

# ¿Y EL SUPERIOR JERÁRQUICO POR QUÉ NO RESPONDE?

Son muchos los casos en los cuales los funcionarios públicos cabeza de institución quedan excluidos de una investigación o sentencia penal amparándose en la estrategia de defensa según la cual el hecho delictivo se llevó a cabo sin que ellos pudiesen estar al tanto de los eventos y, principalmente, que el delito se realizó por los funcionarios competentes que justamente en razón del cargo ejercido es que pudieron abusar de su poder y beneficiarse privadamente de ello.

Y si a esto le sumamos la nula, escasa -o de difícil obtención- prueba que vincula a la cabeza de institución con el propio hecho delictivo, el resultado final casi siempre tiene un sabor a impunidad, respecto de las personas que se ubican en el escalafón más alto de la entidad pública involucrada en el delito.

Probablemente, el problema pase por una mala estrategia de nuestros operadores de investigación a la hora de abordar el problema. Los delitos de corrupción se caracterizan no solo por su alta idoneidad lesiva, sino además por las estrategias de impunidad que se tejen y sobre las cuales existen muy pocos elementos de prueba, respecto de los directamente involucrados, y con mayor razón respecto de los funcionarios más alejados (normativa y fácticamente). Nadie grava vídeos ni tiene los suficientes incentivos para acusar a los superiores jerárquicos, como en algunas oportunidades nuestra realidad delictiva nos lo ha mostrado.

Ante esta realidad, si seguimos empeñados en vincular al superior jerárquico con el delito cometido, los resultados serán muy poco alentadores, pues justamente esa es la relación que no se puede probar, no solo por una cuestión de dominio del hecho, sino incluso por una cuestión de infracción de deber, respecto de las concretas funciones del cabeza de institución.

La solución para imputar responsabilidad penal contra una persona que esté en la cúspide de una organización pública involucrada en un delito

de corrupción, no pasa por establecer vínculos con el hecho delictivo en sí mismo, sino por construir la imputación tomando en consideración los deberes de control, selección y vigilancia que obligan y dirigen el actuar del superior jerárquico.

Dicho de otro modo, un alcalde no responderá por la corrupta asignación de la buena pro, sino por permitir, a través de la omisión de sus deberes, que ello así haya sucedido. Parece ser que la salida está en la figura de la comisión por omisión.

Ahora bien, de este planteamiento no se puede predicar que estamos hablando del delito de “omisión de funciones”, delito que en estricto en nada se relaciona con un hecho de corrupción.

Aquí habrá de funcionar lo que se entiende por “causa adecuada”. Es decir, la única vinculación entre el superior jerárquico con el delito radica en que este omitió o llevó a cabo una conducta que permite la realización del delito: una conducta que objetivamente suponga un riesgo ex ante que permita la futura realización del delito que se trate.

En este planteamiento, el único dolo que habrá que probar será el relacionado con la inobservancia de los deberes competentes, no así con la realización del delito en cuestión. Pues si fuese de otra forma, volveríamos a los problemas de vincular al superior jerárquico con el delito cometido.

La atribución normativa de este planteamiento requiere el experto manejo de la normativa administrativa por parte de nuestros operadores de justicia, pues a partir de allí es que se construirá el riesgo prohibido que le interesa al Derecho penal.

Finalmente, no se trata ni de hacer doctrina ni de confundir más el panorama, la única intención que comparten nuestros operadores de justicia y nuestros académicos es la de discutir constantemente acerca de las figuras penales utilizables en la lucha contra la corrupción, siempre, desde luego, en el marco de un Estado constitucional de derecho.

*Erick Guimaray*

