondientes por medios alternativos?

Klosko afirma que si los beneficios son indispensables para una vida satisfactoria, entonces podemos asumir que cualquier persona que los recibe

³¹ Ibid, pág. 95.

³² George Klosko, *Political Obligations* (Oxford: Oxford University Press, 2008), pág. 6.

³³ Ibid. Klosko también sostiene que los beneficios y los costos del esquema cooperativo deben ser distribuidos equitativamente.

³⁴ Ibid, pág. 7.

³⁵ Sobre este punto, véase Craig L. Carr, "Fairness and Political Obligation", *Social Theory and Practice* 30 (2004): 1-28, págs. 12-15.

se beneficia de ellos, incluso si esa persona no los acepta o los busca de una manera activa.³⁶ Cabe señalar, sin embargo, que esta idea ya estaba presente, por lo menos de una forma implícita, en la condición que requería que los beneficios sean superiores a los costos de la contribución. Esto es claro una vez que comprendemos que la noción relevante de costo es la noción de costo de oportunidad. Pero entonces, esta condición adicional sugerida por Klosko podría ser entendida meramente como una garantía de satisfacción de la condición exigida por Nozick. De acuerdo con esta interpretación de la teoría del Klosko, el problema con los ejemplos presentados normalmente contra el principio de equidad es que, dado que implican beneficios de poco valor, podemos siempre dudar de si, de hecho, los beneficios cuentan como beneficios netos para todos los individuos que los reciben. La idea es que, en relación con prestaciones de beneficios indispensables, no podríamos tener las mismas dudas. Asimismo, la única razón para incluir el requisito sobre la ausencia de medios alternativos de producción parecería ser la de garantizar que las personas se beneficien del esquema cooperativo en cuestión y evitar así la posibilidad de incluir a aquellos que realmente no desean formar parte. Si no existen otros medios alternativos para proporcionar ciertos beneficios indispensables, el hecho de que no han sido utilizados podría constituir una evidencia importante de que, para esas personas, esos beneficios no valen los costos de proporcionarlos.

¿Es el principio de equidad, calificado por estas garantías adicionales, un principio moral plausible? ¿Es cierto que el principio de equidad proporcionaría una justificación para la infracción del Estado sobre los derechos de propiedad y de *enforcement* de las personas? Es difícil responder a la primera de esas preguntas. Por ejemplo, podría ser cierto que en los casos en los que se proveen beneficios indispensable y en casos donde esos beneficios no pueden ser producidos por otros medios, tendemos a aceptar las consecuencias normativas que establece el principio de equidad. Pero Klosko no tiene en cuenta que la razón por la cual creemos que es así podría no ser la provista por el principio de equidad. Un simple principio de ayuda mutua podría ser una manera más natural y sencilla para explicar esas intuiciones.³⁷ Lo que está claro, sin embargo, es que una vez que advertimos que las condiciones adicionales de Klosko parecen ser justificables sólo como garantías adicionales contra la posibilidad de modificar los derechos morales de las personas por la imposición de prestaciones no deseadas, nuestra impresión original de que el principio de equidad podría servir como una alternativa a las deficiencias del contractualismo se desvanecen.

El principio de equidad tendría aplicación sólo cuando hay claras pruebas de que los beneficiarios de un bien no excluible consideran los beneficios superiores a sus costos (incluyendo el costo de oportunidad). Sin embargo, es evidente que si los beneficios del Estado fuesen de alguna manera excluibles, muchos de los presuntos beneficiarios de los servicios proporcionados por el Estado no incurrirían en esos costos. No se necesita afirmar, tal vez de una forma inverosímil, que aquellos individuos no asignan un valor positivo a los beneficios proporcionados por el Estado. Simplemente se puede negar que

³⁶ Klosko, *Political Obligations*, págs. 6-7.

³⁷ Véase Carr, "Fairness and Political Obligation", págs. 13-14; y Simmons, "Fair Play and Political Obligation", pág. 35.

aquellos individuos valoran la provisión del Estado de la misma forma en que valoran las cosas a las que están obligados a renunciar a cambio (por ejemplo, su libertad para ejercer sus derechos de *enforcement* y decidir la proporción de recursos que destinarán a ese ejercicio). Por lo que es perfectamente concebible que, para algunas personas, los beneficios que otorga el Estado no justifican los costos de su existencia.³⁸ Klosko dice que una regla para determinar si se establecen obligaciones de equidad en un caso particular es preguntar si el individuo podría estar dispuesto a generalizar su propia no contribución.³⁹ El anarquista está dispuesto a hacerlo. Ninguna obligación de equidad podría entonces exigirse de él.

¿Importa si podría haber medios alternativos disponibles para la producción de esos beneficios? Claramente no. Ese requisito no era una condición suficiente para la aplicación del principio de equidad, sino simplemente una condición necesaria. Aun así, Klosko parece creer que cualquier evaluación negativa del valor neto de los beneficios del Estado está basada en la creencia de que existen medios alternativos para procurarlos, y Klosko cree que podemos someter tal creencia a ciertos requerimientos de plausibilidad.⁴⁰

No es aquí el lugar para juzgar la plausibilidad de una creencia en medios alternativos de protección. Pero independientemente de cuál fuese la conclusión de ese análisis, no es factible que el principio de equidad admita una evaluación tal en su criterio de aplicación. Como sugiere Philip Soper, donde lo que está en juego es la equidad, la sinceridad de las creencias es más importante que su corrección.⁴¹ Si, de hecho, uno no se considera beneficiado por un arreglo cooperativo una vez que los costos de la contribución propia son tenidos en cuenta, independientemente de lo que otros piensan acerca de la forma en que uno debe considerar la cuestión, uno no podría convertirse en el blanco apropiado de una condena moral basada en la acusación de injusticia. Si el anarquista cree sinceramente en la viabilidad de la prestación no coactiva de la justicia y la protección, entonces él ciertamente consideraría que los beneficios del Estado no justifican los sacrificios que es necesario hacer. Podemos discutir con él la plausibilidad de sus creencias, pero no podemos acusarlo de ser un *free-rider*. La afirmación que se hace aquí no es que no hay motivos para desconocer las creencias del anarquista. La afirmación que se hace es que el principio de equidad no puede proporcionarlos.

VII. CONCLUSIÓN

Uno podría pensar que el fracaso del preferencialismo político en proporcionarnos una respuesta adecuada al problema de la legitimidad política, o por lo menos cuando nos enfocamos en los enfoques contractualistas y

³⁸ Véase Simmons, *On the Edge of Anarchy: Locke, Consent, and the Limits of Society*, pág. 256.

³⁹ Klosko, *Political Obligations*, pág. 8.

⁴⁰ *Ibid*, pág. 63.

⁴¹ Soper, *The Ethics of Deference*, pág. 144.

aquellos basados en el principio de equidad, es simplemente una deficiencia en su rango de aplicación (la deficiencia del enfoque del consentimiento implícito parecería ser de una naturaleza distinta). Podríamos creer que estas teorías no pueden mostrar que todos los individuos pueden tener sus derechos lockeanos de propiedad y de *enforcement* permisiblemente infringidos por el Estado. Pero aun así, se podría argumentar, dichas teorías podrían demostrar que algunos sí: aquellos para los que, por ejemplo, los beneficios del Estado son superiores a sus costos, incluso cuando son evaluados desde su propia perspectiva. El tamaño de este grupo de individuos podría ser considerable. Constituiría, quizás, la gran mayoría de la población.

Esa forma de entender los límites del preferencialismo político no logra capturar la deficiencia más fundamental de dicha perspectiva. Tendemos a pensar que una filosofía política plausible debería justificar al menos un Estado mínimamente costoso si los inconvenientes de una situación anárquica se consideran particularmente graves, y si tal Estado sería capaz de superarlos. Pero para el enfoque del preferencialismo político, la legitimidad del Estado estaría siempre supeditada a las preferencias contingentes de los individuos. Así, si fuese el caso de que la mayoría de una población creyera que el uso de la coerción es innecesario, y que el uso de la coerción es la fuente de todo tipo de comportamiento antisocial, como algunos anarquistas clásicos parecen haber creído, es difícil de entender cómo, de acuerdo al preferencialismo político, podría justificarse el Estado. Es natural que se quiera desconocer esas preferencias, aludiendo a insuficiencias de información o racionalidad por parte de los individuos. Pero esta estrategia es ciertamente inconsistente con el anti-paternalismo propio del liberalismo lockeano, así como con la misma lógica de los principios más particulares a los que se apela.

De todas maneras, el problema fundamental del preferencialismo político no radica en la falta de recursos para superar una situación hipotética como la anterior. El problema radica en la falta de recursos para identificar esa situación hipotética como una situación problemática. Si de hecho rechazamos el paternalismo, ¿por qué pensar que esa situación hipotética es una implicancia negativa de la teoría? El hecho de que la mayoría de los individuos termine con sus propias preferencias insatisfechas no es la raíz del problema. La raíz del problema es que la ignorancia o irracionalidad de la mayoría de esa población haría imposible que *los otros*, en este caso la minoría, puedan tener vidas adecuadas. Si se está comprometido con el rechazo del paternalismo, es difícil de entender cuál otra motivación podrían tener los teóricos del preferencialismo para descontar las preferencias reales de los individuos y focalizarse en sus preferencias ideales. Pero si esto es así, sería más lógico abandonar el enfoque del preferencialismo y reconocer que la motivación fundamental es proporcionar protección a la vida de los demás.

No es posible elaborar aquí una teoría alternativa al enfoque del preferencialismo político, pero quizás sí sea posible ofrecer las líneas generales de dicha alternativa.⁴² De acuerdo a esta perspectiva, es necesario

⁴² Véase Christopher Heath Wellman, "Liberalism, Political Legitimacy, and Samaritanism", *Philosophy & Public Affairs* 25 (1996): 211-237; "Toward a Liberal Theory of Political Obligation", *Ethics* 111 (2001): 735-759; y Nicolás Maloberti, "Libertarianism and the Possibility of the Legitimate State", *Libertarian Papers* 1 (2009): Art. 5.

reconocer la existencia de ciertos derechos positivos, aunque mínimos, de asistencia. Los titulares de estos derechos son individuos que, careciendo de responsabilidad, enfrentan una situación de emergencia, y poseen sus derechos contra aquellos que tienen la capacidad para colocarlos fuera de peligro a un costo razonable. A aquello que tienen derecho sus titulares es a esa contribución que otros pueden proporcionar. Así, estos derechos de asistencia podrían entenderse como proporcionando a sus titulares una prerrogativa especial para infringir los derechos más básicos de los demás cuando se cumplen ciertas condiciones. Los derechos básicos de los otros pueden ser infringidos de una manera permisible cuando esto es necesario para superar una situación de alto riesgo por la cual no somos responsables, y siempre y cuando esto no sea demasiado costoso para ellos. Tendemos a reconocer la validez moral de esta prerrogativa en ciertas circunstancias extraordinarias que son familiares en la literatura moral, tal como es el caso del individuo perdido en la montaña que decide entrar en la casa de otros para así poder sobrevivir a una tormenta de nieve.

Si es necesario reconocer la existencia de este tipo de derechos mínimos de asistencia en ciertas circunstancias extraordinarias, si este tipo de derechos implica la legitimidad de usar la fuerza para infringir los derechos básicos de los otros, y si es posible caracterizar a una situación anárquica en términos similares, se podría ver al Estado legítimo como un mero ejecutor de los derechos de asistencia que unos individuos tendrían contra otros si de hecho enfrentaran dicha situación anárquica. La mítica historia del contrato social debe modificarse ligeramente. En lugar de asumir que todos los individuos dan su consentimiento a la existencia del Estado, debemos asumir, de forma más realista, que sólo algunos lo hacen. Estos individuos podrían infringir los derechos de los disidentes si esto es necesario para superar los graves inconvenientes de una situación anárquica y si los costos impuestos a los disidentes no son significativos. Así, las consideraciones con respecto a la naturaleza de una situación anárquica están conectadas, de una manera más directa y fundamental, con la cuestión de la legitimidad del Estado; y dicha legitimidad se funda, últimamente, en las preferencias reales, y no hipotéticas, de aquellos individuos que son capaces de advertir la necesidad del Estado.

KAFKA Y EL DERECHO

Guido Croxatto¹

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este ensayo es comentar un cuento de Franz Kafka, un cuento muy vinculado al derecho, y cuyo tema central es el significado de la justicia: *Ante la ley*.² Para lograr un mayor entendimiento de este cuento de Kafka, uso otras obras suyas, principalmente *La colonia penitenciaria*³ y *Carta al padre* (texto en el que se encuentran, según coinciden diversos autores y biógrafos, los secretos más íntimos de su vida privada).⁴ Borges dijo alguna vez que “los hechos de la vida de este autor no proponen otro misterio que el de su no indagada relación con la obra extraordinaria”.⁵ Trataré de entender esta relación compleja. En la conclusión del ensayo explicaré cómo este pequeño cuento de Kafka nos sirve para construir más puentes entre dos disciplinas: la literatura y el derecho.

II. QUIÉN ERA KAFKA

Contemos brevemente quién era Kafka. Nació en Praga el 3 de Julio de 1883, en el seno de una familia judía. Era hijo de Hermann Kafka (su padre, originario de Wossek) y Julie Löwy, su madre, que venía de una familia de clase media, era hija de un próspero comerciante y poseía una formación intelectual superior a la de su marido. De todos modos fue éste y no aquella quien educó al pequeño Franz. La mujer cobra en su vida (y en sus novelas) un papel secundario. La mujer representa lo “dulce”, lo amable, rasgos que desaparecen de su literatura, una literatura marcada por la jerarquía, el temor, la subordinación, el castigo y la culpa. Kafka se destacó muy pronto como estudiante en el colegio; era miembro del *Club Lese und Redehalle der Deutschen Studenten*. El rasgo más notable que señalan sus biógrafos, sin embargo, es el temor que albergaba el joven Franz de ser percibido de manera repulsiva tanto física como mentalmente. De todos modos, lo que marca su vida son sus relaciones familiares.

Dice Kafka, “La prohibición de leer es sólo un ejemplo, indudablemente, pero un ejemplo significativo, porque esa prohibición tuvo hondas repercusiones.

¹ Abogado, UBA.

² Fran Kafka, *Ante la ley* (Madrid: Alianza, 1999).

³ Fran Kafka, *La colonia penitenciaria* (Madrid: Alianza, 2000).

⁴ Franz Kafka, *Carta al padre y otros escritos* (Madrid. Ed. Alianza, 2001).

⁵ Jorge Luis Borges, *Textos Cautivos* (Buenos Aires: EMECE, 1996).

Ellos no aceptaban mi peculiaridad, pero como yo la sentía en mí -y era susceptible y siempre estaba en guardia-, no podía menos que ver una condena en esa actitud que tenían conmigo”.⁶ La preocupación por la justicia se va abriendo paso lentamente, para terminar siendo una preocupación constante en su vida personal. Kafka no era cualquier chico que padecía y aceptaba sin juicios una injusticia o arbitrariedad por parte de sus padres. Kafka se interrogaba. Y eso lo llevaba, finalmente, a enemistarse con su papá.

Kafka creció en ese entorno de amenaza continua y de desprecio personal. Eso es lo que veremos reflejado en su literatura. El desprecio de los personajes que viven huyendo; que padecen una “amenaza” continua con la certeza fatal, como en la novela *El proceso*,⁷ de que, culpables o no, igualmente serán castigados. El castigo se presenta como algo inevitable. Como el momento indispensable en el que la ley se reafirma, con o sin culpa de los condenados. Eso parece un asunto menor (como en *La Colonia Penitenciaria*). A nadie le importa ya la inocencia.

“Pero lo importante era que la condena en que había incurrido esa peculiaridad mía de la lectura prolongada, yo la seguía aplicando con mis propios medios a la peculiaridad, que mantenía oculta, del incumplimiento del deber, llegando así al más deprimente de los resultados. Era como si le rozan a alguien con una vara de mimbre, sólo para darle un aviso y sin intención de hacerle daño, pero él deshace el trenzado de la vara, tira de cada una de las puntas y empieza a clavárselas y a arañarse con ellas, mientras que la mano ajena sigue agarrando tranquilamente el mango de la vara. (...) Pero si mantenía oculta una peculiaridad, la consecuencia era entonces que me odiaba a mí mismo o a mi suerte, que me tenía por malo o me consideraba ya condenado”.⁸ Tal vez estos fragmentos nos digan quién era el joven Kafka mejor o con mayor profundidad que ningún otro dato biográfico. Kafka era un joven tuberculoso que estudió derecho (se doctoró en leyes) por presión familiar, tras abandonar la carrera de química. Kafka es un escritor que se opone al orden establecido; se burla de la autoridad y del autoritarismo presentado muchas veces como ley, como derecho o como justicia. En otro texto vemos estas líneas, que bien pueden hablarnos del joven Kafka: “Me había extraviado completamente en un bosque. Un extravío incomprendible, porque hacía poco tiempo que yo había caminado, no por un sendero pero sí cerca de él, y lo tuve todo el tiempo a la vista. Pero lo cierto es que me había extraviado, el sendero había desaparecido, todos los intentos de volverlo a encontrar habían fracasado. Me senté en un tronco y quise reflexionar sobre mi situación, pero estaba distraído, siempre pensaba en algo que no era lo esencial, fantaseaba y dejaba de lado las preocupaciones...”⁹

Kafka nos habla de él también cuando dice “Yo lucho; nadie lo sabe; algunos lo adivinan, eso es inevitable; pero saber, no lo sabe nadie. Cumpló mis deberes cotidianos, me pueden criticar por ser un poco distraído, pero no mucho. Todo el mundo lucha, evidentemente, pero yo más que los demás; la

⁶ Franz Kafka, *Fragmentos y hojas sueltas* (Madrid: Alianza, 1997).

⁷ Franz Kafka, *El proceso* (Madrid: Alianza, 1998).

⁸ Ibid.

⁹ Franz Kafka, *Un médico rural* (Madrid: Alianza, 2004).

mayoría de la gente lucha como durmiendo, como cuando en medio del sueño se mueve la mano para ahuyentar una visión, pero yo he dado un paso al frente y lucho empleando concienzuda y escrupulosamente todas mis fuerzas. ¿Por qué me he separado de la masa, ruidosa en sí, pero en este aspecto angustiosamente silenciosa?”¹⁰

Además, Kafka nos habla de sí mismo cuando dice: “Toda mi vida he tenido una cierta sospecha en cuanto a mí mismo, una sospecha un poco semejante a la que siente un niño adoptado respecto a sus padres adoptivos, aunque se le eduque cuidadosamente en la creencia de que los padres adoptivos son sus verdaderos padres. La sospecha está ahí, por más que los padres adoptivos quieran al hijo como si fuese propio y no escatimen las muestras de cariño y de paciencia, es una sospecha que acaso se ponga de manifiesto sólo de vez en cuando y tras largos intervalos, sólo en ocasiones breves y fortuitas, pero que está viva, que, cuando descansa, no desaparece sino que hace acopio de fuerzas, y en un momento propicio, de un salto, se convierte de malestar mínimo en una sospecha grande, violenta, maligna, que no admite trabas y que destruye sin vacilar todo lo que hay en común entre el sospechoso y lo sospechado.”¹¹

El sospechoso y lo sospechado en este caso son el mismo padre y el hijo. Lo sospechado es la relación que los une a los dos (a modo anecdótico, Kafka se hizo vegetariano para llevarle la contra al padre, un hombre rudo, que era originario de una familia rural judía de carniceros). Aunque se lo “eduque cuidadosamente...” en la creencia de que los padres adoptivos son sus verdaderos padres, Kafka sospechaba. Pero esta sospecha tenía un contenido simbólico muy amplio, que excedía en mucho los límites estrictos de la vida personal: “sospecha” en general en contra de la familia, sospecha contra el orden, contra la autoridad, contra el poder, contra la justicia, contra la ley. Contra todo.

También puede interpretarse la obra de Kafka en el marco más amplio de la literatura del absurdo o del existencialismo. Pensemos en *El Extranjero* de Camus;¹² se parece mucho al personaje de *La metamorfosis* de Kafka¹³ (Gregorio). En esto consiste la “metamorfosis”: una cucaracha que añora su “pasado humano”; su antigua dignidad perdida. Como puede verse, entre Kafka y Camus hay una relación evidente, uno de cuyos puntos centrales es el desprecio común que ambos autores sentían por el derecho, por sus solemnidades absurdas y por su formalismo vacío.

El personaje Meursault puede ser tomado, en parte, como ese “último hombre” que anuncia un cambio fundamental y un giro profundo. Como dijo el mismo Camus, Meursault es un “anti-cristo” y él pretendió escribir una “tragedia moderna”. O lo que es igual: la tragedia de la modernidad. La tragedia ilustrada. Es decir, su fracaso. El fracaso de la razón. El fracaso del “progreso”. El fracaso de la libertad. El fracaso de la igualdad. El fracaso de la tolerancia. Y todo eso se ve de manera clara en el fracaso del humanismo cristiano, fracaso que en estas novelas (de Kafka y Camus) no se ve de cualquier manera, sino de una forma muy puntual y concreta: humillando a los abogados, a los jueces,

¹⁰ Franz Kafka, *Carta al padre y otros escritos* (Madrid. Ed. Alianza, 2001).

¹¹ Ibid.

¹² Albert Camus, *El Extranjero* (Madrid: Alianza, 1996).

¹³ Franz Kafka, *La metamorfosis* (Madrid: Alianza, 2007).

a los funcionarios judiciales:¹⁴ es decir, humillando al derecho. Si el debate central de la filosofía contemporánea es, como dijimos, el debate humanismo (sartreano) contra antihumanismo estructuralista (de Claude Levi Strauss), no parece casual que el “humanismo” venga a estar representado –y vapuleado- a través de las normas que consagran los valores “humanistas”: el derecho es el que consagra, o pretende consagrar, esos valores.¹⁵

III. ANTE LA LEY

A través de este cuento, Kafka viene a cuestionar el concepto más compejo de poder “soberano”. Del poder absoluto que ejerce su “soberanía”. Veamos someramente el cuento de Kafka: “Ante la ley hay un guardián. Un campesino se presenta al guardián y le pide que le deje entrar. Pero el guardián contesta que de momento no puede dejarlo pasar. El hombre reflexiona y pregunta si más tarde se lo permitirá.- Es posible - contesta el guardián -, pero ahora no”. Éste parece el diálogo de Kafka (el Kafka pequeño, como veremos después) con su propio padre. Éste parece el diálogo del hijo abandonado de noche, que quiere salir del balcón. “¿Podré entrar?”, ¿Podré “volver a casa”?, se pregunta. “Es posible, pero ahora no”, contesta el guardián. Esto nos devuelve la imagen del padre, que era, al menos para Kafka, una imagen temible. Un padre autosuficiente, omnipotente, provocador y autoritario.

“La puerta de la ley está abierta, como de costumbre; cuando el guardián se hace a un lado, el campesino se inclina para atisbar el interior. El guardián lo ve, se ríe y le dice: -Si tantas ganas tienes - intenta entrar a pesar de mi prohibición. Pero recuerda que soy poderoso”. Ésta parece ya una primera metáfora o reflexión: hay que “luchar” por el derecho –como dice Rudolf von Ihering- en lugar de obedecer a quienes dicen defenderlo. Hay como una primera metáfora (o una primera gran ironía) respecto de estos “guardianes” de la ley. ¿Quiénes son realmente esos “guardianes” del derecho? ¿Por qué debemos obedecerlos? ¿Qué hacen allí estos “guardianes” de la ley? (y recordemos que uno de los temas predilectos de Kafka eran las infinitas marañas de la burocracia, en cuyas interminables redes y tentáculos grises se desvirtúa y pierde todo proceso legal). Como si, para proteger nuestro derecho, debiéramos cuidarnos de ellos, precisamente, de los “mismos guardianes de la ley”; como si debiéramos cuidarnos de ellos para acceder a la justicia. Para lograr penetrar la ley. Para acceder a ella. Muchas veces quienes más dicen defender un derecho son los que menos lo defienden. Dice el guardián: “Y sólo soy el último de los guardianes. Entre salón y salón hay otros tantos

¹⁴ Crítica que el mismo Camus hace en otra de sus novelas: Albert Camus, *La caída* (Madrid: Alianza, 2002).

¹⁵ Pensemos en Gregorio, el personaje de Kafka, que bien puede representar la situación del hombre moderno: ya no es un “hombre” con mayúsculas, un típico exponente del mundo ilustrado, sino que ese gran “Hombre” (ese agente de la historia, de la revolución francesa) queda convertido en un pobre insecto, en una cucaracha encerrada en una habitación, a la que le tiran comida, y que añora, como el mismo Gregorio dice, su “pasado humano”. Desde su perspectiva, el hombre moderno ya no es una “persona”. Kafka nos habla, como Camus, de una “humanidad” perdida. Recordemos que el término “persona” viene del griego y hace alusión –directa- a las máscaras que usaban los actores en el teatro antiguo.

guardianes, cada uno más poderoso que el anterior. Ya el tercer guardián es tan terrible que no puedo soportar su vista". Como si estos guardianes hicieran el camino a la justicia no más simple, sino más cruento, oscuro y difícil. El guardián, en definitiva, intimida al pobre campesino para que éste no pase.

Kafka nos recuerda más adelante el imponente aspecto del guardián: "El campesino no había imaginado tales dificultades; pero el imponente aspecto del guardián¹⁶ (...) le convence de que es mejor que espere". Todos somos a veces como ese pobre campesino temeroso, que espera sentado (el cuento de Kafka es un cuento que revela un costado ensordecedor de desamparo, soledad, "des-esperanza" y "miedo". Kafka nos anima a luchar activamente ("luchar" no debe entenderse en un sentido físico; no se trata de luchar violentamente) "para alcanzar el derecho", para atravesar esa puerta que el mismo campesino no se anima a franquear: la puerta de la justicia, la puerta de la ley. El campesino mira cómo es por dentro, mira de costado, pero no entra, no se atreve a pasar. Ésa es la verdadera moraleja: el temor a dar ese paso (ese "paso" es una constante en la literatura de Kafka; de diversas maneras ese paso siempre aparece; se repite continuamente; los personajes de Kafka son puestos siempre en la decisión temible de tener que cruzar un umbral definitivo, de dar ese "paso" sin retorno). Esto nos hace pensar un poco en Samuel Beckett, y en los personajes de *Esperando a Godot*. Pero también en las perniciosas consecuencias de la fe y la esperanza vacía. La pasividad, como recuerda Ihering, no hace al derecho. Sólo la lucha contra las injusticias: el coraje para luchar contra quienes avasallan las condiciones éticas de vida de los demás. En la "*Lucha por el Derecho*", Rudolf von Ihering decía "En tanto que el derecho tenga que estar preparado contra el ataque por parte de la injusticia -y esto durará mientras exista el mundo-, no le será ahorrada la lucha. La vida del derecho es lucha, una lucha de los pueblos, del poder del Estado, de los estamentos o clases, de los individuos".¹⁷

Volvamos a nuestro campesino. "El guardián le da un banquito y le permite sentarse a un lado de la puerta. Allí espera días y años". (Inútilmente, como veremos). "Intenta entrar un sinfín de veces y suplica sin cesar al guardián. Con frecuencia, el guardián mantiene con él breves conversaciones, le hace preguntas sobre su país y sobre muchas otras cosas; pero son preguntas indiferentes, como las de los grandes señores, y al final siempre le dice que todavía no puede dejarlo entrar".¹⁸ El hombre quiere entrar a la justicia esperando, y no luchando. Espera a un supuesto "guardián" del derecho. No se atreve a enfrentar esa prohibición confusa. Esa prohibición bien puede ser una metáfora de la sociedad que nos pone trabas continuamente para ser "justos", para actuar de manera honesta y justa con los otros. Además, muchas veces la ley se opone a lo que consideramos justo. Muchos hombres no hacen el mal, sino que no se animan a hacer el bien, porque no se animan a "pasar" a la justicia. Ésta es una de las advertencias de Kafka en este cuento. Ya no hay que esperar más nada "del otro mundo" ideal. Lo ideal sería hacer la justicia aquí y ahora (sin violencia, por supuesto).

¹⁶ "Tú eras tan gigantesco en todos los sentidos; ¿qué podía importarte nuestra compasión o incluso nuestra ayuda? La tenías que despreciar, como nos despreciabas tantas veces a nosotros". Franz Kafka, *Carta al padre y otros escritos*.

¹⁷ Rudolf von Ihering, *La Lucha por el Derecho* (D.F.: Atisco, 1979).

¹⁸ Franz Kafka, "Ante la ley".

Bakunin se opone a todo idealismo.¹⁹ Dice que todo idealismo presupone la figura de un mediador, o en este caso, para ser más precisos, de un “guardián” (del derecho): éste es uno de los puntos débiles de todo idealismo (y el derecho también descansa sobre una filosofía idealista).

Otro costado es, como dijimos, la presencia del guardián. ¿Quiénes son estos guardianes? ¿De dónde han salido? ¿Por qué la justicia, la ley o el derecho los necesita? No lo sabemos. El campesino jamás se lo pregunta. Simplemente, él no se atreve a pasar. El cuento nos habla un poco de la hipocresía de estos “guardianes”. Pienso en la hipocresía de los “guardianes” de todos los derechos, de quienes se llenan la boca hablando de los pobres o más necesitados, quienes se presentan a sí mismos como abanderados estandartes últimos de las causas más nobles de los más humildes, cuando ellos (que son los verdaderos “guardianes” de Kafka) no hacen nada para proteger o defender realmente esos derechos. Porque éstos son los verdaderos “guardianes” de la ley. Ésta es la paradoja del guardián: la metáfora esencial del cuento de Kafka. El guardián del derecho tiene dos caras. Una de ellas, la menos visible (aun cuando alguien diría que es la más visible, la más evidente) es la cara hipócrita de “impedir” el paso a quienes realmente quieren entrar a la ley. O de quienes realmente lo necesitan. Un pobre campesino intimidado por un enorme guardián. Y, ¿quién es ese enorme guardián de la justicia? ¿Quiénes hacen las leyes? Seguramente no los campesinos. El campesino pobre vive alejado del Estado (de Derecho), de los palacios reales, enormes donde se construyen y piensan las leyes. De las guardias imperiales que controlan la ley. Y que le impiden el paso. Creo que a través de este cuento Kafka viene a cuestionar el concepto más complejo de poder “soberano”. Los guardianes de la ley son operadores del derecho. Kafka se refiere también a las formalidades vacías que un pobre campesino tiene que observar ante la ley: se refiere a ésta como “vuestra señoría”.

A través de este cuento, Kafka (doctor en leyes y profuso conocedor del derecho y sus relaciones con la filosofía moderna y la teoría política) podría estar cuestionando el formalismo jurídico; cómo la “forma” le va ganando al “fondo” a medida que pasan los años, al punto de que el derecho es pura y muda “forma”, una forma sin fondo: el personaje de *El proceso* no sabe de qué se lo acusa. Nunca se defiende. Desconoce al tribunal. Muere degollado. El derecho se abstrae así de todo fondo. Se queda sin sustancia. Termina siendo un discurso vacío que ejerce un poder en el aire. Sin justificación. Un poder ilegítimo. Esto es lo que revelan las burocracias del derecho. Los profesionales del derecho de Kafka. Los “guardianes”.

De todos modos, el mensaje esencial es que quienes se presentan a sí mismos como “guardianes” de la ley, o del derecho, suelen ser los que menos se ocupan de proteger ese derecho o esa ley. Tengamos en cuenta además lo que representa la “ley”. Con el concepto de ley aparece el de *legitimidad*, pues si algo señalan históricamente las leyes es esa diferencia esencial entre la violencia que es legítima, o admisible, y la que no lo es, la que, por el contrario, es violencia ilegítima o inadmisibles dentro de un determinado orden social. El

¹⁹ Porque dice que todo idealismo presupone la figura de un mediador (entre este mundo y el otro...). Mijaíl Bakunin, *Federalismo, socialismo y antiteologismo* (Madrid: Espasa Calpe, 1998).

límite del “derecho”. Ese límite, siempre difuso y controvertido, es el que marcará la acción del Estado.²⁰

La figura del campesino puede encerrar otro aspecto: antes la ley, hablando con propiedad, no estaba en todas partes. No había un orden universal del derecho. Había sectores que estaban “fuera” de la ley, y que la desconocían completamente. Sin embargo, del hecho de que ellos desconocían la ley no se seguía que la ley no se les aplicase. Al contrario (y en eso reside la arbitrariedad). En la Edad Media, amplios sectores rurales alejados veían como sólo cada dos años, o más, venía una delegación real, un “enviado del Rey”, un “mensajero imperial”, un funcionario del “derecho” (del rey), como decía Kafka. Para ser claros: “el cadalso” no era un lugar fijo; iba a cada ciudad perdida, a cada alejada zona rural; se armaba allí, se montaba provisoriamente y allí se armaban los tablones y se veían cuántos delitos se habían reportado en esos dos años o tres, y se los mataba allí mismo, sin “juicio previo” ni defensa: bastaba la simple denuncia que generaba una “sospecha” fuerte en el “delegado” (antiguamente, los inquisidores distinguían tres grados de sospecha: fuerte, determinante y furiosa; en muchos casos bastaba la mera sospecha para matar a alguien), que permitía ahorcar a los “condenados”. Lo que quiero mostrar con esto es lo precario que era el derecho, y lo arbitraria que era, en sus comienzos, la “Ley” (contra estos “abusos” reacciona el derecho moderno, ilustrado, cuando pide al Estado absoluto leyes claras, juicios, defensa, legalidad del poder, un límite). Los campesinos la desconocían. Vivían fuera de ella. Por eso es lógico que en este caso sea un mísero “campesino” pobre el que se dirige solo *ante la Ley*. Él solo emprende el camino. No sabemos por qué. Tal vez algún amigo fue ahorcado y él no comprendió el motivo y va a buscarlo “ante la ley”. La ley no es conocida por él. Es él quien debe ir a buscarla para comprender el acto o la eventual arbitrariedad. Por eso se dirige a su “puerta”, para ver de dónde “sale” la ley, qué es, cuál es su interior. Cómo se forma. En qué consiste. Pero no puede verla, porque en su camino se interponen decenas de “guardianes...” de esa ley misteriosa. Que custodian celosamente su secreto.

Recordemos qué imagen tiene Kafka del derecho. Borges lo resume así (comentando *El proceso* y *El Castillo*): “El héroe de la primera, progresivamente abrumado por un insensato proceso, no logra averiguar el delito de que lo acusan, ni siquiera enfrentarse con el invisible tribunal que debe juzgarlo; éste, sin juicio previo, acaba por hacerlo degollar, Joseph K, el héroe de la segunda, es un agrimensor llamado a un Castillo, que no logra jamás penetrar en él y que muere sin ser reconocido por las autoridades que lo gobiernan”.²¹

Algo parecido sucede en estos dos cuentos cortos: en *Ante la ley* el campesino muere sin cruzar el umbral –y desconoce, así, la esencia (vacía) de la Ley. En *La colonia penitencia*, el pobre condenado está a punto de ser puesto bajo la Rastra sin tener derecho a defensa ni saber jamás cuál es el motivo de esa condena tan cruel y determinante: escribir sobre su cuerpo la inscripción “Honra a tus superiores”.

En la *Carta al Padre*, Kafka nos dice: “Padre, por favor, entiéndeme, en

²⁰ Gabriel Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos* (Buenos Aires: Estudio, 2006), cáp. 1. Véase también Etienne Boetie, *Discurso de la servidumbre voluntaria* (Buenos Aires: Rathhaus, 2006).

²¹ Jorge Luis Borges, *Obras Completas*.

sí eso habrían sido detalles sin la menor importancia, y si a mí me agobiaban era sólo porque tú, un ser para mí tan absolutamente determinante, no acatabas los mandamientos que me imponías a mí.” Esa contradicción es esencial para entender las demás ironías de su cuento *Ante la ley* y para entender sobre todo la metáfora del “guardián” (y el desprecio a los “guardianes”), de esos falsos “guardianes” del derecho, de esos grandes adalides de la ley (para él abogados) que dicen aplicar (y exigen a los demás que apliquen) una ley que ellos mismos desconocen.

De todos modos, podemos preguntarnos por qué el campesino no da ese paso esencial. También podemos preguntarnos por qué el guardián le impide pasar. Y que se presenta a sí mismo como un ser “poderoso”. Lo curioso es que nosotros pensamos que lo hace so pretexto de “proteger” a esa misma ley o ese mismo derecho. Pero, ¿por qué se protege a la justicia impidiendo el acceso de algunos? ¿Cómo accede a la justicia un pobre campesino? ¿Cómo se enfrenta él, solo, a todo ese aparato enorme, solemne (con su propio lenguaje formal, lleno de tecnicismos oscuros, vacíos y jerarquías, plazos y pruebas que el pobre campesino no entiende)?. Por eso necesita, justamente, un “abogado” que defienda “su” derecho: necesita él también un guardián que lo represente para entrar en la ley, o para entender o iniciar el proceso; por eso el derecho está lleno de “guardianes” (léase, de abogados que dicen defender el derecho, en un lenguaje oscuro, e impenetrable; un mundo muy complejo para un pobre campesino sin formación). Como menciona el filósofo francés Jacques Derrida, “Dada su situación, el campesino no conoce la ley que es siempre la ley de la ciudad, ley de urbes y edificios, de edificaciones protegidas, de verjas y de límites, de espacios cerrados por portones. Se sorprende, entonces, por el guardián de la ley, hombre de la ciudad, y lo mira fijo. «El campesino no había previsto semejantes dificultades. Después de todo, la Ley debería ser accesible a todos y en todo momento, piensa”.²² Como vemos, no lo es. La ley –que debería ser accesible a todos- no es tan accesible. Recordemos las palabras del guardián: “Si tantas ganas tienes, intenta entrar a pesar de mi prohibición. Pero recuerda que soy poderoso”. Y el padre de Kafka sin dudas lo era. Su presencia, según él mismo cuenta, era “temible” y producía en él (que era sólo un niño) un sentimiento horrendo de “nulidad...” (Carta al padre). Es la misma nulidad que siente el campesino del cuento. Así pues, “Durante largos años, el hombre observa casi continuamente al guardián: se olvida de los otros y le parece que éste es el único obstáculo que lo separa de la ley”.²³ Pero como muestra Kafka, esto no es así. El mayor obstáculo está en uno mismo.

El campesino “Maldice su mala suerte, durante los primeros años abiertamente y en voz alta; más tarde, a medida que envejece, sólo entre murmullos. Se vuelve como un niño, y como en su larga contemplación del guardián...(pensemos en el pequeño Kafka, intimidado ante su propio guardián privado, ante ese primer gran terror personal, ante ese gran acto de autoridad que fue el “castigo” de su padre, que lo dejó solo esperando del otro lado de la puerta del balcón, por pedir agua, toda una noche) ha llegado a conocer hasta las pulgas de su cuello de piel, ruega a las pulgas que lo ayuden y convengan

²² Jacques Derrida, “Ante La Ley”, en *La Faculté de Jurer* (Paris: Les Éditions de Minuit, 1985).

²³ Franz Kafka, “Ante la ley”.

al guardián. Finalmente su vista se debilita, y ya no sabe si realmente hay menos luz o si sólo lo engañan sus ojos. Pero en medio de la oscuridad distingue un resplandor, que brota inextinguible de la puerta de la ley (como esas fuertes velas que brillan antes de apagarse; la justicia es esa vela que da un último resplandor). Ya le queda poco tiempo de vida. Antes de morir, todas las experiencias de esos largos años se confunden en su mente en una sola pregunta, que hasta ahora no ha formulado”.²⁴ El campesino, como el niño (de Kafka), no se hace preguntas. Obedecen porque sí un gesto de autoridad del “guardián” del derecho o del padre. En ambos casos se subordinan. Tanto el padre como el guardián son los que imponen una prohibición tajante y definitiva: no pasar.

El campesino “hace señas al guardián para que se acerque, ya que el rigor de la muerte endurece su cuerpo. El guardián tiene que agacharse mucho para hablar con él, porque la diferencia de estatura entre ambos ha aumentado con el tiempo. - ¿Qué quieres ahora? - pregunta el guardián -. Eres insaciable. - Todos se esfuerzan por llegar a la ley - dice el hombre; ¿cómo se explica, pues, que durante tantos años sólo yo intentara entrar? Es entonces que el guardián comprende que el hombre va a morir y, para asegurarse de que oye sus palabras, le dice al oído con voz atronadora: - Nadie podía intentarlo, porque esta puerta estaba reservada solamente para ti. Ahora voy a cerrarla”.²⁵ Como vemos, ésa era su puerta. Ésa era su manera de llegar a la justicia, pero el hombre se detuvo al primer obstáculo. No defendió su derecho. Triste espectáculo, pues, el del pobre campesino obediente (que es también el típico hombre moderno, acostumbrado a renunciar y a acomodarse, a abandonar la lucha por el derecho y a sentarse tímidamente y cobardemente en el pequeño banquito que le tiende el guardián). Kafka resalta aquí, acaso, los sinsabores amargos a que puede conducir una sociedad de hombres ingenuos y obedientes. ¿Qué es esa ley? Su contenido, justamente, no se conoce. Está oculto. Está en manos de los “guardianes” que nos impiden pasar (y a quienes, paradójicamente, obedecemos); ellos guardan su “secreto”. El hombre está “ante” la ley, pero no la conoce. La mira. Mira “adentro” breves chispazos, algunos reflejos de luz, pero no conoce en profundidad su contenido. El guardián sí. El guardián se presenta aquí como un “adalid” del derecho. Como un estandarte de la ley. Como un protector profundo. Y sin embargo es por él, justamente, que el campesino no pasa. Como dijimos antes, ésta es la paradoja.

Thomas Mann, en *Mario y el mago*,²⁶ hace un análisis parecido. Entre el mago de Mann y el guardián del derecho de Kafka hay más de una similitud, sólo que el mago de Thomass Mann lo hace a través del encanto; el guardián de Kafka, a través de la intimidación, pero el resultado es el mismo: que la gente se “entregue”, que abandone su lucha personal y confíe su futuro, su manera de ser, su tiempo, a un “guardián”, mago o “político” que se dice conocedor de la verdad, del futuro, portador de la historia, defensor de los derechos, de la verdad o de los valores. En ambos hay, así, una crítica a todos estos mediadores de la ley y un llamado a la madurez crítica (también hay en los cuentos de Kafka una crítica a todo idealismo): a pensar por uno mismo en

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

²⁶ Thomas Mann, *Mario y el Mago* (Madrid: Edhasa, 2007).

lugar de obedecer los consejos (o intimidaciones) de los “guardianes” del derecho.

Kafka dice que son miles de guardias temibles; la lista es infinita. ¿Pero qué debemos entender por temible? ¿Qué protege el derecho o que nos impide acceder al derecho y la “ley”? Aquí es donde está la ambigüedad del cuento. Ese costado ambiguo, esas dos caras del guardián “que protege” el derecho (pero que a la vez no lo defiende) permite hacer un análisis crítico de todos los enormes y largos procesos judiciales (en los cuales sin dudas se perdería un pobre campesino sin formación; y sin embargo en ese proceso se trata de “su” derecho, un derecho que los guardianes dicen cuidar tan “celosamente”). Pero el derecho se cuida bien de armar un lenguaje tan extraño, oscuro y confuso para que el pobre campesino no lo comprenda por sí solo y necesite de un “guardián” (o abogado) que lo defienda y lo represente; el derecho se convierte, así, en una corporación de guardianes.

Napoleón quería que el hombre fuera capaz de defenderse por sí mismo, sin abogados. “Interpretar la ley es corromperla. Los abogados la matan”, decía Napoleón.²⁷ Por eso redactó un código claro, una ley clara, corta y comprensible. Y eficiente. Hace al derecho eficaz. En el cuento es al revés: el campesino (trabado con “su” guardián; diríamos entonces que la puerta es “su” derecho) no conoce en lo más mínimo la ley (por eso está “ante” ella). Mira de a ratos, para adentro, a ver si llega a ver algo, a reconocer un poquito de esa “ley” (ajena) que el guardián protege, pero que le impide, justamente, conocer: cuando le impide conocer la ley, le impide conocer “su” derecho.

¿Qué significa estar “ante” la ley pero no poder conocerla? ¿Por qué tener que “mirar de a ratos, para adentro, a ver si se llega a ver algo (de la “Ley”)? ¿Por qué se oculta esa ley? ¿Quién la oculta? El mismo guardián. Por eso el cuento se llama *Ante la ley*, y no *Ante la justicia*. Porque la justicia no la hacen los hombres, pero las leyes sí. Por eso se dice “la puerta de la ley está abierta”. Cuando, en rigor, como vemos, no lo está. O no lo está para todos. No lo estaba para el joven Kafka. Y no lo estaba para el campesino pobre.

Otro aspecto notable (y si se quiere paradójico) del cuento es cómo siempre los agentes de la ley (los “guardianes” del derecho; esto está también en la novela *El proceso*, *El Castillo* y en tantos otros trabajos de Kafka) son siempre “desconocedores” profundos de la voluntad de la misma ley que los mueve: ellos son el brazo mecánico (diríamos, el brazo no pensante e “impersonal”) de una ley cuyos motivos profundos desconocen. Ellos sólo transmiten un mensaje. Son simples “mensajeros” inocentes. Pero la instancia de donde provienen (es decir, su legitimidad) permanece siempre oculta. Esto no parece un dato menor.²⁸ Kafka nos advierte, así, contra los riesgos y peligros de la masa burocrática; contra la “burocracia” legal a que a veces queda reducido el derecho, o la “justicia”; cómo a veces el “derecho” (esencial de la persona) cede protagonismo a cuestiones más formales, “del proceso”, por ejemplo: de competencia. Cómo a veces el derecho de una persona (y hablamos de un derecho tan esencial como el derecho a la vida) puede ser avasallado por cuestiones “de forma” o por burócratas obedientes o por masas

²⁷ Citado por Michel Foucault. *Defender a la Sociedad* (Buenos Aires: FCE, 2003).

²⁸ Menos para una sociedad que se acercaba peligrosamente al nazismo.

mecánicas del orden que hacen (sólo) “lo que les dicta la ley”.²⁹ Y lo hacen sin pensar. El campesino del cuento también hace lo que le dicen que haga: en ese sentido, como diría Borges, se parece al guardián.

En una primera aproximación, pues, el individuo es caracterizado frente al Derecho como algo insignificante, menor, subordinado. El individuo es demasiado “pequeño” frente a la infinita hilera de guardias enormes que “custodian” la ley. Así pensamos en el Leviatán hobbesiano, cuya contracara grotesca y desamparada vienen a representar estos personajes de Kafka. Además de la ley están los guardianes enormes. Por eso el campesino no entra. Él es “poco”. Se siente demasiado “poco” para la Ley. Es cobarde. Un ser insignificante. De todos modos, ¿por qué enfrenta tantos obstáculos un hombre común, que quiere ser justo? (en cierto modo lo denota el que la puerta de la ley esté físicamente abierta, aunque luego no resulte esto más que una apariencia engañosa).

Lo más tremendo (y Primo Levi se refiere a esto cuando analiza los sádicos crímenes del nazismo) es que el mismo “campesino” termina formando parte de la farsa montada por el guardián para proteger esa ley vacía. Veamos esta frase de Kafka, “En consecuencia, lo fastidioso era que el condenado tenía que desear el buen funcionamiento de la máquina. He dicho que es el lado defectuoso. Es verdad, en un sentido. Pero en otro sentido me veía obligado a reconocer que ahí estaba todo el secreto de una buena organización. En suma: el condenado estaba obligado a colaborar moralmente.”³⁰ Todos seríamos así parte de la enorme farsa de la “ley”. El campesino sería parte de un juego absurdo y no una pobre víctima inocente. Por eso decide no pasar. Éste es el juego de la ley.

Kafka nos muestra también cómo detrás de la sacrosanta “justicia” se encuentra siempre una motivación más simple: la de castigar. Detrás del derecho se esconde muchas veces el capricho, o la mera arbitrariedad de un hombre, de un “guardia”, de un abogado o de un juez. Kafka se ríe así de los que se llenan la boca hablando de los derechos (de los guardianes de la ley) y de las causas humanas y nobles que, en el fondo, ellos no representan ni defienden. Hoy defienden una causa, mañana podrían defender otra. Eso dependerá de la orden que le den: la burocracia avanza sobre la ley. La termina anulando.

Podríamos preguntarnos también por qué la ley rechaza al hombre. El filósofo francés Jacques Derrida nos dice: “Ahora digo aquí «la ley de las leyes» porque, en el cuento [récit] de Kafka, no se sabe de qué especie de ley se trata, aquella de la moral, de la judicial, de la política, incluso de la naturaleza, etc. Se puede suponer que eso que se mantiene invisible y oculto en cada ley es la ley misma, aquello que hace que estas leyes sean leyes, el ser-ley de estas leyes. Ineluctables son la cuestión

²⁹ Herman Broch, en su texto *En mitad de la vida*, advierte contra los eufemismos del tipo “yo sólo hago mi trabajo”, “negocios son negocios” o el eufemismo más terrible de todos: “es lo que dicta la ley”. Cuando lo que esa ley dicta puede ser, en muchos casos, algo brutal, cruel, o inhumano. La ley no debería opacar nuestra capacidad de crítica –personal- al “orden” político. Esto es esencial, sobre todo, para la sociedad que analizaba Kafka: la sociedad alemana de comienzos de siglo XX, la sociedad que se precipitaba velozmente en el derecho como herramienta política de la Solución Final.

³⁰ Franz Kafka, *La Colonia Penitenciaria*.

y la búsqueda; dicho de otro modo: el itinerario hacia el lugar y el origen de la ley. Ésta se da al rehusarse, sin hablar de su procedencia ni de su sitio. Este silencio y discontinuidad constituyen el fenómeno de la ley”.³¹ La ley se parece demasiado a una muralla impenetrable. Tal vez el campesino tomó la única decisión posible de tomar: esperar afuera. No ver el “interior” de las leyes. O de la “ley” de las leyes, la ley suprema.

“Si tantas ganas tienes - intenta entrar a pesar de mi prohibición. Pero recuerda que soy poderoso...”. Ésta es la parte del cuento que más me interesa, porque va bien con el punto de “luchar” por el derecho. La moraleja de Kafka es que sólo se llega luchando. Sólo se llega venciendo la prohibición absurda y luchando contra el “guardián”. Luchando contra los que dicen “proteger” el derecho porque muchas veces son ellos los que menos hacen. Kafka nos dice que a veces los más celosos guardianes de la justicia son los que en realidad te impiden llegar al derecho.

Ya Jorge Luis Borges nos decía (en “Textos cautivos”, sobre Franz Kafka) que “los hechos de la vida de este autor no proponen otro misterio que el de su no indagada relación con la obra extraordinaria”.³² La experiencia vivida por Kafka y contada en el siguiente fragmento de *Carta al padre* marcó la vida de Kafka y sirve para entender mejor su insistencia en los “umbrales” de la justicia y las “puertas” que separan un mundo (tal vez el mundo del derecho) de otros mundos. Y la posibilidad de ser aceptado en él. O no: de ser rechazado. Nos sirve también para entender la idea de umbral, la misma idea de puerta, o de muralla, ideas esenciales en la literatura de Kafka. Veamos: “Sólo tengo recuerdo directo de un incidente de los primeros años. Quizás lo recuerdes tú también. (Dice Kafka a su padre). Una noche no paraba yo de lloriquear pidiendo agua, seguro que no por sed, sino probablemente para fastidiar, en parte, y en parte para entretenerme. Después de que no sirvieron de nada varias recias amenazas, me sacaste de la cama, me llevaste al balcón y me dejaste allí un rato solo, en camisa y con la puerta cerrada. No quiero decir que estuviese mal hecho, tal vez no hubo entonces realmente otra manera de lograr el descanso nocturno, pero con ello quiero caracterizar tus métodos de educación y su efecto en mí. En aquella ocasión, seguro que fui obediente después, pero quedé dañado por dentro. Lo para mí natural de aquel absurdo pedir-agua y lo inusitado y horrible del ser-llevado-fuera, yo, dado mi carácter, nunca pude combinarlo bien. Todavía años después sufría pensando angustiado que aquel hombre gigantesco, mi padre, la última instancia, pudiese venir casi sin motivo y llevarme de la cama al balcón, y que yo, por tanto, no era absolutamente nada para él. Aquello fue sólo un pequeño inicio, pero la sensación de nulidad que muchas veces se apodera de mí (una sensación, por otra parte y en otros aspectos, también noble y fructífera) se debe en mucho a tu influencia”.³³

Ahora veamos otro texto: “Es decir, todo depende de nuestra obediencia, pero el coronel ni trata de forzarnos a ella tiránicamente ni de conquistarla

³¹ Jacques Derrida, “Ante La Ley”.

³² Jorge Luis Borges, *Obras Completas*.

³³ Franz Kafka, *Carta al Padre*.

capciosamente a base de cordialidad. ¿Por qué, entonces, soportamos su odioso gobierno? No cabe duda: es por su mirada”. ¿Y qué duda cabe para nosotros de que aquí Kafka no nos está hablando de un “odioso coronel” sino más bien de su propio padre?³⁴

El otro aspecto de *Ante la ley* es que no se puede “esperar” eternamente el derecho; que todo, como en los procesos, tiene su momento indicado, y que fuera de él, no sirve. El famoso refrán “justicia lenta no es justicia” parece representado en este cuento corto de Kafka: al campesino se le va la vida esperando (al derecho), en lugar de ir a buscarlo. De salir a “luchar” por él.³⁵

Dice Jacques Derrida, “La ley, piensa el campesino, debería ser accesible siempre y a cada uno”. El campesino, dice, “Quiere ver o tocar la ley, quiere aproximarse, «entrar» en ella, porque quizás él no sabe que la ley no es para ver o tocar, sino para descifrar. Este es quizás el primer signo de su inaccesibilidad o del retardo que ella impone al campesino. Las puertas no están cerradas, están «abiertas, como siempre» (lo dice el texto), pero la ley permanece inaccesible...”³⁶

Respecto de la ley misma, Derrida profundiza su análisis y nos dice: “Y ella no es ni natural ni institucional; nunca se llega a ella y, en el fondo de su tener-lugar original y propio, ella no llega nunca. Ella es aún más «sofisticada» que la convención del convencionalismo que uno atribuye convencionalmente a lo sofistas. Es siempre un misterio: a la vez un secreto, cuya detentación es simulada por una casta —por ejemplo, la nobleza de la que Kafka habla en *Sobre la Cuestión de las Leyes*—, y una delegación al secreto. Éste no es nada —y éste es el secreto a guardar bien, nada ya sea presente o presentable, pero esa nada debe ser guardada bien, debe ser muy guardada. A esa guardia es delegada la nobleza. La nobleza no es sino eso y, como lo sugiere *Sobre la Cuestión de las Leyes*, el pueblo correría demasiados riesgos al privarse de aquella. No comprendería nada de la esencia de la ley. Si la nobleza es requerida, es porque esa esencia no tiene esencia, no puede ser ni estar allí. Es tanto obscena como impresentable —y se debe dejar que los nobles se hagan cargo de ella. Se debe ser noble para eso”.³⁷ Nos dice Derrida, pues, que la ley no la hacen ni la entienden en definitiva los pobres campesinos rurales: sólo los nobles. Y agrega “A menos que sea necesario ser Dios. En el fondo, he ahí una situación donde nunca se trata de un asunto de proceso o juicio; ni veredicto ni sentencia, lo cual es más aterrador. Hay alguna ley, alguna ley que no está ahí pero que la hay. El juicio no llega. Y en este otro sentido, el hombre de la naturaleza no es solamente sujeto de la ley fuera de la ley, sino también, de modo infinito, pero finito, el prejuzgado. Prejuzgado, no en tanto que juzgado de antemano, sino en cuanto que está antes de un juicio que siempre se prepara y se hace esperar. Prejuzgado como antes de ser juzgado, anticipando a la ley que significa —que sólo significa— «más tarde». Si esto concierne a la esencia de la ley, es que ella no tiene esencia. Ella se sustrae de esta esencia del ser que sería la presencia. Su «verdad» es esa no-verdad de la cual Heidegger dice que es la verdad de la verdad. En

³⁴ Franz Kafka, *El mensajero imperial* (Madrid: Alianza, 2001).

³⁵ Rudolf von Ihering, *La Lucha por el Derecho*.

³⁶ Jacques Derrida, “Ante la ley”.

³⁷ *Ibid.*

tanto tal, verdad sin verdad, ella se guarda, se guarda sin guardarse, guardada por un guardián que no guarda nada, quedando la puerta abierta, abierta a nada. Como la verdad, la ley sería la guardia misma (*Wahrheit*), solamente la guardia. Y esta mirada singular entre el guardián y el hombre”.³⁸ Es respecto de esta “ley” misteriosa, cuya naturaleza desconocemos, que Derrida se pregunta: “¿Es una cosa, una persona, un discurso, una voz, un escrito o simplemente una nada que difiere incesantemente el acceso a sí, prohibiéndose a sí misma a fin de convertirse en algo o en alguien?”³⁹ Como si fuera (la ley misma) sólo un interior vacío –una idea platónica, una nada celeste, un ideal sin interior, una máscara sin vida, un fantasma- del cual viven “infinitas” generaciones de guardias, esos burócratas grises del derecho que la obra de Kafka viene a denunciar.

IV. CONCLUSIÓN. LITERATURA Y DERECHO: ESTABLECIENDO NUEVOS PUENTES

Ya Pamuck ha hablado de la modernidad, el Estado y la “novela” como código de comunicación entre los ciudadanos. Jacques Derrida, en esta conferencia *Ante la ley*, que dio en París con motivo de una lectura del cuento de Kafka, nos trae una visión novedosa sobre la relación o el vínculo que puede establecerse entre la literatura y el mundo de las leyes. Distintos autores como Ronald Dworkin, Richard Posner o Richard Rorty han defendido la importancia de hacer un análisis del derecho que incorpore, de diversas maneras, la literatura. El feminismo también ha enarbolado esta posibilidad (pienso en Virginia Woolf y Guy de Mapussant) como forma de hacer visible la voz de las mujeres. También la reconocida pensadora Martha Nussbaum, en su libro *Justicia Poética*, defiende esta posibilidad como una forma más de pensar al derecho desde lo racional, pero incorporando, a su vez, las emociones. Asumir todo lo que nos trae la literatura: que el hombre también tiene aspectos vulnerables, irracionales, que el derecho tiene lagunas, que muchas veces es contradictorio, o injusto. No se debería excluir, pues, la perspectiva literaria. Esta visión hace a la esencia del humanismo contemporáneo, humanismo amenazado. La literatura vendría así a enriquecer nuestra comprensión de diversos fenómenos vinculados al derecho.⁴⁰

³⁸ Ibid.

³⁹ Derrida nos dice que “Es necesario pensar [il y a lieu de penser] juntamente, sin duda, cierta historicidad de la ley y cierta historicidad de la literatura. Si yo digo «literatura» en vez de poesía o bellas-letras, es para [re]marcar la hipótesis según la cual la especificidad relativamente moderna de la literatura como tal guarda una relación [rapport] esencial y estrecha con un momento de la historia [histoire] del derecho”. Ibid.

⁴⁰ Ver, por ejemplo, Martha Nussbaum, *Justicia Poética* (Buenos Aires: Andrés Bello, 1998); y Richard Posner, “Law and Literature: A Relation Reargued”, en *Virginia Law Review* 72 (1986) 8: 1351-1392.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE TRASPLANTES LEGALES. VISIONES Y CLASIFICACIONES

Pablo A. Iannello¹

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad presentar un panorama descriptivo del fenómeno de los trasplantes legales a partir de dos de los esquemas más difundidos de dicho fenómeno: por un lado, la visión dogmática de Alan Watson y, por el otro, la visión normativa generada a partir del enfoque económico del derecho. Parece oportuno mencionar que estos enfoques no son los únicos que se han ocupado del problema de los trasplantes normativos. Sin embargo, entre ellos existen algunos puntos de comparación que hacen atractivo el contrapunto entre estas dos visiones. Seguidamente se presentan ciertos determinantes de los trasplantes legales. Por último, se presentan algunos temas para futuras investigaciones.

II. UN PANORAMA GENERAL SOBRE LA CATEGORÍA DE TRASPLANTES

a) La visión dogmática. El concepto en la visión de Alan Watson

Habiendo planteado nuestro objeto de estudio, estimamos necesario delinear el concepto de trasplante legal. Esto nos permitirá alcanzar, cuando menos en forma intuitiva, una noción sobre cómo se producen los fenómenos de “préstamos”² entre familias jurídicas, y entender su complejidad.

Existe abundante literatura³ que atribuye el desarrollo del concepto de trasplante legal al profesor Alan Watson.⁴ Sin embargo, pueden encontrarse antecedentes sobre el tema varias décadas antes.⁵ Sin perjuicio de lo dicho,

¹ Abogado, Universidad de Buenos Aires.

² En la literatura de habla inglesa se habla de *legal transplants* y en el mismo sentido se habla de *borrowings*, término que en español suele referirse a transferencia o trasplantes. Por ello, a los efectos de este trabajo, trasplantes, transferencias, préstamos y trasplantes son considerados sinónimos.

³ Véase, entre otros, Ana Batricevic, "Legal Transplants and the Code of Serbian Tsar Stephan Dushan: A Comparative Study" (2006), disponible en <http://ssrn.com/abstract=953277>; Jan Smits, "Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience", *Translational Journal of Law and Contemporary Problems* 13 (2003): 551-574.

⁴ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2da ed. (Athens: University of Georgia Press, 1993).

⁵ Es el caso de Frederick Walton, "The Historical School of Jurisprudence and Transplantation of Law", *Journal of Comparative Legislation and International Law* 9 (1927): 183-192.

no puede negarse que fue Watson quien por primera vez ensayó una definición del fenómeno de préstamos institucionales, conceptualizándolo como “el paso de una norma o de un sistema jurídico de un país a otro o de un pueblo a otro”.⁶

El interés por el estudio de las transferencias de instituciones ha adquirido gran importancia a partir del fenómeno de la globalización, por cuanto a partir de ella se comenzó a gestar un proceso de homogenización entre las distintas familias jurídicas generando una tendencia a la imitación recíproca de reglas.⁷ De esta forma, en la actualidad una de las tareas más relevantes para la ciencia del derecho comparado radica en intentar establecer las relaciones existentes entre las fuerzas que producen los cambios en la estructura de los sistemas jurídicos y los motivos que dan origen a los mismos.⁸ Se ha afirmado que el estudio de los procesos de transferencia institucional constituye uno de los puntos de investigación con más campo de desarrollo en la ciencia *ius comparativista* moderna,⁹ dado que “la mayoría de los cambios en los sistemas jurídicos modernos se debe a algún tipo de trasplante legal”.¹⁰ Dentro de este fenómeno, uno de sus aspectos más complejos es la forma en que la norma o institución traspasada es recibida en el sistema normativo que la adopta.

La teoría de Watson sostiene que todo sistema jurídico tiene su origen en un proceso de trasplante. Sin embargo, las opiniones no resultan homogéneas en lo que respecta al hecho de que todo sistema jurídico deba su origen a un proceso de préstamo institucional. De hecho, al breve tiempo que se acuñara la definición de trasplantes legales, se advirtió sobre la probabilidad de que el proceso de traspaso de normas pueda ser repelido. Esa posibilidad se vinculó directamente al tipo de norma que se intenta transferir, atendiendo a que no todas las áreas del derecho son igualmente permeables a dichos procesos.¹¹ A partir de aquí y junto con el trabajo de Pierre Legrand,¹² las aguas del derecho comparado quedaron divididas entre quienes se pronuncian a favor de la existencia de la transferencia de instituciones y aquellos que pregonan la imposibilidad de las mismas.

En relación a estas posturas nos inclinamos a pensar que, de una u otra forma, en su evolución, los sistemas jurídicos se ven afectados en mayor o menor medida en algún momento de su historia por procesos de préstamos. Sin embargo, la dinámica propia de la recepción de la norma en el nuevo sistema jurídico implica, en la mayoría de los casos, un proceso de mutación

⁶ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*.

⁷ Para ampliar este enfoque, véase David J. Gerber, “Globalization and Legal Knowledge: Implications for Comparative Law”, *Tulane Law Review* 75 (2001): 949-975.

⁸ Alan Watson, “Legal Change: Sources of Law and Legal Culture”, *University of Pennsylvania Law Review* 131 (1983): 1121-1157.

⁹ Jan Smits, “Import and Export of Legal Models: The Dutch Experience”.

¹⁰ Ugo Mattei, “Efficiency in Legal Transplants. An Essay in Comparative Law and Economics”, *International Review of Law and Economics* 14 (1994): 3-19.

¹¹ Frederique Dahan – Janet Dine, “Transplantation for transition- discussion on a concept around. Russian reform of the law on reorganization”, *Legal Studies* 23 (2003): 284-310, en el cual se referencia el trabajo del profesor Otto Kahn-Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law”, *Modern Law Review* 37 (1974): 1-27.

¹² Pierre Legrand, “The impossibility of legal transplants”, *Journal of European & Comparative Law* 4 (1997): 111-124.

institucional. De esta forma, la colisión entre la nueva institución y el sistema jurídico vigente del país receptor ha de dar por resultado un producto diferente al originario.

La aproximación al concepto que venimos desarrollando no puede ser abarcada en forma completa si no se definen también los conjuntos normativos de partida y de recepción, es decir el concepto de sistema jurídico. Se ha entendido como tal al conjunto estructurado de leyes de una nación que se verá influenciado por su identidad cultural, su herencia, sus tradiciones, su evolución histórica y las circunstancias sociales en un momento determinado.¹³ Es en el aspecto de la dinámica de los sistemas jurídicos -tanto de los países que transfieren como de aquellos que receptan- en donde se gestan los procesos de traspaso; existiendo en la forma y características de las instituciones que se transfieren un sesgo a favor o en contra de su recepción, el cual estará determinado en mayor o menor medida por la elite jurídica del país receptor, en un momento determinado.¹⁴

No resulta erróneo concluir que la definición que la literatura nos ha provisto del concepto de trasplante legal hasta el momento es un tanto general y amplia. Creemos que en parte ello se debe a lo complejo que resulta circunscribir un proceso de cambio legal, en el que se adoptan elementos de distintos sistemas jurídicos en una sola definición.

Quizás el problema fundamental en lograr una única conceptualización del fenómeno provenga de la imposibilidad de capturar en todas sus dimensiones posibles el objeto a definir. De hecho, quien acuñara la definición¹⁵ ha manifestado la imposibilidad de crear una teoría sistemática sobre el tema.¹⁶ En este punto, los historiadores del derecho se han quedado a mitad del camino en el entendimiento del problema, y a partir de esta postura parecería inferirse que no hay forma alguna de predecir bajo ningún tipo de parámetro de qué forma, ni en qué momento, las mutaciones en los sistemas legales pueden llegar a ocurrir.¹⁷

El fundamento de esta línea de argumentos reposa en la idea de que el derecho responde a fenómenos sociales que lo generan. La teoría "watsoniana" puede enmarcarse entonces en lo que los teóricos del Derecho comparado han denominado teorías espejo.¹⁸

b) La clasificación de los trasplantes legales

Un estudio del fenómeno de los trasplantes desde el punto de vista dogmático no estaría completo sin hacer referencia a las principales clasificaciones que se

¹³ Véase Ana Batricevic, "Legal Transplants and the Code of Serbian Tsar Stephan Dushan: A Comparative Study".

¹⁴ William Ewald, "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants", *American Journal of Comparative Law* 43 (1995): 489-510.

¹⁵ El concepto de "legal transplant" se atribuye a Alan Watson.

¹⁶ Alan Watson, "Legal change: Sources of law and legal Culture".

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Las teorías espejo del derecho son aquellas que consideran que los cambios que operan en el plano jurídico se deben a fuerzas externas a él. Para un desarrollo del concepto véase William Ewald, "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants".

han efectuado sobre el mismo. Como toda clasificación, su objetivo radica en proponer una mejor comprensión del problema sistematizando el mismo a partir de algún criterio que posee cierto grado de arbitrariedad.

Nos referiremos en primer lugar a la clasificación sociológica realizada por Miller,¹⁹ y en segundo lugar a la histórica planteada por Watson,²⁰ por resultar las más relevantes y las más abarcativas en el campo.

Jonathan Miller propone una clasificación de los trasplantes legales en perspectiva sociológica, en tanto la fuente de su clasificación son los factores sociales que resultan ser, a su criterio, causas del proceso de trasposos institucionales. Esta visión presenta dos aspectos interesantes: el primero es que por su enfoque permite revisar la recepción de los institutos jurídicos trasplantados en forma dinámica; el segundo radica en que se efectúa un análisis del rol del donante del instituto jurídico. La tipología propone cuatro variantes diferentes de trasplantes legales, a saber: 1) trasplante que ahorra costos, 2) trasplante determinado desde el exterior, 3) trasplante *entrepreneur* y 4) trasplante que genera legitimidad. A continuación explicamos brevemente cada uno.

1. El trasplante que ahorra costos

Consiste en la decisión del operador que tiene a cargo el diseño de la institución jurídica en un determinado país, de copiar de una jurisdicción extranjera, un instituto existente y cuyo éxito ha sido corroborado en el sistema donante. De esta forma el diseño de la institución resulta mucho menos costoso en tanto se cuenta con la experiencia previa del país donante. Sin embargo, un punto débil de los trasplantes que tienen este origen es que difícilmente se pueda anticipar un ahorro de costos en lo que respecta a la aplicación de la norma. Es decir que normalmente pueden reducirse los costos de elaboración y conceptualización de la norma, pero poco puede estimarse respecto de los costos que demandará la real aplicación del instituto. La literatura suele citar como ejemplo de este problema la *Law Commission Act* inglesa de 1965, la cual impuso sobre la *Law Commission* y sobre la *Scotish Law Commission* la obligación de obtener información de los sistemas legales de otros países para facilitar el trabajo de la comisión,²¹ buscando reducir de esta forma el diseño de las instituciones imitando creaciones normativas ya existentes.

2. Trasplante determinado desde el exterior

Se funda en la adopción de un sistema foráneo, propuesto por el donante, de forma tal que éste, al momento de interactuar con el país receptor, ya se encuentra familiarizado con aquel sector del sistema jurídico en el cual la

¹⁹ Jonathan Miller, "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process", *The American Journal of Comparative Law* 51 (2003): 839-885.

²⁰ Alan Watson, "Aspects of the Reception of the Law", *The American Journal of Comparative Law* 44 (1996): 335-351.

²¹ Para un análisis detallado del problema referido véase Otto Kahn-Freund, "On Uses and Misuses of Comparative Law".

institución fue receptada. Normalmente, este tipo de trasplantes ocurre en países con instituciones legales débiles, que por algún motivo resultan atractivos para hacer inversiones, por lo cual el país inversor -donante- suele pretender algún nivel de seguridad jurídica a través de dicho mecanismo. En ciertos casos, estos tipos de trasplantes vienen impuestos desde el exterior por situaciones políticas. Un caso para referirse sería la expansión del derecho alemán a Austria luego del Anschluss en 1938 o la “sovietización” del derecho en Europa central durante la guerra fría.²²

3. Trasplante entrepreneur

Consiste en que ciertos grupos dentro de una sociedad determinada obtienen beneficios al invertir y alentar la adopción local de un modelo foráneo.

4. El trasplante que genera legitimidad

Se basa en la adopción de una determinada institución legal de un sistema jurídico foráneo, normalmente un sistema que goza de prestigio mundial, con el objeto de dar un efecto señal a la comunidad internacional.

Un denominador común en esta clasificación es que todos los tipos parecen apoyarse en la lógica que, según los historiadores del derecho, se encuentra subyacente en la formación de la tradición jurídica occidental, cual es, la competencia de elites dominantes en un momento determinado.²³

A su vez, salvo por el caso del trasplante que ahorra costos, que por sus características pareciera ser un subtipo que puede estar presente en los otros tres, las restantes categorías podrían alinearse con la moderna teoría política evolutiva que entiende el origen de políticas e instituciones como un mecanismo de filtros cognitivos que permite la creación de respuestas a demandas de instituciones por parte de grupos de presión.²⁴

Watson, por su parte, propone el análisis de distintos aspectos del proceso de trasplante que no alcanzan a ser una clasificación. Su visión está basada más en factores históricos que sociales. Carece, por tanto, según nuestro parecer, de una sistematización más acabada. Sin embargo, provee ejemplos mucho más ricos y esclarecedores del proceso de trasplante.

1) El primer aspecto que plantea el mencionado autor es el que él mismo denomina “utilidad práctica”. Este concepto se condice con la visión “economicista” del proceso de trasplante a la que nos referimos anteriormente. Según el historiador del derecho, las transferencias de instituciones rara vez pueden ocurrir debido a cuestiones de utilidad práctica. Una comparación con la clasificación de Miller -presentada en el punto inmediato anterior- permitiría inferir que Watson no estaría de acuerdo con la posibilidad de la existencia de un trasplante basado en el objetivo de ahorrar costos.

²² Estos ejemplos se encuentran extraídos y desarrollados en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, editado por Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (Oxford: Oxford University Press, 2008), págs. 456 y ss.

²³ Pier Giuseppe Monateri, “The ‘Weak Law’: Contaminations and Legal Cultures”, *Global Jurist Advances* 1 (2001), disponible en <http://www.bepress.com/gj/advances/vol1/iss3/art5>.

²⁴ Michael Wohlgemuth, “Evolutionary Approaches to Politics”, *Kylos* 55 (2002): 223-246.

2) El segundo aspecto que el autor plantea es la *chance*, es decir la posibilidad de que un determinado instituto tenga acogida en un lugar, por cuestiones basadas principalmente en el azar. Este argumento no parece ser muy robusto ya que las cuestiones de incertidumbre están planteadas en todos los órdenes sociales de cualquier tipo y no parece que, en el caso en estudio, tengan más relevancia que en cualquier otro aspecto del orden social.

3) En tercer lugar, como un punto derivado de la *chance*, Watson plantea el caso de la imprevisibilidad de las doctrinas legales. Lo que intenta demostrar es la imposibilidad que tienen los operadores del sistema de prever las consecuencias y extensiones de los efectos que ellos generan en el sistema jurídico en el que operan y sus posibles ramificaciones hacia otro sistema.

4) Finalmente, el cuarto aspecto presentado está vinculado con la necesidad de creatividad en el proceso de préstamos. Los trasplantes muchas veces se dan a través de un proceso de creatividad que desafía el *status quo* legal en un momento determinado. El trasplante puede apoyar ese proceso de creatividad; así una norma puede permitir dotar de autoridad a otra en un contexto diferente. Esta última resulta ser la categoría más interesante a nuestro parecer. A lo largo del presente artículo veremos cómo los operadores jurídicos del país receptor necesariamente emplean su creatividad en el proceso de adaptación dando lugar a un instituto diferente al originariamente transferido.

Es evidente que la clasificación de Watson es mucho menos sistemática que la planteada por Miller. Sin embargo, no puede dejar de ser mencionada en tanto sirvió como antecedente a las demás. Otra particularidad interesante desde esta última visión son los ejemplos históricos basados principalmente en la adaptación del Derecho Romano a las costumbres vigentes en la Edad Media, básicamente por el trabajo de los glosadores y postglosadores tales como Bartolo, que dio lugar al surgimiento del conocido "*Usus Modernus Pandectarum*". La vaguedad de la clasificación de Watson es aceptada por el propio autor al manifestar que "*La imposibilidad de dimensionar históricamente el proceso de trasplante implica que no existe forma de determinar la velocidad de respuesta de un cambio legal ante un cambio en las circunstancias sociales e históricas.*"²⁵

c) *La visión normativa de los trasplantes legales*

Recordemos previamente que el carácter normativo de un estado de situación responde su conceptualización en términos de "positivo" o "negativo", bajo algún concepto establecido como meta-regla. En la literatura del análisis económico del derecho, el concepto normativo clásico resulta ser la eficiencia.

Este término propio de la ciencia económica se ha filtrado en la literatura del derecho comparado a través del concepto de convergencia, la cual es definida como el mecanismo a través del cual se adoptan soluciones similares

²⁵ Alan Watson, "Legal Change: Sources of law and legal culture".

en sistemas legales diferentes, generando que los sistemas jurídicos del mundo confluyan hacia patrones legales semejantes. Este proceso daría lugar a un resultado eficiente.²⁶ Debemos advertir que no resulta claro a qué “tipo” de eficiencia se hace referencia al aplicar el mentado principio a los procesos de trasplantes. A los efectos del presente trabajo, debemos aclarar que nos referiremos sólo a la eficiencia en términos del instituto objeto de trasplante y no al proceso en sí. Para conceptualizarla, hemos de entenderla como aquella situación en la cual los beneficios de la asignación superan a los costos, y aquellos agentes que soportan los costos pueden ser cuando menos hipotéticamente compensados.²⁷

Existe un cierto consenso, aunque no absoluto,²⁸ en que los sistemas jurídicos con mayor sesgo hacia la eficiencia serían aquellos basados en la tradición del *common law*. Son conocidos en este punto los trabajos de Paul Rubin.²⁹ Los sistemas basados en la tradición del *common law* tienden a generar leyes eficientes por su naturaleza evolutiva, dado que las partes buscan obtener una situación beneficiosa logrando que las leyes que no responden a sus intereses sean dejadas de lado. Esto es posible dada la injerencia que posee la figura del juez en la creación de derecho. El carácter flexible y evolutivo del *common law*, sobre todo a partir del establecimiento de los tribunales de *Equity*, permite que el proceso de transformación de normas sea más fácil de adaptar a los requerimientos de los agentes. Este concepto aparece trabajado por Hayek, quien se refiere al proceso de creación de derecho a través de la costumbre (principal fuente de creación de derecho en los países de tradición sajona), al indicar que este tipo de sistema legal favorece la creación de un orden espontáneo que llevaría a que el sistema de normas permitiese que cada individuo detente los bienes que más valora.³⁰ A favor de esta visión también encontramos la postura de Leoni, al sostener que “*La legislación puede llevar a cabo lo que un orden espontáneo no podría nunca hacer. Se puede obligar a la demanda a que se ajuste a la oferta o se puede obligar a la oferta que se ajuste a la demanda de acuerdo con una serie de regulaciones promulgadas por los cuerpos legislativos, los cuales decidirán posiblemente como ocurre hoy basándose en artificios tales como la regla de la mayoría*”.³¹

Una aplicación lineal del argumento que desarrollamos nos llevaría afirmar que aquellos sistemas jurídicos que sean más proclives a permitir la mutación de su sistema normativo, en este caso vía trasplantes, hacia aquellos institutos ya receptados en otros sistemas en donde su efectividad ha sido constatada tenderá a ser considerado eficiente, dado que los mismos operadores jurídicos en función de sus preferencias tenderían a elegir el instituto trasplantado si se adecua a ellas.

²⁶ Ugo Mattei, “Efficiency in Legal Transplants. An essay in Comparative Law and Economics”, *Int'l. Rev. L. & Econ* 14 (1994): 3-13.

²⁷ Este es el criterio conocido como Kaldor-Hicks.

²⁸ Véase la posición de Gordon Tullock, “Law and Economics” en “The Selected Works of Gordon Tullock” 9, editado por Liberty Fund (Indianapolis, 2005), pág 399.

²⁹ Paul Rubin, “Why is Common Law Efficient”, *The Journal of Legal Studies* 6 (1987): 52-63.

³⁰ Federich A Hayek, *Derecho Legislación y Libertad* (Madrid: Unión Editorial, 2006), págs. 287 y ss.

³¹ Bruno Leoni, *La Libertad y la Ley* (Madrid: Unión Editorial, 1995), pág.125.

Sin embargo, la aplicación del concepto de eficiencia al estudio de los mecanismos de préstamos institucionales no nos parece tan simple ni lineal, como puede resultar el analizar el proceso de eficiencia de un sistema jurídico considerado unitariamente en forma aislada. De hecho, en el caso que nos ocupa, es necesario ponderar como un factor altamente probable que las preferencias individuales de los operadores de un sistema jurídico puedan ser diferentes a las de sus vecinos, por lo que la maximización de la utilidad en un sistema puede no arrojar el mismo resultado en otro distinto.

El trabajo de Pistor et al³² importa un avance significativo sobre el punto. Estimamos que su principal inteligencia consiste en vincular el “efecto trasplante” con el desarrollo económico de un país sin elaborar conclusiones directas en torno a la eficiencia. Otro importante aspecto de su trabajo es la conceptualización que efectúa respecto del proceso de trasposos. En tal sentido los autores afirman que, más allá de la familia jurídica a la que pertenezca el país receptor, resultarán factores dirimientes en la recepción de las normas la existencia de una demanda para llenar un “vacío normativo” sumado a la familiaridad de los operadores jurídicos con el instituto trasplantado, siendo dos los que resultan clave en determinar que el trasplante sea receptivo: aquellos que son creadores de leyes y los que resultan aplicadores de la ley.

Sin embargo, creemos que el trabajo no termina de puntualizar cuáles son aquellas “condiciones locales” a las que hacen referencia los autores y que es en esa dirección en la que debe avanzarse en orden a sistematizar las condiciones de receptividad.

Consideramos que los procesos de transferencias revisten carácter evolutivo, por lo cual la eficiencia no es alcanzada en un punto determinado, sino que es un proceso de adaptación constante.

Hemos sido cautelosos en no atribuir a la eficacia de un trasplante el carácter de eficiente, puesto que no nos atrevemos a afirmar que la aplicación de la norma trasplantada implique una mejora en la asignación de recursos para aquellos que más los valoran; de hecho en numerosas oportunidades la aplicación por parte de los operadores jurídicos relevantes de un nuevo instituto normativo no implica *per se* una mejora para todos los afectados por la nueva norma adoptada.

Los procesos de préstamos institucionales son por su propia naturaleza dinámicos, el comportamiento de los agentes que los ocasionan son variables, y en dicha variabilidad está implícito un proceso de adaptación que tiene lugar ante la presencia de elementos “extranjeros” (como normas jurídicas o sistemas de normas). Es así incluso que, de pretender referirnos a la eficiencia, ésta no debería contemplarse en relación a una situación estática, sino que debería ser un concepto que contemple necesariamente elementos dinámicos. Veamos entonces el proceso de trasposo desde su interior. Para ello estudiaremos algunos de los puntos relevantes que, por su importancia, merecen un tratamiento separado del concepto general.

³² “Katharina Pistor - Daniel Berkowitz – Jean-Francois Richard, “Economic Development, Legality and the Transplant Effect”, *European Economic Review* 47 (2003):165-195.

III. ASPECTOS RELEVANTES EN EL PROCESO DE TRASPLANTE

Existen ciertas características del proceso de transferencia que, por su injerencia en las condiciones de recepción, adquieren particular relevancia ya que resultarán elementos modeladores de la institución traspasada. Dentro de ellos, operan los agentes con capacidad de modificar la norma para adaptarla al sistema jurídico receptor.

Como primer punto, cabe mencionar que estos elementos no resultan independientes, sino que actúan en forma simultánea y complementaria, afectando directamente la forma en que los operadores jurídicos realizan su proceso de decisión. Ello implica que su estructura de preferencias es esencialmente variable, lo cual conlleva que un instituto originariamente rechazado pueda ser, por efecto de algunos de los factores que estudiaremos seguidamente, receptado en alto grado en un momento posterior.

La siguiente enumeración dista de ser exhaustiva, pero pasaremos a mencionar los que consideramos más relevantes.

a) *La cultura legal*

1. Concepto

La cultura legal ha sido entendida como: *“aquellos comportamientos que refieren a la naturaleza derecho, y a la estructura y funcionamiento del sistema legal los cuales se encuentran arraigados históricamente en una sociedad”*.³³ También ha sido conceptualizada como *“el marco de intangibles según el cual una comunidad realiza sus interpretaciones, dotándola de fuerza normativa y que en el largo plazo determina la identidad de esa comunidad”*.³⁴ La importancia de este concepto viene dada por la aptitud que posee para “moldear” aquello que es considerado como jurídicamente relevante en un momento determinado. Tiene injerencia sobre el comportamiento de los agentes jurídicos, a la vez que determina las necesidades que debe satisfacer el sistema jurídico para su reproducción como tal.

La cultura legal es parte de un complejo más grande con el cual interactúa en forma constante en tanto el derecho no es un fenómeno independiente separado de los restantes fenómenos sociales. El derecho junto con el lenguaje, el conocimiento y la calidad del desarrollo humano constituyen la cultura humana.³⁵

Respecto de la relevancia que adquiere este concepto en el proceso de trasposos, cabe considerar que el efecto de las cuestiones políticas, culturales y sociales extrínsecas a los aspectos legales y a los procesos de optimización

³³ John H. Merryman – David S. Clark, “Comparative law: Western European and Latin American legal systems”, en Anthony Ogus, “The Economic Basis of Legal Culture: Network and Monopolization”, *Oxford Journal of Legal Studies* 22 (2002): 419-434.

³⁴ Nuno M Garoupa, - Anthony Ogus, "A Strategic Interpretation of Legal Transplants", *CEPR Discussion Paper No. 4123* (2003), disponible en <http://ssrn.com/abstract=480744>.

³⁵ Rodolfo Sacco, “Diversity and Uniformity in Law”, *American Journal of Comparative Law* 49 (2001): 171-189.

económica es mayor en la determinación de los procesos de migraciones de ideas legales que en el traspaso de patrones tecnológicos, económicos y científicos.³⁶ Vale la pena mencionar que esta visión de la relación entre derecho y sociedad ha adquirido predominancia en la actualidad, puesto que visiones más antiguas del derecho comparado (que hacían referencia al fenómeno que estamos analizando) veían a la cultura como un escollo insalvable para el proceso de recepción de normas foráneas.

2. Los operadores jurídicos. La tecnología de red y el nivel de adaptación normativo

Ya hemos esbozado que existen jugadores clave en el proceso de cambio legal. Sus intereses y preferencias pueden determinar la suerte respecto de la recepción de un instituto. Los abogados profesionales -en cualquiera de los cargos que pueden desempeñar- son el máximo exponente en esta categoría y algunos de ellos poseen la capacidad suficiente para determinar lo que se considera "legal".³⁷

Ciertos autores han realizado un análisis económico del fenómeno, perfilando a la cultura legal como una tecnología de red.³⁸ De esta forma, se presenta como un determinado conjunto de mecanismos lingüísticos, conceptos y procedimientos que se transforman en las principales formas de comunicación de los conceptos y decisiones legales en un territorio determinado, las cuales son manejadas por los operadores jurídicos de esa región. Este mecanismo de red permite constituir un monopolio que tendería según los autores, por lo menos en cierto aspecto, a ser eficiente en lo que respecta a minimizar el costo de resolución de conflictos.³⁹

El manejo de las formalidades y el lenguaje funcionan como barreras de entrada a otros operadores de forma tal que sólo un grupo reducido se asegura el rol de "adaptadores de normas".

Dentro de los agentes jurídicos relevantes, y a su vez dentro de los abogados, son los jueces quienes desarrollan un rol crucial en la recepción de una nueva norma o institución, en tanto sobre ellos recae la posibilidad última de determinar lo que es jurídicamente viable en un momento determinado.

Puede decirse que el nivel de permeabilidad de la cultura legal, y la posibilidad de que quienes detentan el monopolio de la misma adapten sus preferencias a un instituto extraño a esa cultura, resultarán aspectos cruciales en la velocidad de recepción y aplicación del instituto trasplantado.

Finalmente, debemos por lo menos mencionar el hecho de que la aceptación de medios del trasplante no implica la aceptación de fines, lo que puede dar lugar al proceso llamado de aculturación antagónica.⁴⁰ Esto resulta relevante a la hora de poder interpretar la conducta de quienes resultan

³⁶ Frederick Schauer, "The Politics and Incentives of Legal Transplantation", *Center for International Development at Harvard University*, Working Paper N° 44 (2000), disponible en <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/044.htm>.

³⁷ Nuno M. Garoupa - Anthony Ogus, "A Strategic Interpretation of Legal Transplants".

³⁸ El rasgo típico de la tecnología de red es que su utilidad social aumenta a medida que más usuarios hacen uso de ella.

³⁹ Anthony Ogus, "The Economic Basis of Legal Culture: Network and Monopolization".

⁴⁰ George Devereux - Edwin Loeb, "Antagonistic Acculturation", *American Sociological Review* 8 (1943): 133-147.

creadores de normas jurídicas en un sistema, para evidenciar si efectivamente se pretende un trasplante institucional o bien, sabiendo de antemano el rechazo que tendrá el mismo, es perseguido al solo efecto de reforzar el sistema vigente.

b) Similitud de sistema jurídico

La semejanza que posean los sistemas jurídicos –donante y receptor respectivamente- influye directamente sobre la posibilidad de copiar instituciones legales. Ello sin perjuicio de la importancia que se suele otorgar a la forma en que la ley es inicialmente trasplantada, resultando un determinante más importante que la familia jurídica a la que pertenecen el país donante y el país receptor.⁴¹ Sin embargo, desde la perspectiva de los costos de información, una primera intuición nos lleva a afirmar que los mismos serán menores si resulta que el instituto migrado lo es en el marco de países de la misma familia jurídica. Una institución trasplantada que no reúne los caracteres de un sistema jurídico en un momento determinado puede ser vista como un intruso y, en el caso de no ser aceptada por aquellos agentes antes mencionados, su nivel de receptividad se vería fuertemente erosionado.⁴²

El filósofo norteamericano John Dewey, analizando la lógica de las decisiones judiciales, ha hecho un punto que, si bien parece obvio, resulta dirimente en la determinación de los costos de transacción de un proceso de trasplante. Menciona que “*resulta práctico y económico utilizar un concepto que ya se encuentra a mano que tomarse el tiempo y el esfuerzo en modificar uno o diseñar uno nuevo*”.⁴³

Creemos que el concepto de similitud en la familia jurídica afecta el proceso de recepción, de manera que si el instituto trasplantado pertenece a la familia jurídica del país receptor, se disminuyen los problemas de información asimétrica entre la nueva norma y los agentes jurídicos encargados de adaptarla al nuevo marco institucional, lo que reduce el tiempo de adaptación de aquello que se trasplanta.

Finalmente, cabe destacar que si bien un sistema jurídico de una cierta familia jurídica, puede en su conjunto evidenciar sesgos que lo hacen guardar similitud con un sistema otro sistema de la misma familia; ello no impide que existan sub sistemas que puedan a su vez relacionarse con subsistemas diferentes de otras familias jurídicas diferentes a la troncal. Por ende, el trasplante de la una norma de un sistema jurídico madre a un sistema jurídico perteneciente a la misma familia no garantiza un elevado nivel de aceptación.

⁴¹ Este punto es el desarrollado por Katharina Pistor - Daniel Berkowitz – Jean-Francois Richard, “Development, Legality and the Transplant Effect”.

⁴² Karl Warneryd, “Transaction Cost, Institutions, and Evolution”, *Journal of Economic Behavior and Organization* 25 (1994): 219-239.

⁴³ John Dewey, “Logical Method and the Law”, *Cornell Law Quarterly* 10 (1924): 17-27.

c) Existencia de un mercado de instituciones jurídicas

Hemos dicho que quienes plantean la eficiencia del proceso de convergencia de instituciones jurídicas sostienen que la homogenización de los sistemas legales puede ser explicada como algún tipo de movimiento hacia la eficiencia de un sistema jurídico global.⁴⁴ De esta forma, con excepción de aquellas leyes con alto contenido moral y religioso, los diferentes sistemas jurídicos tienden a confluir en tanto posean desarrollos sociales y económicos similares.⁴⁵ Necesariamente este proceso de unificación generará trasplantes de instituciones, ya sea en su concepción tradicional aquí planteada, o a través de un proceso de unificación equivalente.⁴⁶

La selección de los donantes de esos institutos, quienes constituyen la oferta de instituciones jurídicas, obedece a diversas razones, algunas de las cuales fueron expuestas al referenciar la clasificación de Miller, y que principalmente pueden estar constituidas entre otros factores por el prestigio o el éxito que esa norma o conjunto de normas hayan tenido en determinado país o sistema jurídico. Ello es todo cuanto habremos de expresar sobre el rol del donante en este trabajo puesto que nos focalizamos en el otro extremo del proceso: la recepción.

Es así que los procesos de préstamos institucionales se dan en el marco de un proceso de mercado de instituciones en el cual ciertos países resultan, por diversos motivos, demandantes de instituciones y otros, que poseen normalmente estructuras institucionales fuertes, resultan oferentes.

Desde otro punto de vista, se ha dicho que con independencia del nivel de desarrollo de un estado, son los operadores jurídicos de un sistema en un momento determinado quienes estiman conveniente imitar determinados principios legales.⁴⁷ Esta visión se opone claramente a aquellas que consideran la evolución del derecho como un “proceso de espejo”, es decir esencialmente limitado a la demanda de otro factor subyacente diferente del legal.⁴⁸

d) Costos de información

Es sabido que el marco institucional surge a los efectos de aumentar la cantidad de transacciones. Por eso las instituciones sociales siempre tienden a

⁴⁴ Ugo Mattey, “Efficiency in Legal Transplants. An Essay in Comparative Law and Economics”.

⁴⁵ Ogus Anthony, “Competition Between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law”, *I.C.L.Q* 48 (1999): 405-418.

⁴⁶ La distinción es planteada por Garupa y Ogus, de acuerdo a la capacidad de negociación de los países involucrados en el proceso. Véase Nuno M. Garoupa - Anthony Ogus, “A Strategic Interpretation of Legal Transplants”, en [CEPR Discussion Papers](#) 4123, C.E.P.R. Discussion Papers.

⁴⁷ Alan Watson, *The Evolution of Law* (Baltimore: John Hopkins University Press, 1985), pág. 18.

⁴⁸ Para un desarrollo del concepto de teorías espejo véase William Ewald, “Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants”.

dar certeza y estabilidad, para lograr explotar al máximo las ganancias de intercambio.⁴⁹

El nivel de conocimiento por parte de quienes resultarán afectados por el instituto transferido tendrá gran injerencia a los efectos de estimar la posibilidad de recepción y el tiempo que demandará la misma, o el rechazo definitivo del trasplante intentado.

Se han identificado cuatro grandes puntos que incrementan los problemas de información existentes a la hora de efectuar un trasplante legal:⁵⁰

1) el esquema de incentivos que poseen los jueces para aplicar el nuevo instituto. Si los mismos son altos, el tiempo necesario para que una norma se adapte será menor, puesto que también será menor el lapso necesario para generar una “jurisprudencia pacífica”. Los incentivos que los jueces poseen en un sistema jurídico suelen estar bien definidos y vienen dados por el impacto, en términos burocráticos, que tendrá la aplicación del nuevo instituto en su sentencia. 2) El nivel de conocimiento que los operadores jurídicos locales puedan tener en forma individual sobre el origen del instituto trasplantado. En este punto influye el nivel de formación que poseen sobre el mismo.⁵¹ 3) El nivel de subsanación de errores que los jueces efectúen respecto de aquellas interpretaciones “defectuosas” que pudieran cometer los litigantes. El enfoque aquí reposa en la idea de un *súper magistrado*, que puede superar los problemas de información del nuevo instituto por parte de los litigantes. 4) El costo de producir argumentos legales a efectos de que se aplique la nueva normativa. Es decir, la elaboración de razonamientos tanto por parte de los litigantes para sostener la aplicación de los nuevos institutos, como por parte del juez al fundamentar su decisión. Desarrollaremos más este punto al plantear los problemas de los determinantes del proceso de recepción.

En el proceso de reducción de costos de información es claro que los abogados y jueces se encuentran en mejor posición para adaptar una nueva norma de lo que se encuentra el legislador. Normalmente, el legislador es quien realiza la importación normativa, pero él posee amplios baches de conocimiento respecto de las preferencias de aquellos a quien la norma habrá de afectar, incluyendo las suyas propias.⁵² Es así que la labor integradora de la jurisprudencia ayuda a reducir los costos de transacción del nuevo instituto trasplantado. Sobre el particular la visión pragmática sostenida por Dewey nuevamente nos aporta un punto interesante al sostener que *“La utilización de conceptos ya formados anteriores también arroja como resultado una*

⁴⁹ Karl Warneryd, “Transaction Cost, Institutions, and Evolution”.

⁵⁰ Aquí seguimos la propuesta efectuada por Guillian Hadfield, “Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law”, USC CLEO, Research Paper N° C07-8 (2007), disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=988800>.

⁵¹ No resulta casual que el mayor proceso de americanización del sistema jurídico argentino haya tenido lugar durante una década de apertura económica y estabilidad en la cual gran cantidad de profesionales del derecho argentino realizaron sus estudios de postgrado en el exterior.

⁵² Una cuestión relevante aquí es qué ocurre si quien importa la norma posee preferencias inversas respecto de quienes la norma será aplicable.

⁵³ John Dewey, “Logical Method and the Law”.

*sensación de estabilidad, de garantía contra cambios abruptos de las reglas, que podría afectar la legalidad de los actos”.*⁵³

IV. ALGUNOS DETERMINANTES DE LOS TRASPLANTES LEGALES

El estudio de las causas sobre la baja receptividad de las facultades súper homologatorias requiere necesariamente comprender el proceso de adaptación de una norma trasplantada.

Los enfoques tradicionales del derecho comparado que han intentado explicar el fenómeno de los trasplantes legales no han seguido una línea sistemática, aproximándose al fenómeno desde diversos ángulos. Así encontramos aquellos que, realizando un estudio sociológico, priorizan el prestigio o calidad de la institución trasplantada, aquellos que remarcan el rol de las elites locales, fuerzas culturales, otros que se centran en la eficiencia, los que lo han abordado en perspectiva histórica, etcétera.

Creemos que una aproximación desde la economía evolutiva podría contribuir a entender el proceso de transferencia de normas trasplantadas desde una perspectiva dinámica, consistente con la naturaleza del proceso de recepción y adaptación de institutos provenientes de préstamos institucionales, al mismo tiempo que permitiría incluir muchos de los conceptos mencionados en el párrafo precedente.

Como en todo proceso de mercado, la provisión de bienes (normas o institutos en este caso) puede verse afectada por la existencia de factores que impidan que el mercado funcione correctamente. A ellos podemos denominarlos costos de transacción. En el contexto evolutivo, pueden definirse como el valor esperado de la información respecto de la distribución de estrategias de los individuos de una población.⁵⁴ Su existencia influirá directamente sobre los operadores del sistema aletargando el proceso de incorporación de la norma a la cultura legal vigente.

Así, la recepción de una institución foránea en un sistema legal vigente dependerá esencialmente de: a) que la misma sea consistente con las preferencias de quienes modelan la cultura legal del sistema receptor, b) que esos agentes “modeladores” posean información suficiente para incorporar la legislación foránea al sistema local, c) que posean “fuerza” suficiente para adaptarlo a aquellos individuos reticentes dentro del sistema receptor, y d) la asiduidad con la que se deba utilizar la norma foránea, en tanto a mayor utilización mayor adaptación. Estas características son lo que denominaremos escenario adaptativo de la norma.

De los requisitos mencionados anteriormente puede inferirse que la existencia de una regla que provea mejores soluciones para una situación determinada respecto de otra vigente que provee soluciones peores es condición necesaria, pero no suficiente para determinar el éxito de un proceso de trasplante. Ello en tanto el proceso de reemplazo de una regla de inferior calidad por una de calidad superior está sesgado por el escenario adaptativo

⁵⁴ Karl Warneryd, “Transaction Cost, Institutions, and Evolution”.

de la norma, el cual, como producto evolutivo, genera una cierta herencia genética o inercia institucional que impide que los trasposos se efectúen exclusivamente por la calidad de la norma.

Planteado en estos términos, el proceso de trasplante puede entenderse como un proceso de mutación institucional, cuya adaptación podría ser interpretada como un juego repetido infinitas veces, en el cual en cada jugada algunos jugadores (aquellos que poseen la aptitud de asimilar “normas mutantes” al sistema) aprenden de los errores cometidos en el escenario anterior en lo que se refiere a la adaptación de la norma en la cultura legal receptora, y dicha tasa de errores tiende a decrecer con el transcurso del tiempo. Este aprendizaje es de carácter individual⁵⁵ y es realizado mayormente por aquellos agentes que poseen información, tanto respecto de la norma importada como del funcionamiento del sistema local. A medida que la norma es adaptada, el aprendizaje individual decrecerá y pasará a ser mayormente social, pasando a ser considerada parte de la cultura legal.

En este sentido, podemos inferir que cuanto mayor sea el nivel de aprendizaje social de una norma, más adaptada se encuentra la misma al sistema normativo local.⁵⁶

Veamos un poco más en profundidad el rol de los agentes institucionales que favorecen una asimilación más rápida de la institución.

Como lo hemos expuesto anteriormente, los abogados especialistas en la materia, ya sea ejerciendo la función de magistrados o de partes litigantes, serán los agentes que en gran parte determinarán la velocidad de adaptación de la norma o sentenciarán su ineficacia.

La judicatura será, sin lugar a dudas, la que promueve en mayor medida el proceso de adaptación de la norma al sistema institucional, en tanto son los jueces quienes deben resolver las cuestiones que requieren de la utilización de la nueva institución y deciden si aplicarla o dejarla de lado. Sobre este punto, los jueces efectúan evaluaciones idiosincráticas con relación a los beneficios que obtienen en el caso particular y en el que deben optar entre seguir un parámetro establecido o adoptar una nueva regla. Sobre este aspecto resulta dirimente destacar la probabilidad de ocurrencia de error judicial, ya que los jueces sólo tenderán a seguir un patrón de adaptación de una nueva norma.⁵⁷

La amplitud de decisión que la norma le otorga a los magistrados de resolver cuestiones en forma *ex post* influye directamente en la posibilidad de recepción de un instituto trasplantado *ex ante*. Ello en tanto, como lo mencionamos anteriormente, el legislador que importa el instituto no posee información completa y perfecta. Por lo cual es razonable esperar que se presenten contingencias que sólo podrán ser adaptadas por quienes deben resolver cuando esas imprevisiones ya son un hecho. Debe recordarse que en tanto la tarea de los jueces consiste en la adecuación normativa a un caso concreto, ellos pueden ante una inconsistencia entre el *ius* y el *factum* realizar

⁵⁵ Jody Kraus, “Legal Design and the Evolution of Commercial Norms”, *Journal of Legal Studies* 26 (1997): 377-411.

⁵⁶ Jody Kraus, “Legal Design and the Evolution of Commercial Norms”.

⁵⁷ Guillian Hadfield, “Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law”.

las adecuaciones necesarias para subsumir uno en el otro.⁵⁸ Sin embargo, esta amplitud normativa puede llevar a elevar la tasa de errores judiciales. Es aquí donde cobra relevancia el sistema de revisión de sentencias, en tanto funciona como mitigador de aquellos errores que puedan cometerse por tribunales inferiores, suponiendo que las decisiones adoptadas por los tribunales de mayor jerarquía poseen mayor rigurosidad analítica e interpretativa.

Ahora bien, la aplicación del instituto trasplantado no supone en absoluto su adaptación inmediata. Por el contrario, será sólo la aplicación en forma constante y simultánea por varios tribunales, en particular por aquellos de mayor grado, los que determinarán la asimilación completa al sistema institucional vigente.

Efectuando una exposición más sistemática de estos puntos, puede decirse que, para que un sistema jurídico evolucione hacia una nueva regla, son necesarios tres requisitos: 1) debe existir un número suficiente de jueces - operadores adaptativos por excelencia- con altos niveles de recompensa por adoptar la norma que requiere ser adaptada, 2) el costo de argumentar y probar, según la necesidad de aplicación del nuevo instituto, no debe ser demasiado elevado y 3) la probabilidad de errores judiciales en la aplicación del nuevo instituto no debe ser elevada.⁵⁹

Puesto en términos de la teoría evolutiva de juegos, la adaptación de la norma a un subgrupo de normas dentro de un sistema jurídico implica adaptar al elemento mutante para que los operadores jurídicos lo adopten de forma tal que generen la transición de una estrategia estable de equilibrio original a una nueva.⁶⁰

V. CONCLUSIÓN

En el presente trabajo hemos realizado una visión descriptiva del fenómeno de los trasposos normativos. De allí se pueden extraer algunas conclusiones. Por un lado, no hay una teoría general de los trasposos que pueda capturar la totalidad del fenómeno. Otro aspecto que debe desarrollarse es la necesidad de modelos dinámicos desde el punto de vista del análisis económico que pueda dar una explicación más satisfactoria del proceso de adaptación. Finalmente es importante mencionar que las teorías de adaptación evolutiva tienen un fuerte poder explicativo para demostrar procesos de selección normativa en función de los incentivos que poseen los agentes de una cultura jurídica determinada.

Es importante entonces recordar que una explicación acabada de los trasplantes legales deberá poseer un enfoque de los incentivos, no estáticos,

⁵⁸ Este tipo de argumento está implícito en aquellas afirmaciones de los teóricos del Análisis Económico del Derecho comparado en cuanto postulan la eficiencia de los sistemas de derecho basado en precedentes.

⁵⁹ Guillian Hadfield, "Levers of Legal Design: Institutional Determinants of the Quality of Law".

⁶⁰ Larry Samuelson, *Evolutionary Games and Equilibrium Selection* (Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1997), pág 17.

sino dinámicos; que posee cada uno de los agentes que intervienen en un proceso, de adaptación y que podría enfocarse como un fenómeno complejo.

INFORMÁTICA JURÍDICA: LA ESTAFA A TRAVÉS DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS

Estudiantes de 4to año de Derecho, UFLO, con la coordinación de la Dra. María Sol del Grosso¹

I. INTRODUCCIÓN

El incremento del uso de Internet en la vida cotidiana, junto con el crecimiento de las conexiones a través de distintas tecnologías y la diversidad de contenidos que presentan, requieren un plexo normativo que tipifique las conductas punibles que como modalidad de comisión u objeto tuvieran por fin lesionar bienes jurídicos.

A diferencia de otros países, donde los daños contra los bienes y servicios prestados por medio de computadoras, acceso a internet o soportes informáticos son tratados por normas específicas, nuestros legisladores optaron por unificarlas y tipificarlas con la modificación al Código Penal a través de la ley 26.388, sancionada el 04/06/08 y publicada en el B.O. el 25/06/08. Será interesante observar la efectividad y viabilidad de su aplicación concreta por parte de nuestros jueces en el futuro. Como resultado de la sanción de esta ley, contamos con normas específicas que tipifican acciones que, hasta su sanción, estaban exclusivamente bajo la interpretación judicial para cada caso en particular. Muchos fallos desencadenaron polémicas y variadas interpretaciones cuando a través de la tecnología, se cometían acciones que aunque lesivas, no se encontraban tipificadas, por lo cual el camino transitado por el Poder Judicial se circunscribía a forzar tipos penales o a declarar atípica la conducta.

El debate en torno a la ley 26.388 se limitó a establecer qué delitos tipificar, qué bienes y servicios proteger, y si los contenidos de la red podían ser objeto de intervención estatal. En definitiva, la disyuntiva consistía en regular o no regular, y si la respuesta era afirmativa, qué y cómo hacerlo.

Este trabajo tiene por objeto explicar el nuevo inc. 16 del art.173 del Código Penal. Para ello comenzaremos comentando el delito de estafa. Continuaremos con el fraude informático, el perfil criminológico y las modalidades más conocidas. Por último, expondremos nuestra conclusión.

¹ Silvana Vanesa Conrath, Ramiro Martín Fernández, Ignacio Roberto Martín Flores, Gerson Cesar Gonsales, Ana María Hernández, Víctor Hugo Herrera, Ezequiel Walter Hernán Le Pera, María Mercedes Neira, Cinthia Sabrina Scherliski y María Eugenia Vonzarniskowsky. El trabajo se realizó como monografía durante el curso de la materia "Informática Jurídica", con la coordinación de la profesora Dra. María Sol Del Grosso.

II. ESTAFA

Con el avance de la tecnología surgieron nuevas modalidades delictivas así como también daños no tipificados. Nuestra legislación intenta estar a la par de estos avances para poder otorgar seguridad jurídica a sus representados. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito del derecho civil, en el derecho penal, para que una determinada conducta pueda ser punible, “perseguida” y “castigada”, debe necesariamente estar prevista en una ley, como tipo penal, que enmarca la conducta y la pena correspondiente. Ello como consecuencia de los principios constitucionales de legalidad y de reserva, que rigen todo el sistema penal y se encuentran consagrados en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

a) *La Estafa*

Para poder comprender el concepto de estafa, nos remitimos a las definiciones elaboradas por la doctrina. Tres de los más ilustres penalistas la definen de la siguiente forma.

Según Carlos Creus, cuando hablamos de estafa nos referimos "al hecho por medio del cual una persona toma, a raíz de un error provocado por la acción del agente, una disposición patrimonial perjudicial".²

Edgardo Donna considera la estafa como “la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que determinando un error en una o varias personas las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero”.³

Por su parte, Sebastián Soler la define como “una disposición patrimonial perjudicial tomada por un error determinado por los ardides de alguien que tendía a obtener con ellos un beneficio indebido”.⁴

b) *Bien jurídico tutelado*

El delito de estafa se encuentra contenido dentro de nuestro Código Penal en el Título VI, denominado "Delitos contra la Propiedad", hecho del cual se desprende que lo que se castiga es el daño patrimonial que se ocasiona a la víctima del delito en examen.⁵

Creus sostiene que “la defraudación constituye un ataque a la propiedad que se configura en un detrimento patrimonial. Los objetos de la estafa son,

² Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte especial Tomo I* (Buenos Aires: Astrea, 1998), pág. 464.

³ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal. Parte Especial. T. II-B* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003) pág. 272.

⁴ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino. T. IV* (Buenos Aires: Tea, 1994), págs. 302-303.

⁵ Código Penal de la Nación Argentina y Leyes Complementarias (Buenos Aires: Estudio, 2008).

pues, múltiples, pero todos ellos están referidos a valores que conforman la completividad del patrimonio atacado en el momento de la conducta estafatoria. Este patrimonio se ve disminuido, después de ese momento, por la *disposición patrimonial* realizada por el sujeto pasivo del engaño, es decir, por su acción u omisión, que puede ser un acto jurídico (firmar un contrato) o un simple hecho (dar algo), que puede crear derechos de terceros sobre el patrimonio o extinguir deudas de terceros en favor del patrimonio”.⁶

c) Sujeto activo y pasivo del delito.

En principio podemos decir que cualquier persona puede ser autor del delito, por lo que no se necesita cualidad alguna para ser sujeto activo en la comisión del delito de estafa. Pero no ocurre lo mismo con el sujeto pasivo, porque siguiendo a Creus, el sujeto pasivo debe ser alguien “con capacidad psíquica para tener una noción correcta respecto de aquello sobre lo cual lo induce en error el agente, puesto que, de otra manera, no podrá ser *engañado* en el sentido de la ley”.⁷

No será considerado entonces delito de estafa el hecho de engañar a un infante o a alguna persona con sus facultades mentales alteradas, sino que será considerado delito de hurto, por cuanto es determinante la capacidad (a fin de poseer voluntad) del sujeto pasivo respecto a la disposición patrimonial.

d) Configuración del delito

El delito se configura mediante la utilización de “*ardid o engaño*”. En palabras de Creus: “*El medio para lograr la disposición patrimonial perjudicial es el fraude, que está integrado por las acciones tendientes a simular hechos falsos, disimular los verdaderos, o falsear de cualquier modo la verdad, dirigidas al sujeto a quien se pretende engañar con ellas. El fraude puede estar integrado por ardid o por engaños; en el sentido de la ley, la diferencia entre ambos conceptos atiende a la forma de perpetrar la acción engañosa que constituye el fraude. El ardid indica la utilización de maniobras o artificios destinados a engañar; para el engaño basta la afirmación o la negación contraria a la verdad*”.⁸

Este ardid/engaño induce al sujeto pasivo del delito a errar y consecuentemente, a disponer en forma voluntaria su patrimonio a favor del sujeto activo del delito. La secuencia establecida por la trilogía ardid/engaño-error-disposición patrimonial define la estafa.

⁶ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte Especial*, pág. 466.

⁷ *Ibid.*, pág. 473.

⁸ *Ibid.*, pág. 466.

e) *El fraude informático*

El inciso 16 del artículo 173 del Código Penal regula los casos de defraudaciones especiales y establece para este delito la misma pena que para la estafa del art. 172 CP. Según sostuvo la comisión del Senado que aprobó el proyecto, con relación al “*fraude informático*”, existió coincidencia en cuanto a la conveniencia de incorporarlo al delito de estafa, dentro del capítulo sobre las defraudaciones, y despejar definitivamente las dudas suscitadas en los tribunales sobre en qué tipos de delitos contra la propiedad debe subsumirse la conducta.

En la mayoría de los casos en que los tribunales se encontraban ante defraudaciones informáticas, el delito era tipificado como hurto (art. 162: “*Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena*). Como se observa, el hurto posee una escala penal notablemente menor a la estafa.

La jurisprudencia se encontraba entonces dividida, atento a que el delito de estafa requería para su configuración el ya mencionado ardid o engaño por parte del autor material, que provocara en la víctima un error de tal magnitud que ésta realice voluntariamente una disposición patrimonial en su perjuicio.

Cuando el ardid o el engaño era inducido mediante el empleo de técnicas informáticas, parte de la doctrina y la jurisprudencia entendía que el error no podía producirse, atento a que las máquinas no son susceptibles de engaño: no poseen discernimiento ni voluntad.

Otra cuestión se presentaba cuando las personas eran engañadas y conducidas a error a partir de una información falsa proveniente de un sistema informático.

f) *La discusión doctrinaria sobre el engaño a la computadora*

Uno de los debates que se plantearon a nivel jurídico penal a la hora de definir el fraude informático fue determinar si una computadora podía o no ser engañada. Al respecto, podemos identificar dos posiciones doctrinarias:

La primera concuerda con la posición mayoritaria, que sostiene que una máquina no puede ser engañada y que el error solo puede sostenerse en la medida en que exista previamente una “mente errada”. Entre los partidarios de esta postura podemos encontrar a Soler, Núñez y Creus.

Soler afirma que, sin error y sin ardid, no hay estafa, más allá de que pueda o no lograrse un beneficio indebido a través de alguna maniobra. Este autor sostiene que si existe un aparato mecánico como medio para cometer el ilícito, no se comete estafa, sino hurto, al no existir una “mente errada”.⁹

Por su parte, Núñez¹⁰ sostiene que todo fraude que no se opere a través del error no puede traer como consecuencia un acto dispositivo de

⁹ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, pág. 635.

¹⁰ Ricardo Núñez, *Derecho Penal Argentino. Parte Especial. T. V* (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1978).

propiedad, aunque puedan utilizarse aparatos automáticos para “crear” un artificio que lo ponga en función y de esta manera, lograr una forma de disposición de propiedad por medios mecánicos.

Finalmente, Creus expresa que el fraude tiene que determinar el error de la persona. Si una persona interviene alterando el control interno de una máquina logrando la disposición patrimonial de su víctima, nos encontramos frente al delito de hurto, y no de estafa. Sólo habría estafa si la alteración de la máquina fuera el medio utilizado para engañar a la persona o sujeto pasivo (tal como sería el caso de alterar una computadora para determinar la cantidad de dinero que existe en una cuenta bancaria). A falta de error que determine al sujeto a realizar la disposición patrimonial perjudicial, no se estaría frente a las notas típicas de la estafa.¹¹

La segunda postura, sostenida por Cohen, Báez, Palazzi y Abraldes, entre otros, considera que cualquier máquina, por más sofisticada que sea, no puede realizar por sí misma un acto de disposición patrimonial, al no actuar por su cuenta, ya que sigue órdenes previamente programadas.¹² Dicho en otras palabras, las computadoras son medios utilizados por el hombre con múltiples fines, entre los cuales se encuentra el de disponer patrimonialmente; pero siempre detrás de ellas existen personas físicas que programan dicha entrega. El engaño, por lo tanto, no se realiza a la máquina, sino que se ejecuta contra otra persona, utilizando el instrumento electrónico sólo como medio. Vale decir, en relación a la estafa, el acto de disposición sólo se ejecuta si opera la maniobra engañosa preparada por aquel que determina la voluntad dispositiva. Este sujeto, al conocer el funcionamiento del sistema informático, puede manipularlo y cambiar las órdenes para las que fue programado. La máquina actúa en forma errónea según lo quiera el operador, pero engaña en realidad a la persona que la utiliza, no a la propia máquina. Por lógica extensión, el ser humano sí puede darse cuenta del “ardid” que puede ser utilizado en su contra; la máquina no podría hacerlo.

Para clarificar las posturas adoptadas por nuestra jurisprudencia, veremos el fallo *Iglesias Carlos*. Esta sentencia fue dictada por la Sala III de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal el 04/06/92.¹³

El Sr. Carlos Iglesias se desempeñaba como ayudante de contador del Citibank NA. Es por ello que en función de sus tareas, tenía acceso a las computadoras de esa entidad financiera, de manera que cuando las terminales se encontraban libres, éste hacía uso de las mismas, para así transferir ilícitamente fondos de una cuenta del Diners Club Argentino a su cuenta personal. Estas actividades las realizaba mediante tres modalidades. *La primera*, la más directa, consistía en transferir una cantidad determinada de dinero de la cuenta mencionada a su propia cuenta. *La segunda* consistía en transferir temporalmente el dinero a una tercera cuenta de Aerolíneas Argentinas, que el autor sabía que se encontraba inactiva, para luego de transcurrido un tiempo prudencial, sin que notaran la ausencia del dinero, transferirlo a su propia cuenta. *La última modalidad* que utilizó consistió en

¹¹ Carlos Creus, *Derecho Penal. Parte especial*, págs. 466-467.

¹² Sandro Abraldes, “La estafa mediante medios mecanizados”, *LA LEY*, 1997-C, pág. 1444.

¹³ *LA LEY*, 1994-B, pág. 441.

sustituir el número de la cuenta previamente seleccionada por el suyo, de manera que cuando el cajero intentaba transferir fondos a la cuenta del cliente, lo hacía a la cuenta del Sr. Iglesias. Luego de realizar dichas maniobras el autor procedía a retirar el dinero que previamente había transferido ilícitamente a su cuenta, en una sucursal distinta, a fin de evitar sospechas. La acción fue cometida en once oportunidades, por lo que se lo condenó a dos años y seis meses de prisión de cumplimiento en suspenso por el delito de hurto reiterado.

La sentencia fue apelada por el fiscal. Oportunamente el Fiscal de Cámara solicitó el cambio de calificación (de hurto a estafa) y el aumento de pena para los procesados, argumentando que Iglesias se valía de maniobras ingeniosas y de sus conocimientos informáticos para engañar al banco y así hacerle creer al cajero que se trataba de dinero que el procesado retiraba lícitamente de su propia cuenta.

La Sala III de la Cámara Nacional Criminal y Correccional resolvió confirmar la sentencia del Juez de Primera Instancia. La conducta se calificó como delito de hurto, y no de estafa. Para arribar a esta conclusión el tribunal se basó en dos premisas. La primera establece que el momento del apoderamiento se produce cuando el autor tiene el dinero en su cuenta. Descarta la hipótesis apoyada por el Fiscal de Cámara consistente en que el desapoderamiento ocurre cuando el banco entrega el dinero al autor material, es decir una vez que el acusado puede disponer del dinero. La segunda hipótesis se funda en la falta de disposición voluntaria en la entrega del dinero por parte del Banco al acusado. En consecuencia con lo expuesto *ut supra*, si el dinero, al momento en que concluye la transferencia ya se encontraba en poder del autor, no habría voluntariedad luego por parte del cajero que hace entrega del mismo. Termina argumentando el Dr. Donna diciendo que: “no hay diferencia con la maniobra normal del cajero que, en un descuido se apodera del dinero que maneja en caja y la maniobra en estudio donde el apoderamiento del dinero se hace mediante el manejo de la computadora”.

El fallo es comentado por el Dr. Pablo A Palazzi,¹⁴ quien opina que la Cámara, para arribar a la conclusión descrita, no analizó todo el *iter criminis*, compuesto de dos etapas claramente diferenciadas: “la primera es la transferencia ilícita del dinero a su cuenta personal” (...) “a su vez, esta es complementada con la extracción de los fondos ilícitamente obtenidos, como si fueran suyos”.

Entonces, el momento del apoderamiento del dinero es precisamente cuando el autor se presenta en una sucursal y lo retira. Para ello, le hace creer al personal del Banco que el dinero es suyo. La disposición patrimonial la realiza una persona que tiene una información adulterada, quien resulta inducido a error, creyendo que entrega al reo un dinero que le pertenece.

¹⁴ Pablo A. Palazzi, “¿Hurto o estafa por medio de computadoras?”, *LA LEY*, 1994- B, pág. 441.

III. EL FRAUDE INFORMÁTICO

El art. 172 del Código Penal establece lo siguiente: “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño”. El art. 173 del Código Penal dice: “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece (...) Inc. 16: “El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos”

A los fines de entender la decisión de dicha incorporación es de gran utilidad remitirnos a los fundamentos esgrimidos por los legisladores en el proyecto de ley. El mismo dice en su parte pertinente: “El art. 11 del Proyecto establece una forma novedosa de legislar la estafa mediante una manipulación informática que recaiga sobre un sistema”. En efecto, se propone como inc. 16 del actual art. 173 del Código Penal, es decir, como otra forma de defraudación. La imposibilidad de hacer caer en error a una máquina había provocado lagunas de punibilidad, en casos que claramente merecían la pena de la estafa. La norma exige sólo una manipulación informática sobre el sistema que provoque el perjuicio patrimonial, y que persiga un beneficio patrimonial. Esta forma de describir la conducta prohibida por la norma desencadena que el intérprete deba apartarse de aquellos requisitos de la estafa clásica. También esta modalidad de incorporación como tipo de defraudación subsana sin más la discusión en relación a tipificarlo como hurto.

Según el tratadista Romeo Casabona, el fraude informático se define como la “incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o ya están contenidos en el ordenador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, con ánimo de lucro y en perjuicio de un tercero”.¹⁵

A diferencia de la estafa del art. 172 del Código Penal, el fraude informático no exige como elemento típico la disposición voluntaria patrimonial del sujeto pasivo entendida tradicionalmente, sino que incorpora el concepto de “transferencia no consentida”. Asimismo, se añade una nueva característica en el sujeto activo: la del conocimiento de medios informáticos para poder cometer el delito en cuestión.

¹⁵ Carlos María Romeo Casabona, *Poder informático y seguridad jurídica* (Madrid: Fundesco, 1987), págs. 25-34.

IV. LOS DELITOS DE CUELLO BLANCO

El sujeto activo que realiza esta conducta se encuentra definido dentro de la criminología como delincuente de cuello blanco. Este concepto fue ideado y presentado por Edwin H. Sutherland¹⁶ en la reunión anual organizada por la American Sociological Society, que tuvo lugar en Filadelfia, en diciembre de 1939. Se entiende por "delito de cuello blanco" a aquellos delitos penales (acción típica, antijurídica, culpable y punible) cometidos por sujetos de elevada condición social en el curso o en relación con su actividad profesional.

El estudio de esta clase de delito (delitos económicos) permite resaltar las contradicciones del sistema penal y la consecuente ruptura con la ficción que consideraba al delito como patrimonio exclusivo de la clase baja, el convencimiento acerca de la existencia de una "cifra negra" de la delincuencia, el reconocimiento de que la ley penal se aplicaba diferenciada y selectivamente. La delincuencia de cuello blanco se distingue del resto porque lesiona la confianza de la sociedad en el tráfico mercantil. Es difícil condenar a los autores de estos delitos, porque las obras delictivas son superiores a las herramientas de persecución estatal por varios motivos; entre ellos, la falta de instrucción tecnológica y científica policial, el alto costo económico que acarrea emprender investigaciones de gran magnitud para clarificar el hecho, la falta de recursos tecnológicos y humanos en fiscalías y juzgados de instrucción y la saturación del sistema judicial.

V. MANIOBRAS FRAUDULENTAS

Cuando hablamos de estafa cometida a través de medios informáticos, debemos diferenciar claramente aquellas en las cuales Internet es un medio para cometerla, de todas aquellas en las que dichas maniobras surgen de las propias características y servicios que brinda la red para constituir el ardid engañoso.

En la primera categoría, se encuentran las llamadas "formas tradicionales de estafa por medios informáticos", las que se realizan a través de las siguientes maniobras:

1. Subastas: Generalmente este tipo de estafa ocurre en los mercados virtuales, donde se ofrecen mercaderías a precios muy atractivos. El consumidor decide comprar el objeto deseado, pero recibe a cambio un producto de menor valor o tal vez nada.

2. Ventas piramidales: En estos negocios se promete a los usuarios rápidas ganancias mediante ventas de productos a nuevos compradores, quienes

¹⁶ Edwin H. Sutherland, Delincuencia de cuello blanco (Nueva York: Holt Rinehart y Winston, 1949).

deben ser buscados por ellos mismos, previo pago de adelantos a quienes ofrecen el “negocio”, pagos que finalmente se “esfuman” sin dejar rastros.

3. Pedido de donaciones: Se utiliza el envío de correo masivo, en el cual se cuenta una historia personal falsa, con el objetivo de convencer al potencial donante para que realice su aporte solidario.

4. Viajes y vacaciones: La estafa se realiza simulando ofertas engañosas a bajo precio a lugares paradisíacos, pero que esconden detrás de ellas una realidad inexistente o totalmente opuesta a la prometida.

5. Suposición de premios: El ilícito comienza a producirse cuando una persona recibe un correo electrónico que asegura la obtención de un premio. Los estafadores solicitan a sus víctimas el envío de dinero a determinadas cuentas bancarias en concepto de gastos generados por el premio.

6. Inversiones: Este tipo de estafa se comete encubriendo falsas promesas de generosas inversiones, con grandes beneficios a corto plazo, que no son tales.

7. Venta de productos milagrosos que aseguran rápidas curaciones.

8. “Fraude Nigeriano”: Es una modalidad delictiva que se construye sobre historias falsas de personas que viven en lejanos países, mayoritariamente respecto a herencias inexistentes, a través de las cuales se promete a la víctima del “negocio” – persona que fue elegida, según los mensajes electrónicos que le son enviados previamente, por su intachable calidad moral, honradez y confiabilidad- un porcentaje de las mismas, a cambio de una ayuda inicial, consistente en envío de dinero a una cuenta bancaria, en concepto de gastos administrativos, de sobornos a funcionarios, de pasajes de avión, etc., que dicho beneficio hereditario pudiera acarrear en su tramitación.

9. El cuento de la novia: La estafa se comete por medio de “personajes cibernéticos” que se inventan a expensas de la ingenuidad de las personas receptoras de la propuesta amorosa, generalmente mujeres en búsqueda de maridos. Estos “personajes cibernéticos” simulan necesitar dinero para financiar y solventar los gastos del viaje. Al enviarse el dinero, el novio desaparece sin dejar rastros.

En la segunda categoría mencionada, nos encontramos con modalidades que se construyen por medio de la llamada “ingeniería social”, práctica destinada a la obtención de datos personales confidenciales (como el PIN de las tarjetas de débito o de crédito), a través de engaños cometidos a

usuarios legítimos de Internet, con el objetivo de lograr ulteriores defraudaciones mediante el uso de aquellos datos. Ejemplos de ellos son:

1. Pharming: En esta modalidad, el atacante redirecciona un nombre de dominio a otra máquina distinta. Esto ocurre debido a la alta vulnerabilidad en el software de los servidores DNS o en el equipo del propio usuario. El engaño se consuma mediante el envío de mensajes electrónicos con enlaces, los cuales terminan por instalar un programa oculto en la máquina de la víctima, destinado específicamente a engañar al navegador, conduciendo al usuario a direcciones falsas que permiten *a posteriori* el robo de datos personales. El ejemplo clásico es la doble página de un banco. El cliente cree estar en la página oficial del banco, al comprobar que tiene el mismo logo, estructura, colores, imágenes, etc., pero en realidad es una “página espejo”.

2. Keylogger: En este caso se utiliza un software de pequeñas dimensiones que se instala en la PC. El programa instalado deja un registro de cada tecla que presiona el usuario, facilitando dicha lectura a los estafadores, quienes, a través de mensajes enviados con anterioridad, conteniendo virus del tipo troyanos, terminan por introducirse en la memoria de la máquina de la víctima, “reportando” de manera inmediata todo aquello que el usuario escribe en su máquina, reconstruyendo así cada una de las secuencias de las teclas realizadas. Con ello, se posibilita conocer el número de *passwords*, páginas visitadas, datos personales, etc.

3. Phishing: Son correos electrónicos falsos, que simulan ser enviados por instituciones, como bancos o empresas a sus clientes, con el propósito de actualizar datos personales. En este caso, al igual que *pharming*, se utilizan “páginas espejos”- similares a las que poseen las instituciones reales- que capturan los datos de los usuarios, mediante el sistema de *spam*, permitiendo a los estafadores suplantar la identidad de la víctimas, quienes son forzadas a tomar rápidas decisiones, las cuales generan el inevitable engaño.

4. Obtención de datos infiltrados en redes Wi-Fi: Esta modalidad de estafa comienza a cometerse generalmente en lugares donde se utiliza la conexión inalámbrica (o redes de conexión Wi-Fi), como bares, cafés y cybers. Al ser un sistema muy vulnerable, esto puede ser aprovechado por “hackers”, quienes capturan datos enviados por e-mail, sesiones de MSN u otro tipo de informes expedidos desde la propia máquina.

5. Sniffing: Es una de las formas más usuales en la actualidad para capturar datos de terceras personas dentro de la red informática. Para lograrlo, se utiliza una aplicación tecnológica que permite leer toda la información que se transmite -reducida a los llamados “paquetes de datos”- de una máquina a otra a lo largo de toda la red. De esta manera, los estafadores capturan de manera

segura toda la información, logrando la lectura de los paquetes de datos que van dirigidas a otras PC.

VI. CONCLUSIÓN

A partir de la sanción de la ley 26388 cualquier técnica de manipulación informática (tanto de *software* como de *hardware*) que produzca una alteración en el normal desarrollo del funcionamiento informático o en la normal transmisión de datos y que cause un daño, se encuentra comprendida en el tipo penal de defraudación. Esta decisión legislativa parece dar respuesta, en principio, a la necesidad social de regular el avance de las tecnologías a fin de que se protejan derechos, se tutelen nuevos bienes jurídicos, y se prevean nuevas modalidades delictivas. Por otra parte, si bien la ley ha contemplado una cuestión ampliamente debatida por nuestros jueces, la tipificación en sí misma es el resultado del respeto por los principios de legalidad y reserva y, en consecuencia, de la prohibición de analogía en materia penal. Por ello consideramos que esta ley constituye un avance no solo legislativo, sino que contribuye a reforzar el desarrollo de un estado de derecho, que aspiramos consolidar como ciudadanos de la democracia.