

## La imputación objetiva en las estructuras penitenciarias complejas:

### La responsabilidad penal por omisión del funcionario penitenciario en el marco de los riesgos carcelarios y de los globales penales

Francisco Valdez Silva<sup>1</sup>

#### I. Introducción

En las últimas semanas hemos sido testigos de cómo la cárcel se ha convertido en el lugar que presenta mayor vulnerabilidad frente a la pandemia, pues el hacinamiento y la falta de una política penitenciaria adecuada la ha hecho permeable a la COVID-19<sup>2</sup> y, sobre todo, la ha convertido en un foco infeccioso de contagio a tal punto que –según la información propalada por el Ministro de Justicia del Perú<sup>3</sup>– ya han fallecido treinta reclusos<sup>4</sup> y se encuentran infectados aproximadamente seiscientos cuarenta y cinco de los mismos.

Frente a tal escenario, sin aún polemizar sobre la COVID-19, las preguntas que nos formulamos a continuación son las siguientes: ¿debe responder algún funcionario público por una muerte que pueda ocurrir dentro de un centro penitenciario?, ¿acaso tienen aquellos una posición de garante respecto de la vida de los reclusos por los riesgos que generan las dinámicas grupales de la población carcelaria como lo son las huelgas de hambre, motines, etc.? y ahora entrando a lo postergado anteriormente, ¿pueden ser ellos incluso garantes respecto de la vida de los reclusos por los riesgos que escapan a esas dinámicas colectivas penitenciarias pero que podrían ocasionar también la muerte de aquellos como lo hace la COVID-19 en la actualidad? y, finalmente, si estos tuvieran efectivamente esta posición de garante, ¿cuándo infringirían sus deberes de garantía y, por lo tanto, responderían por las lesiones o muertes que puedan ocurrir dentro del centro penitenciario ya sea en el marco de los riesgos penitenciarios como lo puede ser un

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios concluidos de Maestría en Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid (España) y Magíster en Cumplimiento normativo en Derecho Penal por la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y en Prevención del delito de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, fraude fiscal y responsabilidad penal de la persona jurídica por la Universidad de Santiago de Compostela (España). Especialista en Derecho Penal económico y teoría del delito por la Universidad de Castilla-La Mancha. Investigador visitante en el Instituto de Ciencias Penales del Profesor Georg Freund en la Facultad de Derecho de la Universidad Phillips en Marburgo-Alemania.

<sup>2</sup> La Organización Mundial de la Salud (OMS) el día 11 de febrero de 2020 le atribuyó al virus “SARS-CoV-2” causar la enfermedad “COVID-19”: “CO” de “corona”, “VI” de virus, “D” de “disease” (traducido del inglés al español: “enfermedad”) y, finalmente, “19” por el año en que surgió el brote. “SARS” significa “*severe acute respiratory syndrome*” (traducido del inglés al español: “síndrome respiratorio agudo y grave”). Para mayor información al respecto, vid. World Health Organization (2020). *Naming the coronavirus disease (COVID-19) and the virus that causes it*. [www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](http://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it). Consultado el 06 de abril de 2020.

<sup>3</sup> Sobre esto, vid. *Perú21* (28 de abril de 2020).

<sup>4</sup> Hay que hacer una ligera distinción entre preso, penado y recluso. El primero está recluido en una cárcel y no necesariamente porque esté cumpliendo efectivamente una condena. El segundo, sí. En otros términos, el primero puede estar recluido en un centro penitenciario por razón de una prisión preventiva fundada en su contra o, en todo caso, por dictarse una sentencia condenatoria en su contra, pero esta aún no se encuentra firme. El segundo ya está cumpliendo efectivamente su pena. El término recluso abrazaría a los dos anteriores.

enfrentamiento entre pabellones o globales penales como lo es en este momento la COVID-19?

En términos más sencillos ¿deben acaso esos garantes, en caso lo sean, ser responsables de la muerte de un recluso no solo cuando este es apuñalado por otro en un enfrentamiento de pabellones con un objeto punzo cortante, sino también cuando ese recluso se encuentra a merced de morir, no porque alguien lo apuñale por la espalda, sino por encontrarse en ese lugar y en condiciones que favorezcan o aceleren su muerte?

En este orden de ideas, a continuación abordaré un tema poco tratado en nuestro país como lo es la posición de garante del funcionario penitenciario (a saber, el director o jefe del centro penitenciario e, incluso, la del Consejo Penitenciario) y, en la parte final de este artículo, dedicaré unas reflexiones a la de los altos cargos públicos (piénsese, el Ministro de Justicia) respecto de los reclusos. De esta manera, iremos dando respuesta escalonadamente a tres preguntas: ¿quién es el garante en la cárcel?, ¿por qué esa persona es garante en la cárcel?, y ¿cómo infringe su deber de garantía esta persona en la cárcel? Para esto, nuestras respuestas irán girando principalmente en el marco de los riesgos penitenciarios, para luego responder si los riesgos globales o mundiales<sup>5</sup> como lo es la COVID-19 son también aquel tipo de riesgo de los cuales se podría ser garante en la cárcel o, en todo caso, se es de ambos; ello para determinar finalmente su responsabilidad penal, según corresponda.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester antes resolver la cuestión acerca de cuál es la dinámica social que esconde la cárcel a los ojos de nosotros los penalistas, la cual precisamente nos permitirá responder de forma correcta las interrogantes antes mencionadas, y dejar de lado las reflexiones únicamente penales alrededor de la posición de garante; sobre todo, cuando nos enfrentamos a sujetos que se encuentran dentro de organizaciones con dinámicas genuinas en cada una de ellas (por ejemplo, la empresa, la cárcel, la Administración Pública, el partido político, etc.).

## **II. La cárcel como formación social compleja: ¿qué es?**

Si alguien afirma que la cárcel es solo un lugar de encierro en el que se debe vigilar a un recluso durante un determinado tiempo y, en algunos casos, de forma perpetua por la comisión de un delito o un simple vehículo de resocialización en el que se debe orientar el comportamiento del recluso con programas dirigidos a su reinserción social, se equivoca –a mi entender– de forma manifiesta si su propósito es descubrir las dinámicas grupales que subyacen por debajo de estas definiciones. Al igual que en la empresa, la cárcel es una organización o formación social compleja<sup>6</sup> en la que suceden dinámicas colectivas o de grupo, las cuales hace a cada una originales dentro del orden social y que son las que revelan precisamente las realidades sociales de aquellas, generando los deberes materiales de los sujetos que la ocupan.

---

<sup>5</sup> Respecto a los riesgos en el marco de la actividad empresarial, sobre su naturaleza y definición, vid. Valdez Silva (2020, p. 32 y ss.).

<sup>6</sup> Vid. Perrow (1992, p. 19 y ss.); Mayntz (1996, p. 11 y ss.) y Lucas Marín (1994, p. 6): “(...) la empresa va apareciendo como institución básica y ejemplar de la sociedad”; Infestas Gil (2001, p. 19): “El protagonismo social de la empresa no se limita a la producción y distribución de bienes y servicios (...). La empresa ha dejado de ser únicamente un instrumento económico para convertirse en un agente social con capacidad para intervenir activamente en las formas de vida individuales y colectivas”; y, fundamentalmente, p. 26: “La empresa es, por tanto, un hecho social”; y, Lucas Marín y García Ruiz (2002, p. 2 y ss.).

Sobre el particular, la empresa es una organización social compleja porque está disfuncionalizada y descentralizada para la consecución de sus objetivos como lo es generar riqueza<sup>7</sup>; en cambio, la cárcel está estructurada de la misma manera pero para la satisfacción de otro objetivo como lo es el custodiar al preso y resocializar al penado<sup>8</sup>. En otros términos, la empresa descentraliza las decisiones para generar mayor riqueza a menor costo monetario y la cárcel lo hace, pero para generar mayor protección a menor coste social. En ambos casos, pese a que se encuentran diferenciadas y departamentalizadas para la consecución de sus objetivos, se presentan realidades sociales diferentes, las cuales reproducirán procesos de interacción o dinámicas colectivas que ocasionarán resultados lesivos contra terceros.

Efectivamente, la empresa y la cárcel son espacios que generan procesos de interacción social hacia un objetivo específico (generar riqueza o vigilar al preso o resocializar al penado), y en la búsqueda del mismo puede ocasionarse la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos de terceros. Por ejemplo, una empresa y las relaciones que genera en su seno en aras de la producción de riqueza, podría ocasionar un acto de contaminación ambiental en contra de una comunidad campesina; por su parte, una cárcel en el marco de su actividad ligada a su objetivo de no desocializar a los presos y resocializar a los penados podría lesionar o dejar morir a sus miembros.

De esta manera, la cárcel, en su condición de organización social compleja, es un generador de riesgos a propósito de su actividad misma, por lo que la organización tiene que estructurarse de una manera tal, que en el marco de su actividad ligada a su objetivo, no ocurran resultados lesivos contra terceros, en este caso mayormente contra los reclusos<sup>9</sup>. En efecto, en la cárcel, en el marco de sus objetivos, puede que unos funcionarios cometan delitos contra la vida de los reclusos, como, por ejemplo, golpear a unos por considerarlos indisciplinados o tolerar que sean asesinados por otros al permitir y no ejercer ningún tipo de control durante las reuniones sociales que se celebran dentro del centro penitenciario, etc. Por ello, la cárcel, como organización propiamente dicha, tiene que estructurarse de una manera que pueda hacer frente a los riesgos que generan las dinámicas que sucederán en su seno, lo cual únicamente puede realizarse si conocemos de forma previa la realidad social de la misma, y no apelando solo a conceptos jurídico-penitenciarios.

Al respecto, la cárcel es una organización social que está integrada básicamente por dos tipos de personas; por un lado, unas que por su propia voluntad no están ingresando a la misma (reclusos)<sup>10</sup> y; por otro lado, otras que ingresan por su propia voluntad pero para que puedan controlar y vigilar a estas (funcionarios penitenciarios). De ello se desprende que la relación funcionario penitenciario-recluso no sea de forma horizontal, sino

---

<sup>7</sup> Sobre los objetivos de las organizaciones y, específicamente, de la empresa, vid. Mayntz (1996, p. 75 y ss.). En un sentido crítico con el objetivo único y económico de las empresas, vid. Garmendia Martínez (1993, p. 144 y ss.); Jonas (1995, p. 76 y, fundamentalmente, 79 y ss.); y, Beck (1998, p. 157 y ss.).

<sup>8</sup> Sobre los objetivos de las organizaciones, particularmente, de las cárceles, vid. Mayntz (1996, p. 77 y ss.).

<sup>9</sup> Es posible que pueda ocurrir lo contrario también; es decir, que sean los reclusos quienes pongan en peligro o lesionen los bienes jurídicos de los funcionarios penitenciarios.

<sup>10</sup> Es correcto afirmar que los reclusos habrían cometido un delito de forma voluntaria (dolosa o imprudente) y habrían sido sancionados conforme a lo anterior (declarados culpables); sin embargo, aquellos de forma involuntaria están siendo conducidos a un centro penitenciario para cumplir una pena. Están dirigiéndose solo porque así lo manda la ley (en el lugar y el plazo que corresponda). No hay recluso que quiera ir a un centro penitenciario por más que las condiciones sean las mejores si ello significará que perderá su libertad, prefiriendo medidas menos gravosas contra la misma. En profundidad, acerca de los tipos de personas que integran las organizaciones, vid. Mayntz (1996, p. 143 y ss.).

manifiestamente vertical<sup>11</sup>, pues ambos fundan su relación en la obediencia a propósito de la tensión existente por la forma en que ambos son reunidos dentro de una organización como lo es una cárcel, dado que hay unos que no llegaron ahí por su propia voluntad (no confundir que cometió el delito con voluntad, que ir a la cárcel por su propia voluntad) pero hay otros que sí llegaron voluntariamente pero para controlar y vigilar a los anteriores. Entonces, la relación funcionario penitenciario-recluso sucede en el marco de una organización en la que una de las partes de aquella no ha consentido esta formación bilateral, generándose una tensión fuerte y manifiesta entre el funcionario que dirige la actividad y el recluso sobre quien pesa la misma<sup>12</sup>, lo cual ocasiona justamente o que los primeros pongan en peligro o lesionen los bienes jurídicos de los segundos o viceversa; ello en el marco de la actividad de la organización como consecución o realización de sus objetivos.

Por esta razón, la cárcel no es una empresa, pues la relación entre el empresario y el trabajador se da en el marco de un objetivo paritario como es el generar riqueza, a la cual ambos aspiran; en cambio, la relación entre funcionario penitenciario y recluso se dan en el marco de –si está cumpliendo una condena– un objetivo no paritario como es el de resocializar al penado, a la cual el recluso no aspira necesariamente, máxime si no ha ingresado voluntariamente a ese lugar en donde le están ofreciendo aquello, de ahí que los beneficios a los que puede acceder dentro de la cárcel no son derechos, sino oportunidades para poder salir del centro penitenciario mucho antes. Esta situación nos lleva a concluir que las dinámicas grupales dentro de las empresas no son iguales a las que suceden en las cárceles. Sin embargo, ambas generan riesgos a consecuencia de su actividad en la consecución de sus objetivos, por lo que los titulares de cada una de ellas (el empresario o titular de la actividad de la empresa o el director o jefe del centro penitenciario o titular de la gestión de la cárcel) deben organizarlas a partir de la realidad social que hemos detallado antes.

### **III. La cárcel como fuente de riesgo y deberes de garantía: ¿quién es garante en la cárcel?**

De lo expuesto en el apartado anterior, se puede concluir que la cárcel es una formación social compleja y que, de su actividad misma, la cual se encuentra engranada a un objetivo específico, se pueden generar *outputs* lesivos contra terceros. En efecto, la relación tensa que existe entre el funcionario penitenciario y el recluso podrían generar riesgos lesivos para este último en el marco de la actividad de la organización hacia la satisfacción de su objetivo. Por esta razón, el jefe o director del centro penitenciario debe asumir una posición de garante sobre los reclusos, porque su organización es una fuente de riesgos para estos, los cuales se generan a propósito de su actividad propiamente dicha. Efectivamente, un funcionario penitenciario podría golpear a un recluso por indisciplinado o dejarlo morir porque no quiere comer los alimentos en el marco de las actividades del centro penitenciario, por ejemplo.

Definitivamente, el jefe o director del centro penitenciario es garante de los riesgos de la actividad de este como lo es el empresario respecto de los riesgos que genera su organización. Sin embargo, como ya hemos dicho *supra*, las posiciones de tanto el jefe o director del centro penitenciario como del empresario son notablemente disímiles frente a reclusos y trabajadores, respectivamente.

---

<sup>11</sup> Sobre ello, vid. Mayntz (1996, p. 105 y ss.). Referido a esta relación durante el tiempo en las cárceles, vid. Foucault (1978, *passim*).

<sup>12</sup> *Ibidem*.

En las empresas, las dinámicas colectivas ocurren en el marco de actividades laborales que se han dado de forma paritaria, por lo que el empresario tiene como deber únicamente organizar la empresa para evitar poner en peligro o lesionar al trabajador en el marco de la actividad de la empresa que se dirige a un objetivo como es el de generar riqueza. Por lo tanto, la relación entre el empresario y el trabajador se regirán por el control de los riesgos generados por la actividad de la organización empresarial a favor de sus trabajadores que han consentido su ingreso, lo cual implica que las estructuras superiores se encuentran vinculadas negativamente con quien se encuentre por debajo de ellas (controlar que los riesgos no impacten contra los trabajadores)<sup>13</sup>. El empresario dispone de una posición de garante de control de los riesgos, la cual se sustenta en deberes de organización de cara a evitar los riesgos lesivos contra los trabajadores.

En efecto, el empresario que es titular de una fábrica de ladrillos no tiene que preocuparse si sus trabajadores huirán del centro de labores abandonando los objetivos de la organización, porque ellos ingresaron por su voluntad, por lo que tiene que velar aquellos, únicamente, porque las máquinas no le corten las manos, que un objeto no caiga y le rompa el cráneo, que el arnés no se rompa y de a parar al piso y muera, etc.

En cambio, en la cárcel ocurre algo diferente, porque las dinámicas colectivas suceden en el marco de las actividades penitenciarias que se han dado de forma no paritaria, por lo que el jefe o director del centro penitenciario tiene como deber únicamente proteger al recluso para evitar ponerlo en peligro o lesionarlo respecto de terceros o, incluso aún, se ponga a sí mismo en peligro o se lesione en el marco de la actividad de la cárcel que se dirige a un objetivo como es vigilar al preso o resocializar al penado. Entonces, la relación entre el funcionario penitenciario y el recluso se regirá por la protección del recluso de los riesgos generados por la actividad de la organización en la que los reclusos no han consentido su ingreso, lo cual implica que las estructuras superiores se encuentran vinculadas positivamente con quien se encuentre por debajo de ellas (proteger a los reclusos que los riesgos no le impacten).

Efectivamente, el director o jefe del centro penitenciario que es titular de la gestión de la actividad de la cárcel tiene que preocuparse porque sus reclusos no huyan del centro penitenciario, abandonando los objetivos de la organización, porque ellos ingresaron sin su voluntad, por lo que aquel tiene que velar no solo porque la comida que les sirven esté en buen estado, sino también de que efectivamente la coman o; asimismo, no solo evitar que el techo de su celda no le caiga encima, sino también de que este no le sirva para colocar una soga y morir ahorcado o, finalmente, no solo distribuir a dos reclusos entre dos pabellones para que uno no mate al otro, sino también asegurar que no lo busque y lo mate efectivamente.

Por todo lo expuesto, el jefe o director del centro penitenciario es garante de los riesgos penitenciarios de la organización porque es el titular de la organización introducida –por el Estado– para desarrollar una actividad dirigida a un colectivo que ingresará involuntariamente a la misma, por lo que sus deberes están dirigidos no solo a controlar los riesgos a favor de los reclusos, sino a protegerlos de los mismos, evitando tanto que estos no les impacten como que estos no se expongan a los impactos<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> En esa línea, vid. Gómez-Jara Díez (2006, p. 191 y ss.), Feijoo Sánchez (2007, p. 220 y ss.), Peñaranda Ramos (2016, p. 235 y ss.), Lascurain Sánchez (2019, p. 109 y ss.); y, Maraver Gómez (2020, p.179 y ss.).

<sup>14</sup> Sobre el alcance de los deberes positivos e institucionales, vid. Lascurain Sánchez (2002, p. 133 y ss.) y Robles Planas (2013a, p. 5 y ss.).

#### IV. El deber institucional y la igualdad como regla intersubjetiva de la sociedad actual: ¿por qué es garante?

La posición de garante responde a las reglas intersubjetivas de una sociedad de un momento dado. En la actualidad, estas se definen a partir de los procesos de interacción que reconocen a los sujetos como iguales en el tráfico social. Es decir, el esquema de interpretación de una sociedad como la de hoy es el reconocimiento de los actores como iguales en el marco de sus procesos de interacción social. Esto significa, por ejemplo, que el empresario es garante de los riesgos de su actividad porque este reconoce como iguales tanto a quienes se encuentran por debajo de él (trabajador) como fuera del mismo (campesino, consumidor, indígena, etc.), por lo que la actividad debe girar alrededor de ello para que esa relación se mantenga (deber de "*neminem laedere*" o no dañar a otro: no contaminando un río, no fabricando productos defectuosos, no entregando indumentaria incorrecta que favorezca descargas eléctricas, etc.). Entonces, como el empresario necesita controlar ese esquema de interpretación de la sociedad, es que se le generan deberes de cara a que logre lo anterior, siendo estos, como hemos dicho antes, deberes dirigidos al control de los riesgos de la organización<sup>15</sup>.

En el caso del director o jefe del centro penitenciario la base o sustento no cambia, es decir, seguimos hablando de la misma sociedad que explica sus procesos de interacción a partir del reconocimiento de otros como iguales a modo de horizonte normativo para la orientación de las conductas en la sociedad. Efectivamente, el director o jefe del centro penitenciario reconoce como iguales a los reclusos como base mínima del proceso de interacción social, sino la cárcel no estaría legitimada como tal.

Es decir, si el director o jefe del centro penitenciario recibe a seres que no son iguales a él, la cárcel como organización dentro de una sociedad de libertades pierde todo tipo de legitimidad para encontrarse ahí<sup>16</sup>. Por el contrario, el director o jefe del centro penitenciario reconoce a los reclusos como iguales, quienes pese a haber ingresado ahí de forma involuntaria, ello no obsta para otorgarles ese reconocimiento como tales, máxime si su ingreso significa, socialmente, la recuperación de su libertad como efecto de su permanencia dentro del mismo de cara a participar nuevamente en los procesos de interacción, pero ello no significa de ninguna manera la pérdida de la libertad normativa como presupuesto de los procesos de interacción como lo es la igualdad, de la cual seguirá

---

<sup>15</sup> Ampliamente sobre ello, vid. Valdez Silva (2020, p. 39 y ss.).

<sup>16</sup> La cárcel como una institución que forma parte de una sociedad de libertades no puede tener una legitimidad que no sea derivada de esta. Precisamente, la cárcel no es el alejar a alguien de la sociedad, sino solo de los procesos dinámicos sociales, lo que no significa que no siga dentro de aquella y siga siendo un ciudadano con derechos y deberes. En efecto, la cárcel no es arrancar al ciudadano de la sociedad, sino tan solo colocarlo desde la fase de inicio de los procesos de interacción social y es quien decide si se reincorpora de forma rápida o no a los mismos, por lo que esto está sujeto única y exclusivamente a su libertad en el marco de la organización del centro penitenciario. Definitivamente, el Estado, por otro lado, debe brindar las opciones para que eso ocurra. El Estado, la cárcel y el ciudadano están unidos por la libertad como valor fundante de los mismos.

En suma, el recluso no ha perdido su capacidad de autodeterminación, más bien, la libertad de participar de forma libre dentro de los procesos de interacción social, y esto que no es ni siquiera férreo, sino que desde el primer día inicia su camino de vuelta hacia ello, porque el recluso podría progresivamente irse incorporando a la sociedad o, en todo caso, esperar si así lo quisiera el último día de su condena para hacerlo.

Claro está que desde esta fundamentación las penas muy altas, la cadena perpetua o la pena de muerte no tienen asidero de ninguna forma.

gozando durante su paso por el centro penitenciario y, posterior a este, la seguirá disfrutando también<sup>17</sup>.

Entonces, el director o jefe del centro penitenciario es garante porque su posición se sustenta en una sociedad que se explica a partir del reconocimiento de los seres como iguales, por lo que la relación funcionario penitenciario-recluso es una relación de iguales en términos axiológicos, por lo que el garante, el director o jefe del centro penitenciario, en su condición de titular de la gestión de la actividad carcelaria, debe garantizar que esa relación se satisfaga, ello en un contexto o relación no paritaria, de ahí que al garante no le es suficiente solo que controle los riesgos, sino que proteja al recluso de los mismos. La posición de garante no se sustenta en un deber de organización para controlar los riesgos generados por la actividad, sino de protección institucional a favor de alguien frente a los riesgos generados por la organización propiamente dicha.

De esta manera, el director o jefe del centro penitenciario es garante porque forma parte de una relación con otro igual a él, quien ha ingresado involuntariamente a la organización de este último, y que como titular de la actividad de esa organización y de los riesgos que genera la misma, no solo debe controlar que estos no le impacten, porque ello es propio de organizaciones interrelacionadas paritariamente y que ven así satisfecha la relación de igualdad entre los mismos (posición de garante de control), sino que debe además proteger al sujeto de los mismos riesgos generados, porque ello es propio en realidad de una organización no paritaria que ve así satisfecha la relación de igualdad entre ellos (posición de garante de protección). En suma, el director o jefe del centro penitenciario goza de una posición de garante de protección soportada por un deber institucional, el cual conduce a aquél a evitar y a actuar en el marco de la actividad no solo del control de los riesgos a favor de los reclusos, sino de protegerlos como tal frente a aquellos.

Por ejemplo, el director o jefe del centro penitenciario no solo debe controlar que terceros no ingresen un cuchillo en el día de visitas, sino que el que le entregan al recluso para comer sus alimentos no lo utilice para darse muerte cuando se vaya a su celda. Aquel es garante no de trabajadores, militantes, pacientes, etc., sino de reclusos, lo que significa que la relación se ha dado de forma no paritaria, por lo que la posición de garante altera sus contornos de tal forma que son diferentes a la de un empresario, presidente de un partido político, jefe de un hospital, etc. La lógica racional de la organización impone los alcances de los deberes de los sujetos que se ubican como titulares de los mismos<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> No debe confundirse la igualdad como presupuesto de los procesos de interacción y la libertad de andar como característica de los procesos de interacción, siendo esta la que es limitada y puede recuperarse a partir del primer día en el que se ingresa a un centro penitenciario.

<sup>18</sup> Por ejemplo, ampliamente acerca de la empresa como organización y deberes que se derivan al titular por encontrarse engranado a la misma, con muchas referencias bibliográficas, vid. Feijoo Sánchez (2007, p. 121 y ss.; p. 126 y s., nota 217; p. 158 y ss., nota 289; p. 177, notas 324 y p. 325), el catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid afirma que fue la sentencia del caso “Lederspray” el que hizo virar el timón de los criterios de imputación jurídico-penal empresarial desde la individualidad a los organizacionales, siendo el profesor alemán y catedrático de Mannheim, Kuhlen, quien ha sido uno de los primeros en gatillar acerca de estas cuestiones.

Kuhlen, quien ha desarrollado a inicios del presente siglo (“*Strafrechtliche Produkthaftung*”) la idea de que la imputación jurídico-penal en estructuras empresariales debe partir necesariamente de criterios organizacionales; es decir, desde el individuo dentro de la organización y no del individuo como tal. Lo contrario haría vano los esfuerzos por lograr imputar.

Sobre el caso “Lederspray”, vid. BGHSt 37, 106; Schumann (1996, p. 200 y ss.); y, sobre todo, Kuhlen (2002, p. 67 y ss.).

Lo que se pretende aquí es llevar estos planteamientos muy bien elaborados por los profesores Feijoo y Kuhlen para las empresas a otras organizaciones como las cárceles. Efectivamente, no es lo mismo el

## V. La imputación objetiva y la infracción del deber de garantía: ¿Cuándo se infringe el deber de garantía?

Estando a que hemos dicho que el jefe o director del centro penitenciario es el titular de la gestión de la actividad de la cárcel sobre quien recae un deber institucional, el cual gatilla una posición de garante de protección que significa que deberá actuar y omitir comportamientos tendientes estos a garantizar la protección del recluso.

De lo anterior seguro saltará de inmediato las siguientes preguntas: ¿cómo lo logrará?, ¿solo él debe cumplir este deber o es que puede cumplirlo con otras personas? Definitivamente, la segunda opción es lo que la realidad social de cualquier centro penitenciario nos revela, es decir, la diferenciación y departamentalización del mismo en aras de satisfacer los objetivos que la atraviesan. Entonces, el director o jefe del centro penitenciario, en su condición de gestor de la actividad del mismo, delega<sup>19</sup> a otros ciertas actividades; por ejemplo, alguien se encargará del régimen penitenciario, otro de la situación médica y otro de la seguridad penitenciaria.

En ese marco, sobre la marcha de esta última parte de este trabajo evaluaremos la delegación que ocurre entre el jefe o director del centro o penitenciario y estos tres últimos referidos en el párrafo anterior. Antes de ello, es menester mencionar algo muy importante respecto a la imputación objetiva en estructuras organizacionales complejas como la cárcel, y es que la imputación no puede iniciar averiguando qué sujeto físico creó el riesgo jurídico-penalmente relevante similar a lo que podría ocurrir en una dinámica individual como en la estafa o en el tráfico viario, etc. Aquí es necesario iniciar determinando si la organización como tal creó el riesgo jurídico-penalmente relevante, y luego determinar, en caso la organización como tal lo haya creado, el sujeto competente dentro de la misma<sup>20</sup>.

Por ejemplo, si ocurre una muerte dentro del centro penitenciario, no necesariamente puede ser atribuida a la organización como tal, sino que debemos determinar si la muerte responde a una dinámica de la organización o no. Si la muerte responde a un paro cardíaco fulminante mientras la persona dormía o a que se atragantó mientras almorzaba, no le serán atribuibles estas muertes al centro penitenciario porque no forman parte de las dinámicas colectivas y de los riesgos que genera su actividad, por lo que ya no es necesario dar un paso más y averiguar cuál es la estructura competente dentro de la

---

empresario engranado a una organización como lo es la empresa y los riesgos que genera alrededor de determinados miembros dentro y fuera de la misma, que el director y o jefe del centro penitenciario. Ya anteriormente Silva Sánchez habría mostrado un interés sobre estos puntos de importancia a nivel de los centros penitenciarios, vid. (1989, p. 368 y ss.).

<sup>19</sup> Sobre qué es la delegación y su alcance en estructuras organizacionales complejas, vid. Valdez Silva (2020, p. 46 y ss.)

Lo importante a tener en cuenta sobre esta forma de organización de estructuras complejas es que solo puede organizar espacios dedicados a la dirección y gestión de la estructura compleja, ello porque otras como el encargo o la orden corresponden a otros niveles que se involucran con mayor velocidad respecto de las tareas de los subordinados. La delegación reposa en el control de aspectos relacionados a la competencia de quien delega, y no de aspectos de las tareas del delegado en su ámbito de competencia. Es un delegante y no un policía.

La delegación puede ser gatillada tanto por quien dispone de una posición de garante de control como por quien dispone de una posición de protección. Lo que cambia es el envío y reclamo de tipo de información. O la relacionada al control del riesgo o de la protección del recluso frente a los mismos.

<sup>20</sup> Ya me he referido a estos puntos al desarrollar la posición de garante del empresario, con amplias referencias bibliográficas, vid. Valdez Silva (2020, p. 42 y ss.).

organización y el sujeto competente dentro de la misma, para finalmente determinar si infringió o no sus deberes o los ámbitos de competencia de su sector.

Ahora bien, imaginemos una muerte que ha ocurrido dentro del centro penitenciario, la cual ha sucedido como consecuencia de una dinámica de la organización como tal, es decir, como consecuencia de su actividad, queda en adelante preguntarnos lo siguiente: ¿a quién se la (des)imputamos? Frente a ello, es menester nuevamente mencionar algo muy importante ¿hacia dónde miramos?, ¿hacia arriba o hacia abajo?, ¿apuntamos al director o jefe del centro penitenciario o al último funcionario de la cadena penitenciaria relacionada con la muerte? Lo que hay que hacer en estos casos es empezar por la parte superior y no porque vayamos hacerle responsable al mismo, sino porque, como hemos dicho antes, el titular de los riesgos es la organización como tal, y luego por debajo de ella se encuentra el titular de la actividad como es el Consejo Penitenciario y luego viene el titular de la gestión de la misma como es el director o jefe del centro penitenciario específico. Esto nos marcarán la línea estratégica de cómo la organización está organizada socialmente, dejándonos ver tanto su lado formal como material, los cuales nos permitirán delimitar las competencias y determinar las responsabilidades, según correspondan<sup>21</sup>.

En el caso concreto, tenemos como resultado una muerte dentro del centro penitenciario, la cual corresponde a la actividad propiamente dicha de este, por lo que queda ahora determinar a qué estructura le es competente y, además, a qué sujeto dentro de ella. El director o jefe del centro penitenciario ha delegado a tres personas que integran tres estructuras diferentes (régimen, salud y seguridad). Siendo así, si la muerte responde a una dinámica de la actividad de la cárcel relacionada al régimen penitenciario; por ejemplo, el sujeto fue asesinado porque no fue cambiado de régimen pese a que existían las razones para hacerlo, y estaba sano y existía seguridad suficiente, pero le dieron muerte mientras se duchaba y los vigilantes no podían observar esto porque debían respetar la intimidad de los reclusos, la estructura competente será la del régimen penitenciario y el jefe de la misma. Por el contrario, si la muerte responde a una dinámica de la actividad del centro penitenciario relacionada a la salud; por ejemplo, el sujeto murió de una neumonía cuando este había advertido de la misma a los funcionarios y no se le brindó la atención correspondiente, la estructura competente será la de salud penitenciaria y el jefe de la misma. Finalmente, si la muerte responde a una dinámica de la actividad

---

<sup>21</sup> Al respecto y con amplias referencias bibliográficas en el ámbito empresarial, vid. Feijoo Sánchez (2007, p. 159 y ss.). En el mismo sentido y desarrollando la línea jurisprudencial que ha seguido España desde esta teoría vid. Peñaranda Ramos (2016, p. 164 y ss.) En esa línea en Alemania, Mansdörfer (2007, p. 4 y ss.): “Desde esta perspectiva, se invierten las investigaciones, pues estas ya no empiezan ‘abajo’, en los sujetos más próximos al hecho (las denominadas investigaciones *bottom-up*), sino ‘arriba’, en la dirección de la empresa (las denominadas investigaciones *top-down*). Según esto, en principio, la dirección de la empresa es competente por todo y responsable en términos generales, y su responsabilidad se fundamenta en el control y supervisión defectuosos de los ‘subordinados’”.

En este mismo sentido, pero sin perder de vista al mando intermedio por su autonomía y capacidad de decisión, vid. Schünemann (2002, p. 9 y ss.). De igual manera en España, vid. Montaner Fernández (2008, p. 57).

Sobre la labor estratégica de estas posiciones de cara a la delimitación y determinación de responsabilidad penales, detalladamente, vid. Montaner Fernández ((2018, p. 53 y ss.) y (2016, p. 43, nota 296)): “En esta medida, la consideración de administrador en el ámbito de los delitos comunes se extendería a esos otros altos directivos de la empresa con competencias sobre la gestión estratégica”. También vid., Marín de Espinoza Ceballos (2002, p. 34 y ss.); y, Robles Planas (2013b, p. 321).

Lo antes expuesto son los amplios desarrollos bibliográficos y que han impulsado los pronunciamientos judiciales en ese sentido, por lo que ahora nuestro propósito es otorgar un impulso en ese sentido, pero en las estructuras penitenciarias complejas.

Precisamente, sobre estas cuestiones en las cárceles, vid. Silva Sánchez (1989, p. 376 y ss.).

del centro penitenciario relacionada a la seguridad; por ejemplo, el recluso fue asesinado por dos vigilantes de la cárcel cuando aquel se había negado a hacer actividades que atentaban contra su dignidad, la estructura competente será la de seguridad penitenciaria y el jefe de la misma.

No es menos importante señalar que si bien es cierto hemos identificado la estructura competente e imaginemos adicionalmente que los sujetos competentes sean los siguientes: el jefe de la estructura de régimen penitenciario y un abogado o; el jefe de la estructura de salud penitenciaria y un médico o; el jefe de la estructura de seguridad penitenciaria y un par de vigilantes, es menester señalar que la estructura final de (des)imputación de cara a determinar la responsabilidad penal penitenciaria es otra diferente y vamos a seleccionar a una de ellas para ejemplificarlo: el jefe o director del centro penitenciario, el jefe de salud penitenciaria y su médico como parte del equipo y, por supuesto, el resultado muerte. Una cosa es la estructura de (des)imputación y otra la estructura de competencia de la actividad relacionada, propiamente dicha, a la muerte, pues la primera comprende no solo a la segunda, sino también su gestión.

De esta manera, ¿cómo determinamos la responsabilidad jurídico-penal frente a ese resultado? Si tenemos la estructura de imputación compuesta por el jefe o director del centro penitenciario como primer escalón, tenemos que determinar si este otorgó – mediante la delegación– al jefe de salud penitenciaria los instrumentos materiales y humanos para el desarrollo de su tarea, y si la negación o ausencia de los mismos fue lo que causó el resultado, este le saltará hasta su posición o, en todo caso, de haberlos dado, pero su negación o ausencia de control y vigilancia causó el resultado, este también le saltará hasta donde este se ubique.

Seguidamente, estando a que el director o jefe del centro penitenciario sea responsable o no, es menester ahora determinar si el jefe de la estructura de salud penitenciaria –en su condición de delegado– recibió los instrumentos materiales y humanos para el desarrollo de sus tareas; y si la ausencia de los mismos y su no solicitud fue lo que causó el resultado, este le saltará hasta su posición, la cual puede escalar, como hemos dicho antes, si además de esa no solicitud, comprende además su no control o vigilancia, lo que conduciría que la omisión de la omisión sería responsable del resultado muerte o, en todo caso, si disponía de los instrumentos materiales humanos y su uso defectuoso y equivocado causó el resultado, este le saltará solo hasta su posición, porque el jefe del centro penitenciario no debe controlar o vigilar la operatividad, sino la gestión de la estructura; es decir, si dispone o no de los instrumentos, mas no de si su utilización es correcta o no.

Finalmente, estando a que el director o jefe del centro penitenciario y jefe de la estructura de salud penitenciaria sean responsables o no, es menester ahora determinar si el médico –en su condición de encargado<sup>22</sup>– recibió las indicaciones de forma idónea por parte del jefe de la de estructura de salud penitenciaria, y si de su no tenencia o su disposición pero no de forma clara y su no solicitud de aclaración fue lo que causó el resultado, este le saltará inmediatamente a su posición, la cual puede escalar, como hemos dicho antes, si

---

<sup>22</sup> A diferencia de lo señalado en la nota 19, el encargo es una forma de organización de estructuras complejas relacionadas a la operatividad de la actividad, en el que el encargante goza de una velocidad diferente al delegante en aspectos relacionados al control de la tarea encargada, siendo mayor a este frente al encargado. Sobre ello en la actividad empresarial, vid. Montaner Fernández (2008, p. 100 y ss.), quien en esta situación afirma que ni existe un traspaso de ámbitos de competencia, ni se transforman las esferas de responsabilidad de aquellos. Lo único que ocurre es que el encargante, siendo competente para ello, activa el deber que previamente le ha sido asignado a uno de sus colaboradores de la empresa.

además de esa no solicitud, alcanza su no control o vigilancia, lo cual conduciría a que la omisión de la omisión sería la responsable del resultado.

¿Podría darse una triple omisión en cadena? Sí, en caso el jefe o director del centro penitenciario no hubiera otorgado los instrumentos materiales al jefe de la estructura de salud penitenciaria, y este tampoco los hubiera solicitado, y, además, el médico hubiera operado con los que tenía y estos no fueren suficientes y, menos aún, pidió los que si le hubieran permitido hacerlo de forma adecuada. En suma, la triple omisión quedaría resumida así: el recluso murió por falta de instrumentos, los cuales no solicitó el médico (no entrega de información) al jefe de la estructura de salud penitenciaria (por su no control y vigilancia sobre su médico), y este no hizo lo mismo (no entrega de información) al jefe o director del centro penitenciario (por su no control y vigilancia sobre su jefe de la estructura sanitaria penitenciaria). Esta cadena de omisiones penitenciarias sería la que causó el resultado, por lo que la muerte de los reclusos sería atribuida a los tres.

Finalmente, el título de imputación sería aquí de autor, en caso solo uno de ellos sea responsable, o de coautores (verticales) en caso sean más de uno, porque el jefe o director del centro penitenciario si bien es cierto ha delegado, este no ha disminuido su deber institucional, sino que lo ha reorganizado frente a otro que también lo tiene, siendo que lo único que los distancia es el hecho de que disponen de ámbitos de competencia específicos. Por lo tanto, el jefe o director del centro penitenciario, el jefe de la estructura de salud penitenciaria y el médico que integra la misma disponen de un deber institucional porque lo que los convierte así no es la ley (la positivización del deber), sino la organización propiamente dicha (la institucionalización del deber), de ahí que sus contornos se llenan de contenido al momento que ingresan a la misma, según la ubicación que cada uno vaya tomando conforme a la forma de organización que le corresponda (delegación, encargo, orden etc.)<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Debo señalar que las organizaciones complejas trastocan –a mi entender– la distinción que ha venido imperando respecto de los deberes institucionales. Se dice que todo funcionario público será autor de un delito cometido contra la función pública asignada (por ejemplo, peculado), siendo los demás partícipes. En mi opinión, este alcance del deber y su determinación en calidad de que respondería es de aplicación en estructuras organizacionales complejas como lo es la Administración Pública (poder judicial, fiscalía, ministerio, etc.), pero no comprende a otras de esta naturaleza (pública) pero que están formadas de distinta manera como lo es una cárcel. Aquí, todo aquel que ingresa a la misma asume una posición de garante de protección respecto al recluso, ello desde su ámbito de competencia. En cambio, en la Administración Pública, todo aquel que ingresa a la misma no asume de inmediato una posición de garante sobre los administrados, sino solo aquellos que estén ligados a los mismos a través de sus decisiones en el marco del correcto funcionamiento de la administración.

Por esta razón, a nuestro entender, en el primer caso, podemos hacer la distinción entre autores y partícipes, y en el segundo caso, no lo podemos hacer, lo cual no obsta para que afirmemos que los autores disponen de una posición de garante de protección fundada en un deber institucional, siendo la organización como tal la que le otorga los contornos diferentes al mismo, evitando generalizaciones formales de imputación sin más.

Una posición diferente, vid. Silva Sánchez (1989, p. 376 y ss.) El catedrático de la Pompeu Fabra y formador de la escuela de Barcelona en cuestiones de intervención delictiva en estructuras organizacionales complejas ha extrapolado sus conceptos desarrollados en su trabajo de la omisión (1986) a las estructuras penitenciarias complejas (1989), que también luego lo ha hecho en la empresa (1995 y años siguientes), afirmando que el funcionario penitenciario en caso de ausencia de control y vigilancia respecto a otro, será partícipe.

No es de recibo de este texto esta afirmación porque podría conducir a la impunidad del director o jefe del centro penitenciario y de otras esferas penitenciarias mucho más altas como el Consejo Penitenciario o el Ministro de Justicia, ello sin perjuicio que dogmáticamente no es de nuestro parecer que aquel que gestione la actividad carcelaria y marque la estrategia y velocidad de la misma a nivel de sus funciones y departamentos, sea considerado partícipe, máxime si los demás la organizan conforme a la misma. Lo que

## VI. Otros garantes: ¿Consejo Penitenciario y Ministro de Justicia?

Frente a todo lo expuesto, queda en el aire una pregunta a nivel de la intervención delictiva en las estructuras carcelarias complejas como es el imputar al Consejo Penitenciario y, mucho más arriba aún, al Ministro de Justicia. Cualquier persona se preguntará lo siguiente: ¿se podrían imputar jurídico-penalmente a estos una muerte ocurrida en un centro penitenciario? La respuesta es sí. Tomemos como ejemplo el caso que hemos tomado como prototípico en el que ocurre una muerte de un recluso por una neumonía. ¿Cómo imputaríamos esa muerte al Consejo Penitenciario y al Ministro de Justicia? Como hemos venido diciendo más de una vez, en estos casos nos encontramos con resultados como consecuencia de actividades propiamente dichas de estas organizaciones, por lo que tenemos que pensar en que las estructuras carcelarias no acaban con el administrador de la misma quien es el jefe o director del centro penitenciario, sino que pueden alcanzar a lo más alto de este, así como desterrar la idea de que las estructuras empresariales acaban con el gerente general, sino que pueden llegar a estructuras como el directorio de una empresa e, incluso, a una matriz. Esto pasa por entender que el delito no es exclusivamente de corte administrativo o mercantil, sino que es justamente penal, lo que obliga a que la organización sea vista como un todo dirigido a evitar puestas en peligro o lesiones de bienes jurídicos, según sus competencias dentro de la organización, dejando de lado teorías que afirman *a priori* que hay unos que nunca responderán por el solo hecho de que se encuentran muy distanciados del riesgo o porque están a cargo solo de decisiones administrativas o mercantiles de una organización.

Hoy en día decir que el socio de una multinacional no responde jurídico-penalmente porque está en otro continente y no sabe lo que pasa allá abajo, es como decir que el Presidente del Consejo Penitenciario no responde jurídico-penalmente porque haya abajo tenemos un director del centro penitenciario. No podemos ni olvidarlos ni esconderlos, solo debemos atribuirles lo que le corresponda a cada uno, de lo contrario faltaríamos a las reglas intersubjetivas que informan la sociedad de hoy, como lo es el reconocimiento de iguales dentro del proceso de interacción. Unos no pueden ser distintos –para el Derecho Penal– porque visten cuello blanco y corbata y otros cascos y botas. Lo importante solo son los ámbitos de competencia<sup>24</sup>.

Veamos, el Consejo Penitenciario es una estructura titular de la actividad como tal y, por lo tanto, está a cargo de tomar las decisiones conforme a las políticas generales que demarca el gobierno central. En efecto, el Consejo Penitenciario toma decisiones respecto de los lineamientos que el gobierno central le ha otorgado en materia penitenciaria. Esto es como cuando un directorio toma decisiones respecto a la actividad, pero siempre teniendo como respaldo las políticas generales sobre las cuales la matriz le ha otorgado esta de forma previa.

Entonces, y volviendo al caso, si el Consejo Penitenciario no decide sobre políticas generales respecto a la salud de los reclusos, las cuales deben ser implementadas en cada uno de los centros penitenciarios por sus jefes o directores, y por lo tanto, estos no disponen poner en marcha la actualización o mejoramiento de la salud en la cárcel, el resultado de la muerte salta hasta la posición en la que el Consejo se encuentre, ello sin entrar aún a la decisión de la responsabilidad penal por la votación porque eso escaparía

---

hace el jefe o director de la cárcel no es facilitar a otro un delito (círculos distantes), sino organizar una estructura (la suya) para que otros que se ubican dentro de la misma no cometan delitos (círculos concéntricos).

<sup>24</sup> Extensivamente, vid. Valdez Silva (6 de mayo de 2020, *passim*).

a los fines de lo que se quería dejar de forma manifiesta en este texto como es cuál es la base material para escalar hasta esta posición.

Finalmente, ¿cómo imputaríamos al Ministro de Justicia una muerte que pueda ocurrir en el centro penitenciario? Hemos dicho que el gobierno central funge como una empresa matriz, porque el Ministro de Justicia no solo tiene a su cargo la filial penitenciaria, sino otras más, pero sí tiene a su cargo otorgar a las mismas el marco de las decisiones sobre las que decidirá cada uno de los titulares de las actividades de las mismas. Entonces, si el ministro no coloca dentro del margen de decisión para el Consejo Penitenciario cuestiones de salud dentro de las políticas penitenciarias o, en todo caso, si estos se lo piden y tampoco lo hace, el resultado de la muerte del recluso saltará a su posición.

Lo anterior solo muestra cómo podría escalar la imputación jurídico-penal hasta esas posiciones, creación del riesgo de estas posiciones que podría verse desalojada del marco de imputación jurídico-penal si una de las estructuras que se ubican por debajo fue la que efectivamente causó el resultado; por ejemplo, el Ministro de Justicia no actualizó el margen de decisión sobre las políticas de salud de la cárcel, pero el médico prescribió una medicina al recluso que lo único que le produjo fue el desenlace de la muerte por neumonía.

## **VII. COVID-19: ¿nuevo riesgo penitenciario?**

Finalmente, y no menos importante, quiero expresar una línea sobre la situación de la COVID-19 en las cárceles, y es que la pregunta que salta frente a estas cuestiones es si ¿la COVID-19, en su condición de riesgo global o mundial, es un riesgo propio de la actividad penitenciaria?, a la cual seguro se responderá que no, pero lo que no se está advirtiendo es que lo que hace la COVID-19 es desorganizar la actividad propiamente dicha de la organización, en este caso la penitenciaria, por lo que los jefes o directores de los centros penitenciarios o titulares de la gestión de la actividad penitenciaria, el Consejo Penitenciario o titular de la actividad penitenciaria y el Ministro de Justicia o titular de la política de la actividad penitenciaria, lo que tienen que hacer no es gestionar o administrar un riesgo nuevo o diferente, sino el suyo propiamente dicho que se encuentra desorganizado a causa de este.

Por ejemplo, si el jefe o director del centro penitenciario podía tener reunidos a los reclusos en un número de cien personas en un pabellón, hoy ya no lo puede hacer porque la COVID-19 desorganiza su actividad; por lo tanto, lo que tiene que hacer es reorganizarla para volver a comenzar su actividad, y lo que debe hacer para lograrlo es compensar el riesgo que genera la COVID-19 con el riesgo propio de la actividad penitenciaria. En otras palabras, deshacinar el pabellón y distribuirlos entre varios, si esto no lo hace, y ocurren muertes por contagios, el jefe o director del centro penitenciario sería responsable a interés del Derecho Penal.

Sin embargo, si el director o jefe del centro penitenciario no puede compensar ese riesgo dentro del marco de sus competencias y solicita que se haga a nivel del Consejo Penitenciario, para la distribución de reclusos a otros centros penitenciarios y menos hacinados, y esta estructura superior no lo hace, estos serán responsables de los contagios y muertes que puedan ocurrir dentro del centro penitenciario. O peor aún, si el Consejo Penitenciario no puede compensarlo porque también escapa a sus ámbitos de libertad normativa, y solicita que se haga a nivel del Ministro de Justicia, para que ya no sean redistribuidos entre penales porque todos ellos están en las mismas condiciones, sino para que se abandone propiamente dichos penales por otras medidas alternativas a la prisión,

y este no lo hace o, sencillamente, lo hace de forma defectuosa, este será el único responsable de esta situación.

No desarrollaremos si podría haber responsabilidad jurídico-penal en este supuesto respecto al Primer Ministro o el mismo Presidente de la República, pero solo diremos que sí podría darse el supuesto, el cual no abordaremos porque haría mucho más extensiva la explicación, lo cual se distanciaría a los efectos de la presente investigación. Solo ha sido nuestro propósito desarrollar las cuestiones de intervención delictiva a nivel de las estructuras penitenciarias complejas, y no vincularlas con las estructuras más alejadas del gobierno central, sino con las inmediatas como lo es el Ministro de Justicia que, como lo hemos dicho, funge de administrador de una matriz, siendo los demás (Primer Ministro y Presidente de la República) una especie de socios del directorio de la misma.

Sin embargo, y según lo que estamos viendo ahora<sup>25</sup>, el Ministro de Justicia, en coordinación con otras posiciones más altas del Poder Ejecutivo, elaboraron un proyecto de ley para ser aprobado por el Congreso para poder lograr la compensación del riesgo global a nivel de la actividad del riesgo penitenciario, y los padres de la patria acaban de rechazarlo habiendo razones objetivas y urgentes para su aprobación para que así pueda lograrse esa compensación o aseguramiento del riesgo global a nivel del riesgo permitido en aras de que las cárceles puedan operar con normalidad en el marco de su actividad de riesgo, por lo que podrían ser los responsables de la muerte de los reclusos; ello sin entrar al tema de la votaciones porque ello sería otra discusión que también desborda los fines del presente trabajo.

## Referencias

Beck. U. (1998) *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure.

Feijoo Sánchez, B. J. (2007). *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus.

Foucault, M. (1978). *Vigilar y castigar. El nacimiento de las cárceles*. (3ª ed.). Madrid: Siglo XXI.

Garmendia Martínez, J. A. (1993). Cultura de la empresa. En: Garmendia Martínez, J. A. y Parra Luna, F. *Sociología industrial y recursos humanos*. Madrid: Taurus, pp. 143-163.

Gómez-Jara Diez, C. (2006). ¿La coautoría como fundamento de responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por delitos cometidos por los subordinados? Reflexiones preliminares. En: Díaz-Maroto y Villarejo, J. (ed.). *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*. Madrid: Colex, pp. 191-210.

Infestas, A. (2001). *Sociología de la empresa*. (2ª ed.). Salamanca: Amarú.

Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder.

---

<sup>25</sup> Sobre esto, vid. La República (16 de mayo de 2020).

Kuhlen, L. (2002). Necesidades y límites de la responsabilidad penal por el producto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (55), pp. 67-90.

La República. (16 de mayo de 2020). *Congreso rechaza dictámenes para deshacinar las cárceles por el coronavirus*. Recuperado de: <<https://larepublica.pe/politica/2020/05/16/congreso-en-vivo-hoy-pleno-del-congreso-debate-creacion-de-reforma-de-sistema-de-pensiones-afp-onpe-hacinamiento-de-penales-por-coronavirus-en-peru-canal-del-congreso/>>.

Lascurain Sánchez, J. A. (2002). *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*. Madrid: Civitas.

Lascurain Sánchez, J.A (2019). La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa. En: De la Mata Barranca, N. J.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascurain Sánchez, J.A. y Nieto Martín, A. *Derecho Penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, pp. 87-128.

Lucas Marín, A. (1994). El estudio sociológico de la organización empresarial. En: Lucas Marín, A. (coord.). *Sociología para la empresa*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, pp. 4-16.

Lucas Marín, A. y García Ruiz, J. (2002). *Sociología de las organizaciones*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.

Mansdörfer, M. (2007). Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo. En: *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 1-23.

Maraver Gómez, M. (2020). El principio de confianza en responsabilidad empresarial. En: Demetrio Crespo, E. (dir.). *Derecho Penal económico y teoría del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 179-237.

Marín Espinoza de Ceballos, E. B. (2002). *Criminalidad de empresa: responsabilidad penal en estructuras jerárquicamente organizadas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Mayntz, R. (1996). *Sociología de la organización*. (6ª reimp.). Barcelona: Alianza Editorial.

Montaner Fernández, R. (2008) *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal individual. A propósito de la gestión ambiental*. Barcelona: Atelier.

Montaner Fernández, R. (2016) Capítulo I: Responsabilidad penal de personas físicas. Sección 4: Delegación de funciones. En: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre.

Peñaranda Ramos, E. (2016). Autoría y participación en la empresa. En: Corcoy Bidasolo, M. y Gómez Martín, V. (dirs.) y Valiente Ivañez, V. (coord.). *Fraude a consumidores y Derecho Penal*. Madrid: Edisofer, pp. 235-280.

Perrow, Ch. (1992). Una sociedad de organizaciones. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (59), pp. 19-55.

Perú21. (28 de abril de 2020). *Coronavirus en Perú: 645 presos están infectados con COVID-19 y 30 han muerto en las cárceles del país*. Recuperado de:

<<https://peru21.pe/peru/coronavirus-en-peru-645-presos-estan-infectados-con-covid-19-y-30-han-muerto-en-las-carceles-del-pais-nnpp-noticia/>>.

Robles Planas, R (2013a). Deberes negativos y positivos en Derecho Penal. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1-22.

Robles Planas, R (2013b). El responsable de cumplimiento (*'compliance officer'*) ante el Derecho Penal. En: Silva Sánchez, J. M. y Robles Planas, R. (dirs.) Montaner Fernández, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Atelier, pp. 319-330.

Schumann, H. (1996). Responsabilidad individual en las empresas. Observaciones sobre 'Sentencia Erdal' del Tribunal Federal Alemán (BGH). En: Mir Puig, S. y Luzón Peña, D. M. (coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*. Barcelona: Bosch, pp. 199-214.

Schünemann, B. (2002). Responsabilidad penal en el marco de la empresa: dificultades relativas a la individualización de la imputación. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (55), pp. 9-38.

Silva Sánchez, J.M (1989). Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y forma de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario. En: *Cuadernos de Política Criminal*, (39), pp. 367-404.

Valdez Silva, F. (2020). El empresario como garante de los riesgos globales empresariales: COVID-19 y responsabilidad penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (130), pp. 32-92.

Valdez Silva, F. (6 de mayo de 2020). La responsabilidad penal de los administradores de sociedades por el delito de contaminación ambiental cometido por sus filiales. Especial referencia a las actividades extractivas. En: Taller de Derecho Penal Económico y de la Empresa. [Video de Facebook] Recuperado de: <<https://www.facebook.com/tdpee.unmsm.pe/videos/249407612845020/>>.

## **Resumen:**

El autor expone las razones de porqué y cómo se puede delimitar las competencias y atribuir responsabilidad penal individual en las estructuras penitenciarias complejas frente a los riesgos penitenciarios y globales complejos como la COVID-19. Al respecto, afirma que el director o jefe del centro penitenciario dispone de una posición de garante de protección fundada en un deber institucional que no solo le alcanza a este funcionario penitenciario, sino que incluso podría escalar a otros tales como el Consejo Penitenciario y al mismo Ministro de Justicia.

## **Palabras claves:**

Posición de garante de control / Posición de garante de protección / Deber de organización / Deber institucional / Riesgos penitenciarios / Riesgos globales / Imputación objetiva del riesgo y del resultado.

## **Ventanas:**

La empresa descentraliza las decisiones para generar mayor riqueza a menor costo monetario y la cárcel lo hace, pero para generar mayor protección a menor coste social. En ambos casos se presentan realidades sociales diferentes, las cuales reproducirán procesos de interacción o dinámicas colectivas que ocasionarán resultados lesivos contra terceros.

La relación funcionario penitenciario-recluso no sea de forma horizontal, sino manifiestamente vertical, pues ambos fundan su relación en la obediencia a propósito de la tensión existente por la forma en que son reunidos dentro de una organización como lo es una cárcel, dado que hay unos que no llegaron ahí por su propia voluntad, pero hay otros que sí llegaron voluntariamente, pero para controlar y vigilar a los anteriores

En la cárcel las dinámicas colectivas suceden en el marco de las actividades penitenciarias que se han dado de forma no paritaria, por lo que el jefe o director del centro penitenciario tiene como deber proteger al recluso para evitar ponerlo en peligro o lesionarlo respecto de terceros o se ponga a sí mismo en peligro o se lesione en el marco de la actividad de la cárcel que se dirige a un objetivo como es vigilar al preso o resocializar al penado.

La COVID-19 desorganiza la actividad de la organización penitenciaria, por lo que los jefes o directores de los centros penitenciarios o titulares de la gestión de la actividad penitenciaria, el Consejo Penitenciario o titular de la actividad penitenciaria y el Ministro de Justicia o titular de la política de la actividad penitenciaria, lo que tienen que hacer no es gestionar o administrar un riesgo nuevo o diferente, sino el suyo que se encuentra desorganizado a causa de este.