

## COOPERACIÓN Y COACCIÓN. ENTRE LA OFERTA Y LA AMENAZA

Hernán G. BOUVIER\*

---

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2018  
Fecha de aprobación: 13 de noviembre de 2018

### I. Cooperación y derecho

La idea o concepto de “cooperación” posee una potencia y riqueza difícil de exagerar cuando se piensa el derecho en particular y la vida en común en general.

Si se utiliza “cooperar” en el simple sentido de hacer algo en conjunto, es posible cooperar para matar de forma discriminada y también para suicidarse. Resulta de suma complejidad determinar qué significamos con hacer algo juntos, “nosotros”, “we...”, y otro tanto determinar si eso merece llamarse cooperación.

De modo descriptivo pero quizás con una esperanza normativa puede sostenerse que el derecho es un sistema de cooperación compleja que permite la vida o la buena vida.

Estos son algunos de los problemas de la relación entre cooperación y derecho. Por hipótesis, el derecho, en el sentido de los sistemas jurídicos que conocemos, es menos un club de suicidas o asesinos que un sistema cooperativo para vivir bien.

Tampoco puede exagerarse la importancia de la cooperación en el derecho.

El vocablo aparece en numerosos textos normativos de manera expresa, no solo para la regulación de las cooperativas como personas jurídicas, sino para un sinnúmero de “institutos”. Además, puede considerarse, como conocen las y los penalistas, que la participación equivale a algún grado de cooperación en una infracción. Aquí el concepto de cooperación ilumina sobre la complicidad, para el mal o el bien que sea.

---

\* CONICET - Universidad Nacional de Córdoba. Contacto: hernanbouvier@gmail.com.

De manera menos evidente puede sostenerse que el concepto de cooperación permite agrupar un conjunto diverso de regulaciones normativas o clases de regulaciones. Si se concibe a las leyes como coacciones a la cooperación puede razonablemente leerse a las infracciones como quites de cooperación. La idea de quite de cooperación puede ilustrar numerosas normas e incluso distinguir entre quites de cooperación autorizados y no.

Concíbase a la relación laboral como cooperativa y permítase el derecho a huelga, surge evidente un quite de cooperación autorizado. Todos estamos obligados a no dañar a otros, lo que implica una serie de obligaciones cooperativas de prudencia que van del simple frenar en el semáforo a la larga lista de deberes de cuidado y consideración. Pero justamente la violación del deber de cooperar, quitando esa cooperación necesaria y justificada, justifica a su vez una reacción.

La legítima defensa o el estado de necesidad pueden ser leídos como quites de cooperación justificados y otro tanto para la rescisión unilateral del contrato. La pena podría leerse como una respuesta frente a un quite de cooperación (léase, la comisión de un delito) en la cual el Estado se exime de seguir cooperando en el límite de sus posibilidades con la ampliación de libertad de sus ciudadanos. Si hay delito, el Estado puede quitar esa cooperación en la empresa de maximizar la libertad común, justamente porque alguno de los ciudadanos "la empezó" y solo para el que la empezó.

PAWLIK pretende aprovechar el concepto de cooperación y aledaños para ilustrar el derecho y la interpretación de múltiples normas. Se trata, palabras más, palabras menos, de colaborar en el proyecto común y ciudadano de tener libertad a través del derecho. El ciudadano es pensando como un animal cooperante en una empresa común, capaz de calcular riesgos y autocontrolarse, organizar su vida, comunicar y reconocer. La referencia a "*Loyalität*" aparece más de una vez en sus textos.

No resulta del todo claro en su propuesta si se está describiendo un sistema o una sociedad real o posible o se la anhela. Y en el plano estrictamente normativo político no es claro qué consecuencias tiene tal sistema penal posible para los casos bien ingentes de nuestra contemporaneidad, como es el trato a los inmigrantes, extranjeros o todo aquel que no sea declarado ciudadano. Es posible responder que el error de prohibición tiene todo el potencial para enfrentar tal problema. La pregunta o duda normativa, no obstante, no se disipa. P. ej., para el denominado atacante externo, corresponde un sistema de defensa/rechazo de peligros

(*Gefahrenabwehr*) por el cual basta aplicar medidas meramente disuasorias. En todo caso, no le corresponden los derechos del ciudadano cooperante.

Una multitud de conceptos se acomunan una vez que uno elige estos lentes. Los empleados y funcionarios públicos, en algunos casos, tienen deberes de cooperación extraordinarios. Puede incluso hablarse de deberes de solidaridad especiales o peculiares en comparación con el resto.

## II. Oferta y amenaza

De manera mucho más concreta, en el derecho penal contemporáneo comienzan a aparecer textos normativos nuevos o nuevas interpretaciones de viejos textos que parecen imponer nuevos deberes de cooperación antes impensados. La figura del “arrepentido”, “colaborador implicado”, “imputado cooperador” se asienta lentamente en textos e interpretaciones. Obtiene apoyo extranjero anglosajón o alemán o blande las cartas de éxito con el periódico del lunes de un buen resultado de incriminar y condenar a los culpables de la corrupción. Nos encontramos en un momento de disputa sobre el alcance del derecho a no declarar o declarar lo que se quiera.

Según qué se entienda por los conceptos, sostener que alguien coopera cuando declara bajo apercibimiento de prisión preventiva, mayor pena, o persistencia de la molestia (procesos larguísimos) puede ser un eufemismo.

Uno de los conceptos fundamentales para el análisis en tiempos de reconocimiento de “la” economía es el de la ventaja de amenaza. Un inmortal frente a un mortal, Bill Gates ante el distribuidor tercerizado de la Guayana francesa, usted frente a la única empresa de telefonía disponible y un músico que no tiene empacho en tocar todo el tiempo, no importa lo que haga su vecino que también es músico pero valora el silencio, tienen una considerable ventaja de amenaza. Pueden retirarse de la cooperación perdiendo poco o nada y, en todo caso, menos que lo que tiene para perder el otro, quien puede arriesgar la vida, la libertad o el pan.

La distinción entre “oferta y amenaza” es tan fructífera como dilatoria si se quiere lidiar con este problema. En primer lugar, depende de una distinción normativa. En segundo lugar, dado que hay amenazas justificadas, incluso si se concluye que hay una, podría tratarse de una amenaza que el destinatario debería tolerar.

## III. Cooperación y contexto

Ningún estudio que pertenezca a la amplia gama de la “teoría del delito” (que incluye tanto la dogmática, como la sociología y filosofía del castigo) puede esquivar en algún momento la responsabilidad por la malinterpretación de sus tesis, por el uso que se hace de estas o donde estas caen o aterrizan.

Existe una mala interpretación si se pasa de un cierto mundo ideal y se concluye que ese es el mundo aquí y ahora. P. ej., si se pasa de la suposición ideal en la que los funcionarios satisfacen ciertas propiedades y el Estado de manera improbableísima se aprovecharía arteramente de su posición de superioridad, a la conclusión de que así estamos.

Existe un uso incorrecto si para describir lo que están haciendo o harán estos a aquellos funcionarios se parte de asumir que están haciendo lo que deberían si estuviesen todos en una empresa cooperativa de ampliación de la libertad conjunta (sin violar la ley).

Existe un problema de aterrizaje si las tesis normativas habilitan discursivamente (a modo de ideología) la legitimación de un sistema que está operando lejos del ideal y que puede ser peligroso.

#### **IV. Prueba documental**

Es muy complicada y discutible la descripción del contexto argentino y latinoamericano en el que surgen los llamados a cooperar al imputado. Como ha habido procesos tanto contra políticos “progresistas” como “conservadores”, la conclusión de que nos encontramos frente a un “*law fare*” dirigido exclusivamente por el partido gobernante contra el que lo precedió es discutible.<sup>1</sup> Menos discutible es que el procedimiento premiado para el imputado colaborador gana espacio en la amplia gama de Estados de derecho capitalistas.

Existe ingente cantidad de prueba documental de lo que los funcionarios pueden hacer en estos Estados que exigen colaboración. La documental no está en los expedientes judiciales, sino en red. “*Confession Tapes*” en Netflix, “*Capturing the Friedmans*” (sobre una familia burguesa de Estados Unidos, cuyo padre es acusado de pedofilia), “En el nombre del padre” (viejo film con Daniel Day Lewis a disposición y merced de la política antiterrorista de la Irlanda del Norte), son

---

<sup>1</sup> Véase NATANSON, “Sobre el lawfare”, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/149041-sobre-el-lawfare> [enlace verificado el 16 de noviembre de 2018].

algunas muestras tomadas al azar de base documental sobre lo que se puede lograr en esas negociaciones. Los falsos positivos son numerosos y en todos juegan un rol central funcionarios que están no solo combatiendo el delito, sino en una compleja relación con sus superiores, con quienes los nombraron o pueden a su vez desaforarlos. A veces están buscando incluso no la verdad del delito, sino la verdad del empleado burocrático, que no es otra que la construcción de una propia carrera profesional, política o el “baño de bronce” que lo catapulte a la suprema corte o a una jubilación sin sobresaltos. El problema se agrava si se tienen en cuenta los estímulos de productividad y de casos cerrados. La aplicación efectiva de códigos contravencionales aquí y en el exterior muestran cómo puede presionarse a un simple infractor para que se allane (esto es, no impugne su detención contravencional). Esto implica que “confiese” abdicando de su posibilidad de recurrir, bajo oferta de irse en breve. Córdoba, Argentina, tiene documentos, documentales y sentencias al respecto.

## V. Rol del Estado y organización judicial

Qué tipo de Estado existe efectivamente y cómo están organizados sus funcionarios es de crucial importancia para analizar un sistema jurídico en su faz procesal y para prever cómo se comportarán los funcionarios y qué tipo de procesos se llevarán a cabo. Un Estado reactivo o activista, organizado de manera jerárquica o paritaria, dará lugar a diferentes negociaciones, persecuciones y formas de administrar la vida civil. La forma en que se elijan los funcionarios, a quién respondan y cómo se controlen entre ellos es otro tanto relevante para saber de qué se habla y en qué sistema nos encontramos.<sup>2</sup>

En el ámbito periodístico, según entiendo, se puede hablar de una política de prensa procíclica o anticíclica para hacer referencia (respectivamente) a investigaciones informativas que se ocupan del gobierno pasado o del actual. El poder judicial federal competente en la Argentina para juzgar delitos de corrupción parece comportarse de manera procíclica: se investiga al que se fue, no al que está. La clase política, dirigente y contratista puede prever con alta probabilidad cuáles son sus riesgos de comparecer en la justicia penal por medio de verificar quien ganó las elecciones o conjeturando quién vendrá.

---

<sup>2</sup> Véase DAMASKA, *Las Caras de la Justicia y el poder del Estado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

Entretanto, en condiciones opacas de nombramientos, ascensos y sorteos, la clase judicial puede degustar (sin percibirlo de manera consciente) el problema de la oferta y amenaza, pues su libertad de acción depende de su posición de protección frente al poder político de turno que tenga una ventaja de amenaza. Si un fiscal puede hacer cooperar a un imputado, el poder político de turno bien puede hacer cooperar al juez o la jueza anunciando horizontes de esperas o destituciones, o pasando facturas por el nombramiento respectivo. Todos en este contexto, ha de decirse, están fomentando una “cooperación” a medio camino entre la negociación política y la ley del gallinero. Una distribución azarosamente equitativa de la espada de Damocles.

No puede además quitarse el ojo a hechos comprobados de corrupción policial o funcional (que incluyen procedimientos fraguados), a la presión para que ciertas oficinas tengan más estímulos para hacer números que para averiguar “la verdad” y cómo en tal contexto un funcionario, incluso bajo la buena intención de cumplir con lo que se exige, presiona indebidamente a alguien para que coopere o le dé resultados.<sup>3</sup>

## VI. Muchas cooperaciones

Una supuesta pregunta “filosófica” sobre el derecho a no declarar o colaborar del imputado inquiriere sobre cuál sería el problema de exigir esa colaboración siendo que estamos familiarizados con una plétora de obligaciones de colaborar (como el pago de impuestos o la obligación de comparecer como testigos). Quizás justamente esa pregunta no pueda contestarse sin tener en cuenta de qué Estado y funcionarios hablamos.

Por lo demás, la obligación de “cooperar” podría no solo dirigirse a los ciudadanos, sino al Estado y funcionarios mismos, al sostenerse que el Estado está obligado a cooperar por medio de la abstención de ciertas conductas. Así puesto el dilema, apelar a la cooperación no llevará agua para un solo molino, que hasta ahora parece pensar al acusado como probablemente culpable y como el único que tiene obligaciones de cooperar.

---

<sup>3</sup> Según información que dicen tener dos periodistas argentinos considerados “de centro”, el juez a cargo de la causa más resonante de corrupción en 2018 (conocida como “la causa de los cuadernos”) no ha aceptado ciertas declaraciones si no iban en la dirección que él prefería. Véase entrevista de C. Pagni a J. Fontevecchia, disponible en [https://www.youtube.com/watch?v=\\_VOdc9uCPdY&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?v=_VOdc9uCPdY&feature=youtu.be) [enlace verificado el 16 de noviembre de 2018].

Bien puede decirse que el Estado también está obligado a cooperar en una empresa de maximización de la libertad sin aprietes. Así circunscripto, el concepto de cooperación no divide aguas sin aclaraciones ulteriores.

## VII. La alegría por la desgracia ajena

El idioma castellano no tiene, según entiendo, una única palabra precisa y contundente para reflejar un afecto conocido: cierta alegría por la desgracia ajena. La palabra única no está, el afecto es frecuentado. Reírse ante un *blooper*, autocongratularse o alegrarse por haber elegido la fila que avanza más rápido o la cola del peaje que va como tiro, enterarse de que alguien detestado ha tenido un contratiempo o festejar la muerte de alguien a quien se aborrece (marca clara del fascismo), son algunas de las manifestaciones de tal sentimiento. Es un sentimiento que invade al espectador de un naufragio o a quien logra subir al subte viendo cómo queda gente en el andén. La humanidad y la literatura bien lo saben (véase Blumenberg, *Naufragio con espectador*). Alivio o gratificación por el dolor ajeno o por la seguridad propia. *Schadenfreude*.

Es ese afecto el que puede explicar en gran parte el entusiasmo con las nuevas medidas, normas o interpretaciones de viejas normas. Ese afecto se resiste a la evidencia empírica personal que tiene a disposición quien ha estado en una situación de negociación asimétrica para su designación como juez/a, profesor/a o empleado/a.

Se resiste a la evidencia empírica no personal pero contundente que muestra qué es capaz de hacer un funcionario con esa herramienta en los países “serios” y acá. La mente es poderosa para disociarse y también para hacer distinciones. Y entonces de repente hay una verdad, lo que “verdaderamente sucedió” en el delito, y eso es lo que aparece en la “plataforma fáctica”. Pero varias afirmaciones pueden ser descriptivas y verdaderas al mismo tiempo, como la de que tengo un ordenador frente a mí y que llueve en Lanús. De tal manera que dos cosas pueden ser verdaderas al mismo tiempo, que alguien haya cometido un delito y que el funcionario de turno lo apriete más allá de todo límite razonable. Las dos cosas pueden ser verdaderas y, dada la evidencia, probables aquí y ahora. Esta otra parte de “la verdad” no aparece mucho en los análisis. Ni la evidencia personal, ni la evidencia documental, ni aquello que podemos conjeturar sobre lo que haría cierta gente, entran en el análisis.

Las teorías ideales han servido muchas veces como fantasía compensatoria (para aguantar lo que estamos haciendo bajo un halo de “justicia”) y en todo caso para cometer el acto de injusticia

supremo. Hacer como si el mundo al que aplicamos las normas fuese un mundo diferente al que es, implica conceptualmente intentar aplicar normas inaplicables, definición de la injusticia en su sentido más básico.

### **VIII. Nuevos principios**

Es de esperar una disputa ardua sobre el concepto de cooperación en la medida en que se lo considera más interesante y potente que el de bien jurídico protegido, el de comunicación o expresión, el de restablecimiento de la expectativa en la vigencia de la norma o el de daño. Quizás algunas de las inquietudes teóricas genuinas estén buscando un nuevo o semi-nuevo principio articulador de las "intuiciones" o de los hechos empíricos (esto es, un principio que "dé cuenta" del derecho tal cual lo tenemos positivamente). Un candidato interesante en este contexto de análisis podría ser explorar el rendimiento del siguiente principio compuesto: "igual cooperación sin daño" que suena como un buen elemento para hacer común la idea de que existe una obligación de cooperar, pero no en cualquier caso. Unido al archiexplorado principio de libertad, podría iluminar sobre lo que de hecho nos debemos unos a otros o lo que deberíamos darnos mutuamente más allá del entusiasmo, la alcahuetería o el apriete circunstancial.