

RESPONSABILIDAD MORAL Y PENAL DE LOS FUNCIONARIOS POR LAS PRIVACIONES ABUSIVAS DE LA LIBERTAD[†]*

*Romina Frontalini Rekers***

Resumen: La aplicación del Código de Faltas ha dado lugar a una serie de consecuencias moral y penalmente reprochables. Las privaciones abusivas de la libertad son paradigmáticas porque nos remiten al problema de las múltiples manos. Para formular una versión tipo de un enunciado de responsabilidad retrospectivo condenatorio evaluaré los argumentos que han sido utilizados desde la teoría moral y la teoría penal como respuesta a aquel problema.

Palabras claves: Código de Faltas - Privaciones abusivas de la libertad - Responsabilidad moral de los funcionarios - Responsabilidad penal de los funcionarios.

I. Introducción

A continuación intentaré ensayar una respuesta a la pregunta ¿quién es responsable por las detenciones ilegales que tienen lugar como consecuencia de la política de seguridad consistente en la aplicación del Código de Faltas?¹ Mi propósito es formular una versión tipo de un enunciado de responsabilidad retrospectivo condenatorio. La aplicación del Código de Faltas ha generado una práctica moralmente incorrecta y en muchos casos penalmente reprochable. El trabajo de científicos y organizaciones sociales locales da cuenta de esta realidad². Algunas consecuencias son:

[†] Recibido el 06/05/2013, Aprobado el 25/06/2013.

* Agradezco a los profesores Fabián Balcarce, Hugo Seleme y José Milton Peralta por abocarse con dedicación a mi formación y a los compañeros que militan activamente por acercarme a la realidad. Espero que este aporte contribuya a los esfuerzos por un Derecho justo y la derogación del actual Código de Faltas.

** Abogada. Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Maestranda en Derecho y Argumentación, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Adscripta de las cátedras de Ética y Derecho penal. Integrante del Programa de Ética y Teoría Política del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales. Becaria de pregrado del CIJS durante los períodos 2010-2011 y 2011-2012. E-mail: rominarekers@hotmail.com.

¹ El Código de Faltas es una ley de la provincia de Córdoba (ley 8431) sancionada en 1994 que pena con multas y/o arrestos, ciertas conductas que afectan la convivencia, llamadas contravenciones o “faltas”.

² Así surge del informe “relevamiento y análisis sobre la aplicación del Código de Faltas en la ciudad de Córdoba” <http://es.scribd.com/doc/113366386/RELEVAMIENTO-Y-ANALISIS-SOBRE-LA-APLICACION-DEL-CODIGO-DE-FALTAS-EN-LA-CIUDAD-DE-CORDOBA>.

1. Detenciones en las que el supuesto de hecho es subsumible en la norma pero que resultan ilegales por violar las garantías consagradas en la Constitución Nacional y los Tratados internacionales de Derechos Humanos.
2. Detenciones en que el supuesto de hecho concreto no es subsumible en la norma cuyo antecedente está determinado.
3. Lesiones a otros bienes jurídicos distintos a la libertad ambulatoria del detenido durante la detención.
4. Autolesiones del detenido durante la detención.
5. Aplicación de patrones discriminatorios para la selección de los detenidos.
6. La dominación a la que da lugar aun en ausencia de interferencia la discrecionalidad que el legislador deja en manos de la policía.

I.1. Antecedentes

El caso alemán nos permite visualizar cómo la ilegalidad se expande a través de una práctica impune y fomentada abiertamente por la sociedad. El derecho alemán les otorga a las autoridades policiales un amplio poder para detener personas al margen de la persecución penal. Es en el absolutismo donde se hallan probablemente las raíces del trato benévolo que hoy reciben las detenciones policiales en Alemania³. Esta tendencia se vio reforzada con el crecimiento del poder de los príncipes en los distintos territorios alemanes luego de la caída de las instituciones del Sacro Imperio Romano-Germánico.

El impacto de las teorías racionalistas del derecho natural en el siglo XVIII, como consecuencia del absolutismo ilustrado, significaron la asunción por parte del soberano de los objetivos de la felicidad y la seguridad, aún cuando exigiera invadir las esferas privadas de los individuos. En este momento histórico el concepto de policía hacía referencia al poder que el monarca y sus servidores ejercían para lograr aquellos objetivos. Este poder sólo estaba sometido mínimamente a las normas jurídicas

³ CASAL HERNANDEZ, J. M., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 1998, p. 142. WALTER JELLINEK expresó con gran claridad lo mucho que han perdurado en Alemania, concretamente en la esfera de la actividad de policía, las facultades que el monarca y su administración poseían: "Hay ciertas competencias sin las cuales el Estado ni siquiera puede ser concebido. A ellas pertenece el poder de policía. Lo mínimo que se espera del Estado es que conserve el orden en su interior. Por eso se debe cerrar el ojo cuando en algunos Estados Alemanes el derecho de ordenar de la policía, en contra de las exigencias del Estado de Derecho, no se funda en textos formales. En estos casos la policía vive de los poderes de la época del absolutismo hasta que una ley se encargue del asunto", *Verwaltungsrecht*, Berlin, Julius Springer, 1931, pp. 427 y 428.

y los individuos carecían de recursos judiciales efectivos para defenderse. Es por ello que el absolutismo ilustrado recibió el nombre de Estado de Policía en contraposición con el Estado de Derecho.

La influencia del liberalismo se plasmó en la renuncia de tales objetivos cuando estos exigían la compulsión. Sólo podían utilizarse tales medios cuando una ley los autorizara expresamente. Sin embargo la policía seguía ostentando poderes presuntos e indeterminados para la conservación de la seguridad pública. En aquel momento eran dos las clases de detenciones para las que estaba facultada la policía. La *verhaftung* cuyo objetivo era asegurar el juzgamiento del presunto autor de un delito. Por otro lado encontramos la *verwahrung* o custodia policial que implicaba la permanencia por un corto tiempo en las dependencias policiales y tenía como objetivo garantizar la tranquilidad o proteger al propio detenido. La primera estaba regulada legalmente y la segunda era concebida como una prerrogativa del poder ejecutivo. La última se asemeja a las detenciones por contravenciones.

Las posteriores regulaciones limitaron el tiempo de la *verwahrung* y crearon una instancia judicial para los casos en que el plazo era superado. Esta limitación surge como consecuencia de la preocupación social por las detenciones arbitrarias que habían tenido lugar durante la *restauración* alemana. Quienes impulsaron la nueva regulación afirmaban que la libertad personal es la que garantiza a los ciudadanos poder gozar de los demás derechos y que las detenciones arbitrarias eran muestra del inicio del despotismo. En consecuencia toda detención debía estar regulada por la ley.

Luego de la constitución de Weimar se mantuvo la práctica debido a que la doctrina y la jurisprudencia interpretaban el concepto ley en sentido material. Durante el Tercer Reich las detenciones policiales fueron uno de los instrumentos básico del régimen⁴. Tal práctica devendría en la detención tutelar —*Schutzhaft*— que se prolongaba infinitamente por lo general en campos de concentración donde culminaba con el asesinato del “protegido”⁵. Con el decreto “noche y niebla” del 7 de diciembre de 1941 la práctica se extendió a todos los países ocupados con el objetivo de causar miedo a los allegados del detenido.

Este breve recorrido por la historia alemana muestra la importancia de erradicar la práctica de las detenciones fundadas en el poder de policía de los Estados locales. La desregulación productora de discrecionalidad, si nos remitimos a la historia alemana, es una herramienta para un modelo de poder ejecutivo despótico. El hecho de que las detenciones policiales

⁴ Ídem.

⁵ Ídem.

fueron utilizadas para garantizar el orden político que intentó imponer el nacionalsocialismo es muestra de la razonabilidad de la preocupación por detenciones autorizadas por el Código de Faltas.

II. Responsabilidad moral de los funcionarios

De la discrecionalidad que existe en materia contravencional se sigue la existencia de dos opciones o cursos de acción para sus aplicadores: realizar la detención o no realizarla. Existen dos casos de los cuales ocuparse a partir de ello. Uno hace referencia a la implementación de un criterio que mide la eficacia de los agentes policiales por el número de detenciones realizadas. Esta política borra la opción de no realizar detenciones. El segundo caso se refiere a un mundo en el cual no se implementa tal criterio de eficacia conservando los agentes policiales ambas opciones.

Aquí me ocuparé del primer y segundo grupo de consecuencias, es decir de las detenciones, cuando tienen origen en la implementación de una política consistente en evaluar la eficacia de los agentes policiales en virtud de la cantidad de detenciones realizadas. No me ocuparé del caso en el que no se implementa el criterio de eficacia. Uno podría pensar que en el caso descartado resulta más difícil endilgar responsabilidad a los superiores y a los agentes. Esto es falso, en este caso es claro que el agente debe responder pues no se encuentra coaccionado por la orden. Y el superior no puede pretender excusarse alegando ignorancia pues pesa sobre él el deber de controlar la actuación de sus inferiores. Este control debe ser estricto debido al valor de la libertad individual y a la vulnerabilidad de los individuos frente al poder punitivo estatal.

La pregunta aquí es quién es responsable moralmente por las detenciones en el primer caso ¿el agente que ejecuta la detención? ¿el funcionario que aplica el criterio de eficacia? Resulta importante individualizar a los responsables para formular un enunciado de responsabilidad condenatorio. Por lo menos la determinación de la responsabilidad genera algunos deberes a cargo del responsable. Así todo ER (enunciado de responsabilidad) condenatorio crea una exigencia de respuesta por parte del imputado⁶.

La respuesta a estas preguntas remite al problema de las múltiples manos. El problema puede ser planteado de la siguiente forma: en los Estados contemporáneos aunque pueda determinarse la inmoralidad de una política a veces no resulta claro, sobre todo cuando son varios quienes co-

⁶ Según J. R. LUCAS, "Responsibility", *Oxford: Clarendon Press*, 1993, p. 5, "Así el núcleo del concepto de responsabilidad es que se me puede formular la pregunta "¿por qué lo hiciste?" y estar obligado a dar una respuesta", en VALDEZ, G., "El enunciado de responsabilidad", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, Alicante, 1996, p. 261.

laboran en el diseño y la ejecución, quién o quiénes son moralmente responsables por ella. Thompson⁷ presenta los inconvenientes que suponen la atribución jerárquica o colectiva de responsabilidad y las ventajas de la atribución personal de responsabilidad.

Queda una cuestión interpretativa pendiente, por qué el criterio implementado para medir la eficacia de los agentes, es decir a partir de la cantidad de detenciones, debiera ser entendido como una orden implícita. En el caso la eficacia no se mide desde un criterio consistente en el respeto de la estricta legalidad que exige cualquier medida estatal como la privación de la libertad personal. De la interpretación depende que la orden sea la causa de las detenciones ilegales. Existen razones para afirmar que el enunciado interpretativo que describe esta situación como una orden se ajusta mejor a nuestras intuiciones. Muchos coincidiríamos en que en los casos en que una empresa mide el rendimiento de sus empleados por el número de ventas existe una orden implícita. Esta orden tiene como finalidad que los empleados realicen el mayor número de ventas incluso valiéndose de medios inmorales como el engaño.

I. De acuerdo con el modelo de responsabilidad jerárquica debemos responsabilizar a la persona que se encuentra en el vértice de la pirámide formal o informal de autoridad por las detenciones ilegales. Este modelo de atribución de responsabilidad es viable, para el modelo de Weber, en los gobiernos contemporáneos desde que reconocen “áreas jurisdiccionales fijas” y una “jerarquía de la función” en la cual “los funcionarios superiores fiscalizan a los inferiores”⁸.

El político y el administrador, quienes ejecutan la política establecida por los dirigentes, están sujetos a “principios de responsabilidad exactamente opuestos”⁹. El administrador estará libre de responsabilidad siempre que se haya limitado a ejecutar las órdenes del superior como si éstas coincidieran con sus propias convicciones. En dirección opuesta la responsabilidad del dirigente es personal.

Este modelo resuelve la mayoría de los casos de manera simple ubicando fuera de los límites de la responsabilidad las consecuencias provocadas por los funcionarios públicos siempre que se limiten a cumplir las órdenes de sus superiores conforme a los procedimientos de la organización. En el marco del modelo jerárquico los agentes policiales no serían

⁷ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

⁸ WEBER, M., “Bureaucracy”, en *From Max Weber*, trad. por H. H. Gerth y C. Wright Mills (Nueva York: Oxford University Press, 1958), pp. 214-216 en THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

⁹ WEBER, M., “Politik as a Vocation”, p. 95, THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999) en p. 67.

responsables por las detenciones policiales si se han ajustado a las órdenes de sus superiores.

Una vez descartada la responsabilidad de los administradores es fácil identificar la responsabilidad de los funcionarios que ordenaron la ejecución de la política. Aunque renace el problema de las múltiples manos resulta menos problemático desde que será más reducido el número de involucrados y las jurisdicciones estarán mejor definidas.

Este modelo es insuficiente para abordar la realidad de los estados contemporáneos. La realidad empírica, referida a cómo funciona la práctica y cómo el derecho es, demuestra que los burócratas conservan una autoridad discrecional cada vez mayor. Esta discrecionalidad en algunos supuestos no es delegada en los inferiores pero se hace lugar a través de la práctica. Otras veces la discrecionalidad es delegada por una norma y en este punto la pregunta sería si no existen razones para responsabilizar a quien delega la discrecionalidad y quien hace uso de esa discrecionalidad de una manera moralmente reprobable. Este último supuesto, del que no me ocuparé aquí, hace referencia a la responsabilidad de los agentes por la aplicación de patrones discriminatorios en ejercicio de la discrecionalidad legada.

El caso que nos ocupa es el de las detenciones que tienen lugar como consecuencia de una orden del superior. En este supuesto los agentes no conservan discrecionalidad para decidir entre las opciones “detener” y “no detener” porque la última opción queda descartada desde que el grado de eficacia laboral depende del número de detenciones realizadas. Creo que aún en este caso existen razones para responsabilizar también a los agentes policiales que ejecutan la orden.

Por otro lado el esquema jerárquico ha generado una práctica consistente en “asumir la responsabilidad”, ritual que no perjudica al dirigente sino que lo favorece¹⁰. Este ritual puede aparecer en el caso como una práctica silenciadora. Por su parte limita el proceso de indignación y responsabilización de otros funcionarios e impide el debate público. Un ejemplo hipotético haría referencia a una declaración del gobernador, ministro de seguridad o jefe de la policía declarando que “los agentes policiales sólo cumplían sus órdenes. Ordenes que se fundan en nuestro compromiso con la lucha contra la inseguridad. Nos responsabilizamos de los perjuicios que esto haya significado en algunos casos. Pero lo hicimos por el bienestar del pueblo”.

¹⁰ THOMSON, V., *Modern Organizations* (Nueva York: Random House, 1961), p. 129-137; EDELMAN, M., *The symbolic Uses of Politics* (Urbana: University of Illinois Press, 1964), p. 79. En THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

II. Para resolver el problema de las múltiples manos los colectivistas exponen sus argumentos que pueden ser descriptos en pasos:

- 1) Muchos resultados políticos son el producto de la acción de diferentes individuos, cuyos aportes tal vez no sean identificables ni se distingan de la contribución de otros.
- 2) Ningún hombre puede ser moralmente culpado por esas consecuencias.
- 3) En el tercer paso los defensores de la responsabilidad colectiva se dividen entre quienes sostienen que todo individuo asociado a la colectividad es moralmente responsable y quienes sostienen que sólo puede culparse a la colectividad¹¹. Ninguna de estas dos versiones adjudica responsabilidad al individuo a partir de su vinculación con el resultado.

La primera versión limita la responsabilidad de los funcionarios asignando responsabilidad a toda persona asociada a la colectividad. Esta versión afirma que los funcionarios sólo actúan como representantes. Como representantes actúan limitados por las exigencias de los ciudadanos y los compromisos asumidos por sus predecesores, en consecuencia sus decisiones no son totalmente voluntarias.

Este modelo no da cuenta de una distinción intuitiva entre los diferentes grados de responsabilidad que cabe reconocer en los funcionarios y en los ciudadanos. Asumir esta distinción implica una conclusión que el modelo colectivo pretende rechazar, a saber, la responsabilidad por un resultado depende de la contribución real que cada individuo hace o puede hacer.

A favor de la versión que consagra la responsabilidad de la colectividad se argumenta que un sistema político puede adolecer de fallos estructurales que bloqueen los esfuerzos del individuo por alcanzar fines moralmente respetables¹². Sin embargo los funcionarios pueden ser culpables de crear fallos estructurales en la organización, o de no tomarse el trabajo de notificarlos, o de esforzarse inadecuadamente por corregirlos.

Para la primera versión la responsabilidad por las detenciones por aplicación del código de faltas y las demás consecuencias enunciadas corresponde a todos los miembros asociados a la colectividad. Tales consecuencias son el resultado de políticas diseñadas y ejecutadas por funcionarios que sólo actúan como mandatarios de todos los miembros de la comunidad frente al reclamo de seguridad. Para la segunda versión la

¹¹ Ídem.

¹² Ídem

responsabilidad debe serle imputada a la colectividad, es decir, a la sociedad cordobesa.

III. La tesis de la responsabilidad personal considera que los funcionarios son responsables como personas de las consecuencias que causan. Son presupuestos de la responsabilidad por el resultado: 1) que ese resultado haya sido causado por un acto u omisión del funcionario (responsabilidad causal) 2) que el acto u omisión de que se trate no sean producto de la ignorancia o la compulsión (responsabilidad volitiva).

El inconveniente que presenta la responsabilidad causal es la imposibilidad de determinar la causa moralmente relevante entre las innumerables causas que concurren de manera equivalente sin recurrir a otros criterios normativos. En este sentido el criterio causal débil no puede ser considerado una condición suficiente de responsabilidad moral ni de determinación de grados de responsabilidad.

La acción de un individuo puede ser considerada como causa si esta es necesaria para producir el resultado, de no haber mediado otra acción suficiente para producirlo¹³. El inconveniente en este punto es que las consecuencias por las que se asigna responsabilidad a los funcionarios incluyen prácticas continuas y el desarrollo de estructuras gubernamentales¹⁴.

La responsabilidad volitiva admite que un funcionario es responsable siempre que haya podido actuar de otra manera. Este criterio admite grados de responsabilidad. La ignorancia funciona en este esquema como excusa en la medida que no sea producto de la negligencia. La compulsión como excusa no funciona en un esquema en el que un conjunto de alternativas fueron elegidas. En este esquema el funcionario es responsable por sus decisiones.

Frente a un esquema de responsabilidad personal los funcionarios recurren a diferentes excusas que excluirían la responsabilidad volitiva. Una de esas excusas hace referencia a las buenas intenciones. Las excusas volitivas aparecen una vez que se ha establecido el nexo causal entre la conducta del funcionario y el resultado.

Las buenas intenciones como excusa son diferentes de la ignorancia y la compulsión. En este caso la ausencia de responsabilidad volitiva nos compromete con la tesis según la cual el funcionario es responsable por las consecuencias intentadas, es decir buscadas, y no por lo que hagan otras personas como consecuencias de sus decisiones.

¹³ HART y HONORÉ, p. 117 en THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

¹⁴ THOMPSON, D. F., *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona (1999).

Esta concepción resulta inaceptable moralmente en la vida cotidiana y con más razón en la vida pública. Cuando los actos de terceros son consecuencias predecibles que se siguen de las acciones de los funcionarios es necesario sostener que son moralmente responsables por no tomar las precauciones evitando las consecuencias. Es claro que la intención de los funcionarios como el ministro de seguridad o jefe de policía es que se realice el mayor número de detenciones ya que al ser sus cargos políticos la continuidad en la gestión depende de su eficacia frente a la demanda mayoritaria de seguridad. Esta demanda se identifica con la necesidad de políticas de mano dura aún cuando esto permita violentar las garantías que para la seguridad personal creemos relevantes.

Las detenciones ilegales son consecuencia de la acción de los funcionarios públicos del área consistentes en exigir la realización de un número de detenciones para que el agente pueda mantener su rendimiento laboral. El funcionario es responsable por las detenciones ilegales, aún cuando esto no forme parte de sus buenas intenciones, desde que es predecible que medir la eficiencia de los agentes policiales por número de detenciones conlleva a tal resultado.

La responsabilidad de los funcionarios no se ciñe a los límites estrictamente establecidos por su intencionalidad. En el ámbito público las consecuencias no intencionales son frecuentes y en consecuencia ocupar una función en las instituciones pública supone asumir ese riesgo.

Otra excusa frente a la responsabilidad volitiva es la ignorancia. La ignorancia como excusa hace referencia a la falta de conocimiento sobre lo que otros funcionarios hacen. En este caso sería el desconocimiento por parte del jefe de policía o ministro de seguridad de las detenciones ilegales que llevan a cabo los agentes policiales a su cargo. La pregunta aquí es: ¿es suficiente el desconocimiento de que otros funcionarios que se encuentran a su mando están actuando de tal manera para librarse de la responsabilidad? La respuesta es no. Una excusa de esas características no es válida cuando los funcionarios son los instrumentos de su propia ignorancia¹⁵.

Cuando un superior presiona a sus subalternos a fin de obtener resultados y deja entrever que las prácticas cuestionables para lograrlos serán condonadas entonces la culpa recae también sobre el superior jerárquico¹⁶. Ello es así pues el superior jerárquico no puede ignorar que en condiciones normales estos resultados se siguen de tal medida. Así el dueño de un negocio que ordena a sus empleados realizar el mayor número de

¹⁵ Ídem p. 88.

¹⁶ Ídem p. 89.

ventas para conservar el trabajo no puede ignorar al día siguiente que las ventas que se realizaron encuentran origen en su buen criterio.

La excusa de la coacción se puede presentar en tres supuestos. En el primer supuesto se abordan los casos en que existe una orden no explícita del funcionario jerárquicamente superior para ejecutar acciones moralmente criticables. En este caso, la respuesta es que deben responder tanto el superior como los subordinados. En este esquema son responsables tanto el funcionario que da órdenes implícitas que permite que los subalternos creen que tienen que realizar detenciones aún flanqueando los límites de la legalidad, como los subalternos que llevan a cabo las detenciones cuando el curso de acción “no detener” tiene un costo remediable. Así si un agente fuera despedido por tal motivo o sus condiciones laborales empeoradas severamente esto haría responsable a su superior y seguramente a ello le seguiría la obligación del superior de reparar o corregir lo sucedido.

El segundo supuesto se refiere a la coacción que ejercen las prácticas que crearon funcionarios en el pasado cuya identidad no es posible determinar. El modelo de responsabilidad personal a diferencia de la responsabilidad por la función permite seguir a los funcionarios a través del tiempo. Frente a la excusa consistente en afirmar que lo sucedido se debe a que existía una práctica anterior prolongada en el tiempo y que excede la posibilidad de deconstrucción por el funcionario, cabe identificar si el funcionario colaboró en desarrollo de la práctica en el pasado desde otra posición en la institución. Así por ejemplo quién hoy es ministro de seguridad colaboró con dicha práctica desde su posición anterior como jefe de policía y el actual jefe de policía colaboró, en el mismo sentido, desde su posición anterior.

El tercer caso es el de las prácticas que generan los “burócratas de la calle” para evadir la responsabilidad por sus fracasos. Este criterio resulta útil para determinar el grado de responsabilidad de los agentes policiales. Los agentes están a cargo de la prevención del delito, para ello están facultados a privar de la libertad por aplicación del Código de Faltas. En estos casos las exigencias de los superiores pueden llevar a los trabajadores a realizar detenciones ilegales por aplicación del Código de Faltas. Cuando la opción de detener ilegalmente a un joven por aplicación del Código de Faltas encuentra su origen en la mayor facilidad, que implica gracias a las vulneraciones que la norma autoriza en comparación al régimen penal, el agente también es responsable. En estos casos no debe responder sólo el funcionario que genera las exigencias que causan ese resultado sino también los agentes que frente al posible fracaso frente a la meta propuesta optan por la opción ilegal.

Distinto es el caso donde existe una imposibilidad fáctica de cumplir con la meta. Un agente moral requiere un ámbito moral enmarcado por lo imposible y lo necesario¹⁷. Por ejemplo porque el delito no es un fenómeno tan frecuente como suponen los funcionarios que diseñan estas políticas. Así la vendedora de planes telefónicos a la que su empresa le exige una cantidad de ventas es responsable por fraude al colocar los planes a los clientes que no prestaron su consentimiento si era posible conseguir ese consentimiento. En tanto que si los planes a vender son inaceptables para los clientes y la venta resulta imposible de realizar la empleada no es responsable por colocar el plan en contra de la voluntad del cliente desde que esta no tenía otro curso de acción posible.

La teoría de la responsabilidad personal nos brinda criterios para establecer la responsabilidad moral de los funcionarios por las detenciones ilegales que se adecuan mejor a nuestras intuiciones.

III. Responsabilidad penal de los funcionarios

El Código penal regula el delito de privación abusiva de la libertad en su art. 144 bis inc. 1:

Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

Inc. 1: El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal.

Acá nuevamente se presenta el problema de las múltiples manos. El problema es que al intentar responsabilizar penalmente a quien da la orden, por ejemplo el jefe de policía, se lo imputa como autor mediato del delito. Esto supone que quien ejecuta la orden actúa como un mero instrumento y en consecuencia no puede ser considerado responsable. Sólo me ocuparé de este aspecto de la responsabilidad, por ser el más controvertido en el caso, pasando por alto otros aspectos que pueden ser resueltos con los criterios normativos ampliamente aceptados.

Existen razones para responsabilizar a ambos. Tanto a quién ordena las detenciones ilegales como a quien las ejecuta. La tesis que mejor se ajusta a esas razones es la del dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. A continuación expondré brevemente esta tesis por ser la que mejor se adecua a nuestras intuiciones en estos casos. Estas intuiciones encuentran apoyo en parte de nuestra historia institu-

¹⁷ VALDEZ, G., "El enunciado de responsabilidad", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, Alicante, 1996, p. 261.

cional reciente, a saber, los juicios por violación de los derechos humanos posdictatoriales¹⁸. Este criterio se ha impuesto de manera mayoritaria en Alemania y ha sido admitida en el año 1994 por el Tribunal Supremo Alemán. Tal fundamentación fue adoptada por la Corte Suprema Colombiana en la sentencia condenatoria contra el ex dictador Jorge Aurelio Noguera Cotes.

Esta tesis sostiene que los hombres de atrás, quienes ordenan las detenciones en este caso, son responsables como autores mediatos, aún cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables.

En apoyo a su tesis Roxin descarta otras alternativas para el caso. En primer lugar descarta que pueda tratarse de un caso de coautoría. Un presupuesto de la coautoría es la ejecución en común. Una orden y su cumplimiento raramente podrían ser interpretadas en este sentido. Con mayor razón cuando en la mayoría de los casos quien ejecuta la orden y quien la instruye no se conocen. Están ausentes otras exigencias como las aportaciones de hecho entrelazadas y una unión recíproca de cómplices.

También cabe descartar que se trate de un supuesto de instigación. Quienes defiendan este esquema deberían sostener que quien da la orden actúa como instigador y quien la ejecuta como autor instigado para ejecutar la privación abusiva de la libertad. La diferencia es que en la instigación quién instiga deja en manos de quien ejecuta la decisión de realizar o no la conducta en tanto que en el caso aquí analizado ello no ocurre. Sin embargo en el caso de las detenciones ilegales el hombre de atrás toma la decisión con la certeza de que será ejecutada necesariamente por algún integrante de la organización sometido a su mando. La cuota de poder que tiene el hombre de atrás no puede equiparse a la que tiene el instigador. Quien ejecuta el hecho llega casualmente a la concreta situación de acción. Este no puede cambiar el suceso causal, sino, a lo sumo, modificarlo. La estructura organizativa es la que asegura la ejecución de la orden.

En apoyo a su tesis Roxin sostiene tres afirmaciones que descartan las respuestas anteriores. En primer lugar prueba que quien ejecuta la orden no es quién con sus propias manos realiza las detenciones. El instrumento del que se vale en el caso el jefe de policía o ministro de seguridad es el aparato organizado de poder y no los agentes particulares. Ello es evidente si tenemos en cuenta que los agentes son fungibles y que es la organización y no un determinado individuo quien garantiza el resultado.

¹⁸ ROXIN (2006) cita como ejemplo en apoyo a su tesis el caso argentino. Esta doctrina fue invocada en los años ochenta del siglo pasado en la Condena de la Junta General Argentina.

En segundo lugar el ejecutor y quien da la orden poseen distinta formas de dominio del hecho que no se excluyen entre sí. En este sentido Roxin (2006) afirma que:

Quien mata a la víctima con sus propias manos, ejerce el por mí denominado dominio de acción, es decir, un dominio que se deriva de la consumación de un determinado acto del hecho. El hombre de atrás tiene, en cambio, el dominio de organización, es decir, una posibilidad de influir, que asegura la producción del resultado sin ejecución del hecho de propio mano a través del aparato de poder que está a su disposición. Esta seguridad de resultado fundamenta el dominio del hecho. Se diferencia del dominio de la acción del ejecutor, pero puede, sin más, coexistir con él.

La tercera observación se refiere al error en el que incurren quienes deducen de un déficit del instrumento la autoría mediata. La autoría mediata no debe fundarse a través de presupuestos negativos sino positivamente analizando el grado dominio del autor sobre el hecho. Esta fundamentación positiva se basa en la posibilidad del hombre de atrás de producir el resultado a través de la organización.

A continuación se mencionan cuatro factores que determinan el dominio de organización del hombre de atrás en el caso de las privaciones de la libertad abusivas. Los tres primeros factores hacen referencia a las características de la organización que permiten hacer responsables a los hombres de atrás, es este caso el jefe de policía, ministro de seguridad, etc. En el cuarto factor se mencionan razones para responsabilizar a los agentes que ejecutan el hecho típico como parte de la organización.

1. Poder de mando: Dentro de una organización dirigida quien ostenta autoridad para dar órdenes y ejerce esa autoridad en dirección a la realización de la conducta descripta en el tipo penal es el autor mediato. Es decir quien tiene autoridad para ordenar las detenciones abusando de la competencia delegada por las normas que rigen su actividad y fuera de las formalidades establecidas como reaseguros del ciudadano frente al poder del Estado.

Sin embargo en razón de las características de la organización pueden encontrarse distintos niveles jerárquicos y en consecuencia varios pueden resultar autores mediatos. Así por ejemplo el Jefe de policía, el ministro de seguridad, etc., ejercen distintos niveles jerárquicos dentro de la organización, pero lo relevante es que lo ejercen. En este esquema quien no ha ordenado personalmente las detenciones o ha colaborado en su ejecución, pero ha promovido conscientemente los delitos responderá como cómplice. Este es el lugar que Roxin le asigna, en un ejemplo, al personal de servicio en un Campo de Concentración.

2. Desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato de poder: esta desvinculación del aparato de poder no es en toda relación con el derecho sino sólo en aquella que es relevante al tipo penal analizado u otros. En este punto Roxin cita el caso de organizaciones como la RDA y el Estado nacionalsocialista en cuanto su existencia se enmarca dentro del derecho vigente válido. Lo relevante en estos casos son determinadas acciones realizadas por estas como la “solución final de la cuestión judía”. En este sentido la policía es una organización legal que forma parte del ordenamiento jurídico vigente y le ha sido asignada una función tendiente a prevenir lesiones de bienes jurídicos, como la libertad, y se le ha reconocido la facultad de hacer uso de la violencia estatal. Es por ello que la regulación de tal organización debe dirigirse a minimizar las restricciones de la libertad del modo más eficaz. Todo lo contrario sucede en el caso analizado. En este caso la policía reduce al mínimo la libertad de los ciudadanos de la manera más eficaz y pretende presentar estos hechos como parte de una política de seguridad eficiente. Las detenciones seguirían estando desvinculadas del derecho si la orden fuera legal en algún sentido.

3. La fungibilidad del ejecutor inmediato: ello se refiere a que quien ejecuta la privación abusiva de la libertad puede ser sustituido. Esta característica es la que asegura que la orden del hombre de atrás se garantice. Ello es así pues el hombre de atrás se vale de la organización para realizar el tipo penal y no de los sujetos individuales que responden a su mando.

Una objeción recurrente es la que sostiene que el criterio de fungibilidad no es siempre adecuado. Ello es así desde que quien debe privar abusivamente de la libertad tiene la posibilidad de dejar en libertad a un potencial detenido. Esto no puede ser interpretado de otra forma que un fallo de la organización. La objeción pierde fuerza si se tiene en cuenta que la organización desarrolla mecanismos institucionales tendientes a evitar tal situación. Un mecanismo en el caso de las detenciones abusivas de la libertad es la existencia de un sistema de premios y castigos tendiente a asegurar el resultado.

En una organización de este tipo es menos probable que tengan lugar fallas como las descritas. La probabilidad de fallas es mucho más probable en un esquema tradicional de autoría mediata en que el hombre de atrás se vale del error o falta de motivación normativa de quien actúa.

4. La considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor: este es un factor que ha tenido en cuenta el Tribunal Supremo Federal Alemán. Este factor se refiere a la incondicionalidad, entendida como disponibilidad, del que actúa inmediatamente para realizar el tipo penal.

Confirma la libertad de actuación de quien ejecuta el hecho, es decir, la privación abusiva de la libertad. Así sostiene Roxin:

“Parto de que aquél que en un aparato organizado de poder desvinculado del derecho lleva a cabo el último acto que realiza el tipo, tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Aquel se halla sometido a numerosas influencias específicas de la organización, que, a decir verdad, en modo alguno excluyen su responsabilidad, pero lo hacen, sin embargo, ‘más preparado para el hecho’ que otros potenciales delincuentes y que, vistas en conjunto, incrementan la posibilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho de los hombres de atrás”¹⁹.

Algunas otras consideraciones de Roxin afirman que la pertenencia a la organización despierta una tendencia a la adaptación. Ello es así desde que una de las finalidades de la organización es que sus miembros se integren. Esta descripción no acerca a la explicación de conductas irreflexivas que ejecutan los miembros de la organización. En este sentido quien se desempeña como agente de la policía no reflexiona sobre si su conducta en concreto se ajusta al tipo desde que asume que esta tarea es una para las cuales está destinada la organización. Esto no ocurre así en el caso del individuo que no vinculado a organización alguna se plantea la posibilidad de realizar el tipo penal. Roxin sostiene que un fenómeno típico de la organización es también un empeño excesivo en prestar servicio, sea por arribismo, sea por afán de notoriedad, por ofuscación ideológica o también a causa de impulsos criminales sádicos o de otro tipo, a los que el miembro de una organización tal cree poder ceder impunemente²⁰.

Un fenómeno que Thomson había analizado en cuanto a la responsabilidad moral de los funcionarios es tenido en cuenta para la responsabilidad penal. Muchas veces el actuar reflexivo del agente responde a la idea “Si no lo hago yo, lo hace de todas formas otro”. En estos casos la responsabilidad del agente se vuelve más patente desde que aparece como consecuencia de una reflexión.

Finalmente Roxin menciona los casos en que los ejecutores temen la pérdida del trabajo, el prejuicio de sus colegas o de la sociedad. En estos casos, pese a que tienen dudas sobre el carácter injusto de su actuación, confían en la impunidad que supone actuar bajo las órdenes de los de arriba. Estos supuestos no fundamentan un dominio de la coacción o error por los hombres de atrás. En consecuencia los agentes son plenamente

¹⁹ Roxin, C., “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, Rev. de Estudios de la Justicia, n. 7, 2006.

²⁰ ídem.

responsables desde que lo que motiva su actuación no es un error ni la coacción sino la posibilidad de ser degradado en alguno de los sentidos mencionados.

IV. Conclusión

El modelo que imputa responsabilidad moral recurriendo al criterio personal expuesto por Thompson y la propuesta de dominio por organización como forma independiente de autoría mediata de Roxin, en cuanto a la responsabilidad penal, se ajustan mejor a la forma en que deseamos que se tengan en cuenta nuestras acciones. Una forma sustancial de tener en cuenta nuestras acciones honra la relevancia de estas promoviendo la idea de que cada uno debe internalizar los costos y aprovechar los beneficios de lo que hace²¹.

Bibliografía

CASAL HERNANDEZ, J. M. (1998), *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid.

ROSENKRANTZ, C. (1985), *Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

ROXIN, C. (2006), "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista de estudios de la justicia*, N° 7.

ROXIN, C. (1998), *Autoría y dominio del hecho en el Derecho penal*, Cuello Contreras/Serrano González de Murillo (trads.), Madrid.

THOMPSON, D. F. (1999), *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*, Gedisa, Barcelona.

VALDEZ, G. (1996), "El enunciado de responsabilidad", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, Alicante.



²¹ ROSENKRANTZ, C., *Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1985, p. 168.