

**MUERTE VIOLENTA DEL RECLUSO EN UN CENTRO
PENITENCIARIO. ¿SÓLO RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
O TAMBIÉN RESPONSABILIDAD PENAL
DE LOS FUNCIONARIOS?**

**(A PROPÓSITO DE ALGUNAS SENTENCIAS
DE LAS SALAS 2ª, 3ª Y 4ª DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL)**

Jesús María Silva Sánchez

I

Objeto del presente comentario no es una sentencia en concreto, sino varias que ponen de relieve una determinada actitud de nuestra Jurisprudencia ante el fenómeno de la muerte violenta de un individuo recluso en una institución penitenciaria. En efecto, dicha muerte puede ser, en muchos casos, expresión de la infracción del deber establecido en el art. 3, n.º 4 de la L.O. General Penitenciaria, que señala que "la Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos". Sin embargo, como se observará, la postura en los Tribunales es, en general, de franca reticencia frente al establecimiento de responsabilidades penales por la infracción de tal deber. Así, se advierte una significativa tendencia a prescindir de la sanción penal en casos en que el hecho de producción violenta de la muerte, atribuible directamente a otro recluso, es imputable de modo indirecto a hechos comisivos de funcionarios penitenciarios o, en todo caso, a omisiones que reflejan defectos estructurales de la praxis penitenciaria y en las que, de algún modo, se halla comprometida toda o buena parte de la cadena jerárquica

de esta Administración¹. Todas las sentencias que comentaremos muestran una estructura próxima: se produce la muerte de un re-

¹ En realidad, tal reticencia es también observable en supuestos en que el resultado de muerte violenta es atribuible directamente a hechos comisivos u omisivos de funcionarios penitenciarios. En tales supuestos, si bien se sancionó penalmente, la pena impuesta parece mucho más leve de lo que correspondería en casos de tal gravedad. Un ejemplo de lo dicho lo constituye la S.T.S. de 5 de noviembre de 1990 (ponente Sr. Dfáz Palos), en la que se resuelve sobre el conocido "caso Rueda". En dicho caso, varios funcionarios penitenciarios procedieron a golpear reiteradamente al recluso Agustín Rueda con el fin de hacerle confesar su participación en la excavación de un túnel supuestamente dirigido a provocar el incendio de ciertos depósitos de propano. El recluso falleció a consecuencia de la paliza, que, pese a ser conocida, no sólo no fue impedida, sino incluso propiciada por el director y el subdirector del centro. Por otro lado, los médicos penitenciarios de servicio no procedieron a trasladar al recluso herido al Hospital General Penitenciario, pese a que ello era a todas luces lo indicado, sino que se limitaron a ingresarlo en la Enfermería, donde simplemente podía ser observado y no tratado. La sentencia tiene indudables aciertos. No obstante, resulta más que discutible, y es muestra de la tendencia que aquí comentamos, su rechazo del dolo eventual y su afirmación de que tanto los funcionarios que golpearon a Agustín Rueda como los médicos que no le trataron como debía hacerse (trasladándole al Hospital Penitenciario) obraron de forma puramente imprudente. Para fundamentarlo, el T.S. se sirve de la "teoría del consentimiento" que, a su juicio, "es la que realiza con mayor pulcritud tal exigencia volitiva inherente a todo dolo, que es ante todo voluntad de causación". Sin embargo, la teoría del consentimiento, además de situarnos en general ante consideraciones hipotéticas de imposible prueba, genera un concepto reducido de dolo eventual, inadecuado para hacer frente a las necesidades político-criminales. En efecto, lo coherente con la fundamentación preventiva del Derecho penal es que la pena del delito doloso se imponga, no en virtud de la concurrencia de una actitud interna especialmente reprochable, sino en virtud de la especial (mayor) peligrosidad que el hecho muestra para el correspondiente bien jurídico, y que desborda la propia del delito imprudente. Pues bien, sentado esto, parece claro que los supuestos en que la probabilidad de lesión del bien jurídico es altísima, en los que el sujeto ya no puede racionalmente confiar en la no producción del resultado, sino que a lo sumo puede "esperar", "desear" que no se produzca, hay dolo eventual. Expresándolo brevemente: hay dolo cuando se actúa advirtiendo plenamente el contenido de peligrosidad del hecho para el bien jurídico y tal peligrosidad es grave; ello, aunque el sujeto desee con todas sus fuerzas que no se produzca la lesión del bien jurídico. Por eso, en un caso así, en el que, a la vista de la prolongación de la paliza, los funcionarios no podían

cluso a manos de otro u otros; pero en el hecho ha incidido de algún modo la defectuosa configuración de algún nivel de la Administración penitenciaria. Ello permite fundamentar (en sede penal) la *responsabilidad civil subsidiaria* o bien (en sede administrativa) la *responsabilidad administrativa* de la Administración que tiene atribuidas las competencias en materia penitenciaria; sea ésta la del Estado o la de una Comunidad Autónoma a la que le hayan sido traspasadas. En cambio, no se aprecia responsabilidad penal alguna de sujetos concretos integrados en algún nivel de la cadena jerárquica de la Administración penitenciaria. A continuación se tratará de valorar si esto es correcto o si, por contra, cabría más bien apreciar la relevancia jurídico-penal de ciertas conductas a título de omisión (comisión por omisión) o incluso de comisión activa.

II

1. En el examen de la Jurisprudencia sobre este tema debe partirse de la premisa de que, en casos como los indicados, concurre en los funcionarios de la Administración penitenciaria una *situación concreta de garantía*; esto es, en otras palabras, se dan los presupuestos para la equiparación de una eventual omisión con la comisión activa del hecho. Al tema le he dedicado ya un trabajo monográfico²,

confiar sería y racionalmente en la no producción del resultado, ni tampoco podían los médicos confiar en que el recluso se mantuviera con vida sin tratarlo como era debido, en el Hospital, tanto la teoría de la probabilidad como las teorías eclécticas construidas sobre la base de aquélla deben afirmar la concurrencia de dolo eventual. Cfr., por lo demás, MAQUEDA ABREU, *La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: el caso "Rueda"*, *La Ley*, 1988-3, pp. 769-775, en especial, p. 770-771, cuyas observaciones sobre la sentencia de instancia (S.A.P., Madrid, 9 de febrero de 1988) son perfectamente compartibles y trasladables a la sentencia del T.S. Vid. también GIMBERNAT ORDEIG, *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida*, *A.D.P.C.P.*, 1990, pp. 421-441, en especial pp. 428-430.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, en *C.P.C.*, 1989, pp. 367-404.

de modo que aquí me limitaré a recordar que, en mi opinión, para afirmar la existencia de una comisión por omisión no es suficiente la concurrencia de un deber intensificado de evitación del resultado (el llamado deber de garante), sino que se requiere algo más, a saber, lo que he denominado el "compromiso específico —y manifiesto— de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos determinados". En efecto, en la comisión por omisión no se trata —no puede tratarse— de una identidad ontológica de la omisión con la comisión activa, pero tampoco basta con una mera equiparación axiológica entre supuestos de causación del resultado y otros de mera infracción de un deber (por muy cualificado que éste sea). Más bien, es precisa una identidad estructural y material, en el plano normativo, de la omisión con la comisión activa. Tal identidad exige la presencia en ambas de un control específico sobre el riesgo que luego se realizará en el resultado: un control que en la comisión activa tiene lugar por la propia creación activa del riesgo, la puesta en marcha de la cadena causal, mientras que en la omisión surge por la adopción previa del compromiso de contención, cuyo posterior incumplimiento conforma la propia omisión. Esta construcción de la comisión por omisión produce, por lo demás, una clase intermedia de omisiones que he denominado "omisiones puras de garante"; éstas englobarían las omisiones de sujetos que detentan una posición agravada de responsabilidad sin que se alcance, por otro lado, la referida identidad en el plano normativo³.

2. En lo que se refiere al caso concreto del funcionario penitenciario, la anterior construcción no sólo no implica atribuir responsabilidades que antes no se admitieran, sino que conlleva una franca restricción de responsabilidad frente a la tesis dominante de que tal funcionario es siempre garante de todos los bienes jurídicos de los internos, así como de todos los peligros que de ellos dimanen, en virtud de los deberes de naturaleza jurídico-pública que sobre él re-

³ Sobre las bases de este planteamiento, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 339 y ss.

caen. Sentado esto, para la concepción dominante, el supuesto de agresión dolosa de un interno a otro sería un supuesto en el que concurrirían la función de control de una fuente de peligro y la función de protección de bienes jurídicos, generándose obviamente responsabilidad en comisión por omisión en caso de que el funcionario omitiera la acción debida; todo ello, sin que aquí se diera un supuesto excepcional o diferente de los demás de comisión por omisión del funcionario penitenciario. En cambio, desde la perspectiva que sostengo, el supuesto de agresiones dolosas a los internos es básicamente el único que puede generar una responsabilidad en comisión por omisión por parte del funcionario. En efecto, sólo respecto a dicho riesgo de agresiones dolosas es posible afirmar la existencia de un compromiso específico de contención. Manifestaciones, signos externos de la adopción de dicho compromiso se advierten en la sucesión de actos que determinan la propia reclusión del individuo. Ésta, en efecto, implica la introducción del recluso en una «institución total» como es la prisión, en la que los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, produciéndose un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, lo que me parece decisivo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección. Todo ello, unido a otra serie de actos propios de la relación entre Administración y reclusos a lo largo del internamiento⁴ muestra con claridad que el acto de la reclusión conlleva, entre otras cosas, por parte de los responsables de su realización y mantenimiento, un compromiso específico y material de protección del recluso frente a agresiones dolosas contra la vida, la salud, la libertad, la libertad sexual, el patrimonio o la intimidad. En cambio, según entiendo, salvo excepciones, el internamiento no modifica sustancialmente la situación del recluso frente a riesgos imprudentes o fortuitos.

⁴ Sobre los diversos aspectos de esta relación me parece interesante el reciente trabajo de GONZÁLEZ NAVARRO, "Poder domesticador del Estado y derechos del recluso", en *Persona y Derecho, Humana Iura* 1-1991 (Suplemento de derechos humanos), pp. 11-254, en particular, pp. 132 y ss.

En estos casos, la no evitación del riesgo que le amenace podrá dar lugar a una omisión pura agravada (de garante) en virtud de la concurrencia sobre el funcionario de un deber jurídico-público intensificado de protección y control, pero no a una comisión por omisión, dada la ausencia de un compromiso específico. La excepción a este planteamiento vendría dada, a mi entender, por aquellos casos en que el internamiento crea un peligro específico, por privar significativamente al recluso de medios de autoprotección también frente a tales riesgos: es el caso, por ejemplo, del internamiento de un sujeto drogadicto⁵ o incluso no drogadicto en centros saturados, donde además se detectan altos índices de infección por SIDA o hepatitis. En tales supuestos, dado que la reclusión supone una sucesión de actos que empeoran la situación de los bienes jurídicos del recluso, exponiéndolos a peligros que antes no les afectaban o no en la misma medida, me parece que concurren los elementos necesarios para fundamentar un compromiso específico de contención de esos riesgos que el acto de reclusión ha desatado para el recluso o reclusos de que se trate. En este caso, la eventual omisión de contención de riesgos por parte del funcionario puede fundamentar la imputación en comisión por omisión.

III

1. Las anteriores alusiones a una eventual comisión por omisión del funcionario penitenciario no deben ocultar la posibilidad de que en alguno de estos casos lo que concurra sea una auténtica "comisión activa". Así, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la S.T.S. (Sala 2ª) de 24 de febrero de 1989, ponente Sr. COTTA y MÁRQUEZ DE PRADO. En dicho supuesto, un recluso (Francisco JAVIER), previa-

⁵ El sujeto drogadicto que es recluido en una cárcel donde reina el hacinamiento es obvio que ve así aumentadas sus posibilidades de contraer enfermedades, dada la mayor dificultad de obtener, por ejemplo, jeringuillas estériles; pero también el no-drogadicto corre el riesgo de infectarse en situaciones en que la higiene general no es la deseable.

mente calificado como muy peligroso, dio muerte a su compañero de celda (Bautista) a causa de que éste "le molestaba con sus ronquidos para leer, era de raza gitana y hacía gestos raros". En su Fundamento de Derecho Segundo, la sentencia señala que

"al Estado, y en su nombre a los funcionarios de prisiones, le viene impuesta por la Ley General Penitenciaria la obligación de velar por la vida, integridad y salud de los internos (art. 3.4 de dicha Ley), alojar en celdas individuales a los reclusos o, en todo caso, en dependencias colectivas, pero siempre previa la adecuada selección (art. 19.1), destinar a departamentos especiales a preventivos calificados de extrema peligrosidad (art. 10.1 y 2) y tener separados a los que presenten deficiencias mentales (art. 16.d), y a la Administración penitenciaria en concreto a dotar a sus establecimientos de los medios materiales y personales necesarios para asegurar el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines (arts. 14 y 80)."

constatándose que se ha dado lugar:

"por falta de acatamiento a los preceptos mencionados por parte de los funcionarios de la prisión de Basauri, a que uno de los internados, que por sus características de alta peligrosidad y perturbación mental debería haber estado aislado de los otros, diese muerte a su compañero de celda por el fútil motivo de que le molestaba al roncar, no dejándole leer, lo que no hubiera ocurrido en verdad si se hubieran observado los reglamentos establecidos para el buen gobierno de las cárceles y se hubieran cumplido escrupulosamente las especiales medidas que en este supuesto se requieran".

La resolución del T.S. es confirmatoria de la sentencia de la Audiencia Provincial en lo relativo a la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, pero, al no haberse postulado en casación la atribución de responsabilidad penal a algún miembro de la Administración penitenciaria, no puede examinar este problema. Sin embargo, en este supuesto, no sólo es que quepa advertir una omisión imprudente de las medidas de protección debidas para evitar una agresión de Francisco Javier a Bautista, sino que cabe advertir una comisión activa imprudente en el hecho de ingresar a Bautista en la misma celda que ya ocupaba el primero. Dicho hecho es, desde luego, causa del resultado, como prueba una elemental aplica-

ción al caso de la fórmula de la "conditio sine qua non". En cuanto a la imputación objetiva de la muerte de Bautista al funcionario (director, por ejemplo) que dispuso su reclusión en aquella celda, es cierto que ha de superar algunas dificultades derivadas de la circunstancia de que dicho funcionario realiza una conducta de favorecimiento imprudente activo de un hecho doloso ajeno: en concreto, al menos, las dificultades derivadas de la doctrina de la prohibición de regreso y de las tesis acerca de la impunidad de la participación imprudente. Sin embargo, y aunque aquí no disponemos de la posibilidad de discutir con detenimiento el problema, podría afirmarse, en principio, que ambas son superables. En efecto, respecto a la tesis del *Regressverbot* (prohibición de regreso)⁶, cuyo origen se remonta a FRANK, debe apuntarse que, si bien resulta inaceptable como teoría causal⁷, dado su carácter incompatible con la teoría de la equivalencia de las condiciones⁸, ha merecido ciertamente ser discutida como doctrina relativa a la interrupción del nexo de imputación objetiva⁹; sin embargo, la moderna doctrina tiende a alejarse de ella, por esquemática¹⁰. Más desarrollo están cobrando últimamente las doctrinas asentadas sobre el llamado «principio de la auto-responsabilidad» (*Selbstverantwortung*)¹¹, en virtud del cual se excluye la responsabilidad por hechos dolosos ajenos, y que conduciría en estos

⁶ Esta tesis, como es sabido, se rechaza mayoritariamente en Alemania, debido al carácter dominante del concepto unitario de autor en los delitos imprudentes.

⁷ Que era su sentido inicial. Cfr. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23ª ed., München 1988, n.º marg. 77 previo a los §§ 13 y ss.

⁸ Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts A.T.*, 4ª ed., Berlin, 1988, p. 252, nota 18.

⁹ Cfr. LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23ª ed., n.º marg. 101 y ss. previos a los §§ 13yss.

¹⁰ Cfr. críticamente, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, "La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado", en sus *Estudios Penales*, Barcelona, 1991, pp. 197 y ss., p. 214, con referencias bibliográficas. También JESCHECK, *Lehrbuch*, 4ª ed., pp. 517-518.

¹¹ Cfr. sobre este, por ejemplo, el interesante trabajo de SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986.

casos a la impunidad del favorecimiento imprudente. Sin embargo, la eficacia limitadora del principio de auto-responsabilidad tiene algunas excepciones, como, por ejemplo, las situaciones de responsabilidad especial, de competencia incrementada, de deberes de cuidado que extienden su objeto al comportamiento de terceros¹². Algo que, precisamente, se da aquí, puesto que el sujeto que obra imprudentemente dispone de una competencia intensificada, tanto sobre el sujeto activo (que, además, en el caso concreto era un semiimputable a quien se apreció la eximente incompleta de enajenación mental) como sobre el sujeto pasivo. Tales razones que, a mi juicio, permiten superar la objeción representada por el criterio de la prohibición de regreso son, a mi entender, también suficientes para salvar el polémico tema de la participación imprudente en delitos dolosos, cuya impunidad ha sido últimamente sostenida entre nosotros con importantes argumentos por LUZÓN PEÑA¹³. En efecto, habida cuenta de que todo discurre en el ámbito competencial del sujeto que con su decisión (supuestamente, el director del centro penitenciario) favoreció imprudentemente el hecho doloso del semiimputable, puede hablarse de la concurrencia no de una participación imprudente, sino de una autoría imprudente activa (que habría de ser mediata, lo cual abre un interesante problema de fundamentación general que no puede abordarse aquí); ello constituiría una prueba de la trascendencia de la postura de JAKOBS que sostiene la relevancia de las "posiciones de garantía"; es decir, de las situaciones de competencia, no sólo en la comisión por omisión, sino también en la comisión activa. De todos modos, y por concluir este sucinto comentario, debe apuntarse que, aun en el supuesto de que se rechazara la calificación aquí propuesta de autoría comisiva y se estimara impune el favorecimiento imprudente activo, siempre sería posible recurrir subsidia-

¹² SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, pp. 107 y ss.; LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23ª ed., n° marg. 101 a previo a los §§ 13 y ss.

¹³ LUZÓN PEÑA, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales", en *Derecho penal de la circulación*, 2ª ed., Barcelona, 1990, pp. 81 y ss., en especial 92 y ss.; también LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, pp. 212 y ss.

riamente a la autoría en comisión por omisión imprudente. Ciertamente, subsiste en todo caso la cualidad de los funcionarios, el director en particular, como sujeto idóneo de comisión por omisión en caso de agresiones dolosas a los reclusos, resultando obvio que aquí negligentemente, como mínimo no se han adoptado las medidas adecuadas para prevenir o evitar tal agresión (por de pronto, cambiar de celda al recluso amenazado o, si se quiere, aislar al otro).

2. En cualquier caso, la referencia anterior a la existencia de un hecho imprudente no debería llevar a la conclusión precipitada de que siempre que un recluso muere a manos de otro ha de haberse producido una omisión imprudente (de adopción de medidas precautorias) imputable a personas integradas en algún nivel de la Administración penitenciaria. Por un lado, se dan casos en que resulta difícil admitir que el sujeto confiara en la no producción del resultado a la vista de la situación concreta de peligro: son casos en que parece más verosímil la hipótesis del dolo eventual que la de la culpa consciente; pero no nos detendremos en ello. En el otro extremo, cabe pensar en la ausencia de toda conducta negligente: pueden, en efecto, darse casos en que el referido resultado se produzca no obstante haberse adoptado todas las medidas precautorias posibles y exigibles. Algo así podría detectarse en la S.T.S. (Sala 3ª) de 13 de marzo de 1989, ponente Sr. Esteban Álamo. El caso que sirve de punto de partida fue enjuiciado por la A.P. Barcelona (1 de marzo de 1983), la cual castigó a un recluso que mató con un instrumento punzante de construcción rústica a otro recluso, sin estimarse responsabilidad penal de funcionario alguno, ni tampoco responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Tal responsabilidad patrimonial pasó a exigirse en vía administrativa, apreciándose entonces fundamento suficiente para la misma, por concurrir relación causal entre el daño y un anormal funcionamiento del servicio público penitenciario. La sentencia señala que el deber de velar por la integridad de los reclusos

“se cumple a través de una serie de medidas de vigilancia y seguridad tendentes entre otras cosas, a proteger a los reclusos de agresiones de toda índole por parte de otros compañeros e incluso de sí mismos (caso de autolesiones, suicidios). De ahí las requisas, cacheos, recuentos, etc. ...”.

añadiendo que

"[...] en el supuesto que nos ocupa hubo un anormal funcionamiento del servicio penitenciario al no detectar la existencia de ese rústico puñal o instrumento punzante rudimentario en poder del recluso que llevó a cabo el asesinato; como también en no haber detectado los roces o malas relaciones entre agresor y víctima y, en caso de que fuesen conocidas en el centro, haber adoptado medidas oportunas para evitar la proximidad entre ambas personas o cualquiera otra adecuada y eficaz. En definitiva, estamos en presencia de un fracaso de ese deber elemental de velar por la integridad de las personas sometidas a custodia, atribuible exclusivamente, directamente e inmediatamente a un deficiente funcionamiento del servicio público penitenciario que no ha sabido evitar ni la posesión del arma homicida, ni el ataque, más o menos súbito, del autor del hecho."

Ciertamente, la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración penitenciaria —constatado en este caso por la Sala de lo contencioso-administrativo— no debe entenderse equiparable con la existencia de una imprudencia jurídico-penal. El concepto de "funcionamiento anormal" es objetivo y genérico para el conjunto de esa Administración; el concepto jurídico-penal de imprudencia es subjetivo y personal. Así, cabe que el servicio en su conjunto acabara funcionando mal y no evitando el resultado lesivo producido y que, pese a ello, los diversos individuos implicados hubiesen obrado siempre de modo diligente: es posible que se realizaran diligentemente los cacheos y registros y que, con todo, no pudiera aprehenderse el instrumento delictivo; asimismo, cabe que se desconociera la situación de enemistad por no haberse manifestado o no haber trascendido. Como señala la S.T.S. (Sala 3ª) de 4 de enero de 1991, ponente Sr. Esteban Álamo,

"el sistema vigente en la materia (*scil. de la responsabilidad administrativa*) es el de la responsabilidad objetiva, que no exige la conducta culpable de ningún funcionario o agente, sino que se trata de una falta objetiva, es decir, de una falta del servicio público que no es necesario individualizar."

"[...] para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración (*scil. se requiere que*) concorra una relación inmedia-

ta de causa a efecto entre el acto u omisión de la Administración y el daño que su acción u omisión ha producido a los particulares, tratándose de una responsabilidad objetiva que no requiere más requisitos que la relación de causalidad entre el acto y el daño."

Es decir, en conclusión, que es perfectamente posible que se den los presupuestos de la responsabilidad civil subsidiaria o administrativa de la Administración por funcionamiento anormal del servicio público penitenciario y que, por contra, no pueda advertirse omisión (jurídico-penal) imprudente alguna por parte de funcionarios de instituciones penitenciarias.

Por todo ello, es a mi juicio demasiado categórica la declaración de la S.T.S. (Sala 2ª) de 23 de enero de 1990, ponente Sr. BACIGALUPO ZAPATER, para la cual, en un caso de estructura similar a los que venimos examinando,

"La existencia de internos armados constituye [...] una indudable muestra del incumplimiento de las actividades de registro y pesquisas..." "[...] es claro que la existencia de personas armadas con instrumentos contundentes demostraría que dichas actividades no han sido ejecutadas con la diligencia debida, pues, atendiendo a la amplitud de las facultades otorgadas por la ley y el reglamento a tales efectos, es indudable que si se hubieran ejercido diligentemente no se hubiera generado el peligro que finalmente se concretó en la muerte del interno"¹⁴.

¹⁴ En el caso examinado por esta sentencia varios reclusos habían matado a otro a golpes y puñaladas. Varios funcionarios presencian los hechos, pero se abstienen de intervenir, limitándose a conminar verbalmente a los agresores para que no prosigan la agresión. Ello significa que la omisión de estos funcionarios es dolosa, si bien la Audiencia no da relevancia a este hecho por estimar que no constaba que estuvieran a disposición inmediata de tales funcionarios los medios o instrumentos oportunos para la intervención. En definitiva, sería el carácter inexigible de una intervención sin tales medios de defensa lo que impediría atribuir relevancia jurídico-penal a la no intervención de tales funcionarios. Para el T.S., con todo, tampoco esto es lo decisivo, pues no se puede determinar ex post que con tales medios hubieran conseguido evitar el resultado, de modo que la infracción del deber se concreta, fundamentalmente en la no adopción de medidas precautorias. Ello es el fundamento de la atribución de responsabilidad civil subsidiaria a la Administración del Estado.

"La infracción del deber se concreta, por tanto, en no haber impedido mediante requisas y medidas de vigilancia que los internos dispusieran de verdaderas armas blancas confeccionadas por ellos dentro del mismo establecimiento penitenciario, con las que se dio muerte a la víctima."

En realidad, ni se puede afirmar que nunca haya una omisión imprudente en sentido jurídico-penal, como parecen entender en general los Jueces de Instrucción o Audiencias Provinciales (pues el T.S. ve sus pronunciamientos sujetos a los estrechos cauces del recurso de casación y en ellos no se ha planteado expresamente el problema), ni tampoco afirmar que la haya siempre que se produce el resultado de muerte violenta del recluso, como parecería desprenderse de las afirmaciones del T.S. en el último caso aludido. Ello es algo que debe decidirse para cada caso y en cada situación, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada concreta circunstancia. De todos modos, sin embargo, conviene no olvidar que los medios de que disponen los funcionarios penitenciarios para velar por la seguridad de los internos deben ser utilizados de modo prudente; es decir, que ni se puede proceder de modo continuo a poner en práctica medidas de aislamiento, ni tampoco a realizar cacheos y registros permanentes, que ciertamente garantizarían una mayor eficacia en lo relativo a la seguridad pero, al introducir una disciplina cuasi-militar en los centros, podrían frustrar la finalidad principal de éstos que, no se olvide, sigue siendo la del tratamiento para la reintegración social del penado. En suma, pues, el uso de las diversas medidas encaminadas a garantizar la seguridad en los centros debe ser ponderado. Ello lo pone de manifiesto la propia legislación penitenciaria a propósito de las medidas coercitivas más trascendentes, al indicar que los medios coercitivos (art. 123 del R.P.) sólo podrán utilizarse en casos concretos (entre ellos, para evitar daños de los reclusos a otras personas —artículo 45.1.b) de la L.G.P.—); que el uso de las medidas coercitivas está dirigido al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario (art. 45.3 L.G.P.); que el aislamiento de los reclusos que provoquen alteraciones del orden habrá de durar el tiempo mínimo indispensable (art. 76.6 R.P.), etc. Pero lo mismo ha de valer

para cualquier medida restrictiva de derechos de los reclusos: no en vano dispone el art. 23 L.G.P. que los registros, cacheos y operaciones análogas habrán de realizarse con las garantías que proceda y siempre "dentro del respeto a la dignidad de la persona". Todo lo anterior introduce importantes matizaciones a la puesta en práctica de las medidas precautorias, de manera que no puede afirmarse que su fracaso ex post sea manifestación automática de una negligencia ex ante en su realización. Aquí, como en el caso de cualquier medida restrictiva de derechos deben imperar los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, lo que debe determinarse caso por caso: la eficacia no es el único criterio que rige la adopción de las diversas medidas, sino que hay principios contrapuestos. De todos modos, es obvio que los funcionarios, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 76 R.P., deben tratar de obtener un perfecto conocimiento de la situación del centro "basado en la observación de los internos de cada dependencia, advirtiendo las relaciones con otros internos". Ello proporcionará el criterio para decidir, en lo que a nuestro problema respecta, qué medidas precautorias deben ser adoptadas. Pero aun aquí parece claro que determinadas enemistades o amenazas (en el caso de que realmente existieran) pueden pasar desapercibidas también a una observación diligente.

3. Un buen criterio de determinación de cuando nos hallamos ante un hecho penalmente relevante (omisión imprudente, en nuestro caso) es la propia estructura dogmática del tipo de omisión que, como se ha advertido, es el que en general podrá concurrir aquí. Es sabido que la concurrencia de una omisión (pura o "comisión por omisión", dolosa o imprudente) requiere que, en primer lugar, se dé una situación de peligro y, en segundo lugar, que el sujeto no realice la acción que se estima indicada para poner fin a tal situación. Pues bien, en general, se exige, para poder hablar de una omisión, que tal peligro se haya concretado en un riesgo inminente de lesión para un bien jurídico concreto. De ahí que la acción indicada aparezca, por lo común, como expresión de un deber de actuar en evitación del resultado lesivo cuando ya existe el peligro para el mismo (*Erfolgsabwendungspflicht*), o bien de un deber de actuar en salvación de

un bien jurídico (*Rettungspflicht*), cuando incluso ya se ha iniciado la lesión, existiendo el peligro de su extensión o agravación. Ahora bien, tratándose del control de fuentes de peligro parece que puede hablarse ya antes de una omisión penalmente típica. Concretamente, en el momento de la no adopción de medidas precautorias (*Sicherungspflichten*) ante una situación de "peligro de peligro", que es dudoso que se pueda solventar satisfactoriamente en un momento posterior. Es decir, ante una situación en la que, si bien todavía no se ha manifestado un peligro concreto para un bien jurídico determinado, concurren plenamente las bases para el surgimiento de tal peligro en cualquier momento¹⁵. Por tanto, la no actuación en dicho primer momento permitirá apreciar ya una tentativa omisiva, respecto a la que posteriores actos de evitación o salvación de la lesión concreta de un bien jurídico determinado obrarán a modo de desistimiento. Consideraciones de este género son las que permiten apreciar una omisión imprudente en el caso enjuiciado en la S.T.S. (Sala 2ª) de 20 de octubre de 1989, ponente Sr. Soto Nieto. El supuesto es aquí, como en los demás casos antes comentados, el de la muerte de un recluso a manos de otros internos. Sin embargo, en éste consta en los hechos probados que la Administración del centro tenía

"conocimiento reiterado del peligro concreto que se cernía sobre la vida del preso fallecido [...] al haberse producido no vagas conjeturas, sino muy concretas y definidas amenazas de acabar con la vida del recluso".

Pese a ello, no se adoptaron por parte de las personas competentes, como parece lógico que se hiciera, ni «medidas de alejamiento o traslado de internos», ni tampoco de vigilancia específica de los "lugares o recintos en los que fuera más factible la consumación del proyecto de dar muerte a la víctima", ni, en general, los medios coercitivos para evitar daños a las personas que prevén los arts. 45.b) de la Ley General Penitenciaria y los arts. 76 y 276 del Reglamento. Con todo, pese a darse tan evidentes negligencias omisi-

¹⁵ Cfr. sobre esto SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión*, pp. 287-288.

vas en las instancias del centro penitenciario competentes para la adopción de las diversas medidas señaladas, la sentencia (a mi juicio inexplicablemente) estima que no se trata aquí

“de causalidad directa, inherente a la autoría y determinante de responsabilidad penal, sino de comportamiento de especial significación e influencia en la vertebración causal de los hechos propiciadores de la infracción criminal, de los que puede derivarse una vinculación de responsabilidad civil subsidiaria”.

También cabe detectar elementos de una omisión imprudente, aunque mezclados con una situación de deterioro global del centro, a la que luego dedicaremos algunas líneas, en el supuesto de hecho de la S.T.S. de 12 de julio de 1990, ponente Sr. Cotta y Márquez de Prado, en la que el único objeto de debate lo constituía la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalidad de Cataluña, responsabilidad que es afirmada por el Alto Tribunal. En el caso, dos reclusos matan a puñaladas a un tercero, sin que ningún funcionario se halle presente para impedirlo, advirtiendo el T.S. el incumplimiento, por parte de la Administración competente, de múltiples medidas precautorias indudablemente debidas:

La Generalidad de Cataluña omitió dotar al centro penitenciario “de los medios materiales y personales necesarios para asegurar el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines —no se olvide que un solo funcionario atendía la vigilancia y control de unos 500 reclusos—; tener separados a los que presenten deficiencias mentales —Diego A. J.¹⁶ convivía en régimen de normalidad no obstante tener un nivel intelectual lindante con la subnormalidad y una personalidad deformada, con inadaptación social y rasgos de comienzo insidiosos de esquizofrenia, siendo propenso a reacciones desproporcionadas y agresivas que, sin anular, disminuyen notablemente sus capacidades de obrar y de querer—, practicar periódicos registros en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen —en este caso, o no se hacían o eran prácticamente inútiles— y, desde luego, contar con los servicios médicos de ins-

¹⁶ Uno de los autores del hecho.

talaciones y personal adecuado del que, según la sentencia, carecía la 'Cárcel M.' de Barcelona en el momento de Autos, todo lo cual dio lugar, al conjugarse, a que dos de los internos condenados, campando por sus respetos pudieran, sin obstáculo alguno personarse, armados de navaja y pincho, en la celda que ocupaba en unión de otros Francisco R. V., apuñalarle con ella y darle muerte por el vano motivo de estimar le había quitado a uno de ellos un modesto transistor que se negaba a devolver, evento letal que no hubiera ocurrido si se hubieran observado los reglamentos establecidos para el buen gobierno y régimen de las cárceles y se hubiesen cumplido escrupulosamente las especiales medidas que se requerían en este supuesto...".

En el caso se da, sin duda, una situación global de deterioro, que se manifiesta en la relación entre el número de reclusos y el número de funcionarios, así como en la inexistencia de instalaciones y personal médico; ello merece algún comentario, que realizaremos más adelante, pero ya ahora debe señalarse que, en todo caso, de tales deficiencias no son responsables los funcionarios del centro. En cambio, se ha producido también la omisión de una serie de medidas precautorias que parecen debidas ante la presencia de una situación de «peligro de peligro», representada por la presencia en el centro de un sujeto agresivo y propenso a reacciones desproporcionadas. Tales medidas (aislamiento del sujeto peligroso o, en su defecto o imposibilidad, exhaustivos registros que anulen la posibilidad de que se provea de medios lesivos) que a mi juicio vienen demandadas por cualquier concepción acerca del comportamiento diligente en estos casos, fueron sin embargo omitidas por el sujeto individualmente competente para adoptarlas, que sería en general el director del centro. Además, un juicio ex post muestra que tales medidas, de haber sido adoptadas, podrían muy probablemente haber evitado el resultado. Todo ello determina que no pueda descartarse en este supuesto la presencia de una omisión imprudente a los efectos del Derecho penal¹⁷.

¹⁷ Otro tanto sucede en el supuesto de hecho de la S.T.S. (Sala 3ª) de 4 de enero de 1991, ponente Sr. Esteban Álamo, que afirma la responsabilidad

En conclusión, pues, la omisión de medidas precautorias cuando se da una situación de "peligro de peligro" debe estimarse ya omisión penalmente relevante. En el caso de que no se estimara punible —según aquí se sostiene— como "omisión en sí" (*omissio libera in se*), a la vista de la posterior imposibilidad de evitar el hecho en el momento de inmediatez del peligro para un bien jurídico concreto, cabría estimar que la inicial omisión de medidas precautorias constituye el núcleo de la imputación penal por la vía de la *omissio libera in causa* (*omissio libera in omittendo*). Como es sabido, ésta se produce cuando en la última fase la evitación del resultado se

administrativa de la Generalidad de Cataluña por fallecimiento de un recluso a manos de otro. En este caso se encontraban 711 internos en una galería en la que debía haber 120, lo que es revelador de la situación de deterioro genérico a que antes también hemos aludido. Sin embargo, también consta que los funcionarios de la galería habían elevado una comunicación al Jefe de Servicios indicando que: "varios internos de la misma eran totalmente nocivos para la galería, perturbando la marcha de la misma con posibles acciones punibles de agredir y coaccionar a los demás internos, sustraer a los compañeros materiales y dinero, embriaguez producida por la ingestión de drogas y poseer objetos prohibidos (pinchos para intimidarles), lo que producía como resultado un malestar en la galería y tensión entre los propios internos que tenían que transigir toda clase de abusos, siendo incapaces los internos afectados de poder presentar denuncia por estar amenazados de muerte y ser considerados por el resto de la población reclusa como 'chivatos', pudiendo saberse que el utensilio que utilizaban para robarles el dinero era un cuchillo de la calle de grandes dimensiones que no pudo ser encontrado". Obviamente, la situación de superpoblación es responsabilidad de niveles superiores de la Administración penitenciaria, como luego trataremos de poner de manifiesto. Pero es obvio que ante indicios concretos (incluso días antes había sido apuñalado un hermano del homicida) de que hay sujetos peligrosos que agreden, roban y amenazan a los demás reclusos, los cargos directivos del centro deben adoptar las medidas debidas por la más elemental diligencia: registros, traslados de celdas o galería, peticiones de traslado de centro. Nada de eso, a lo que parece, se hizo, poniendo de relieve lo que a mi juicio es una omisión imprudente penalmente relevante, por cuanto la realización de lo omitido habría evitado, con alta probabilidad, la producción del resultado lesivo. Una prueba de ello es que se señala que "inmediatamente después de la agresión, se llevaron a cabo los correspondientes registros, a consecuencia de los cuales fueron encontrados diversos pinchos y espadas de fabricación carcelaria".

revela cómo imposible para el sujeto, pero éste, a sabiendas de ello, no adoptó medida precautoria alguna en un momento anterior en el que éstas sí podrían haber resultado posibles y eficaces:

4. Un caso límite en esta línea, tal como anunciábamos más arriba, es aquél en el que no es posible, en el momento de la agresión, adoptar medidas de evitación del resultado lesivo, pero, además, a la vista del deterioro de la situación en la concreta institución penitenciaria de que se trate, tampoco pueden adoptarse medidas precautorias en momentos previos, pues los funcionarios han perdido por completo el control del centro. Situaciones así, no tan infrecuentes a lo largo de los años setenta y ochenta en nuestro país, se reflejan, por ejemplo, en la S.T.S. (Sala 4ª) de 15 de julio de 1988, ponente Sr. BRUGUERA MANTÉ. Se trata, nuevamente, de que varios reclusos apuñalan a otro, perteneciente a un grupo con el que mantenían diferencias en temas de convivencia. La A.P. Madrid (en Sentencia de 18 de febrero de 1983) les condena, pero sin establecer ni responsabilidad omisiva de funcionario alguno ni siquiera responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Esta responsabilidad patrimonial del Estado se reclama ahora en vía administrativa, admitiéndose. En los Antecedentes de hecho consta que

“se desconocían previamente las posibles circunstancias que motivaron los incidentes, pues en aquellos momentos era imposible conocer los problemas y tensiones específicos que pudieran existir en la 7ª galería, debido a las circunstancias por las que atravesaba la misma, ya conocidas de la Dirección General, que se encontraba en situación prácticamente de ruina, con la mayor parte de las celdas destrozadas y sin puertas, con agujeros de comunicación entre unas y otras y superpobladas por necesidad física de tener que acoger a los numerosos internos con que contaba el centro, lo que, sin duda, propiciaba el descontrol”;

“existía un exceso de población interna, y que únicamente había dos galerías nuevas en condiciones de cierta seguridad y control, y que en numerosas ocasiones se había participado a la Dirección General esta sobreabundancia de presos, problema que, al parecer era común a otros centros penitenciarios, por lo que no se había podido reducir el número hasta el momento”;

"la dirección del centro y los restantes funcionarios no tenían, en aquellos momentos, otra forma de actuación, ya que la situación del establecimiento no se lo permitía, pues el edificio estaba prácticamente en ruina [...], siendo este estado especialmente destacable en la 7.a galería, y que en tales circunstancias, y con a todas luces escaso número de funcionarios (tres por cada 250, aproximadamente), era muy pobre el control que se podía ejercer sobre los reclusos, ni para efectuar los recuentos, ni para saber dónde estuvieren en cada momento ni lo que estaban haciendo".

El Tribunal concluye que:

"la existencia de tres funcionarios para la custodia de 250 presos hacía absolutamente imposible la protección de la vida y de la integridad física de los internos que el Estado, a través de sus servicios, está absolutamente obligado a salvaguardar, y si a ello se une que se mantenía a los internos en una situación de hacinamiento y de superpoblación a todas luces inadmisibles en una galería destruida y prácticamente en ruinas que hacía imposible cumplir mínimamente las condiciones reglamentarias para proteger la vida y la integridad de los presos (como reconoce el director del establecimiento), resulta de una evidencia aplastante que aquí se dan, y notoriamente, todos los indicados requisitos para que proceda declarar, desde luego, la responsabilidad del Estado en la muerte que aquí juzgamos y por la que el mismo debe, por tanto, indemnizar".

La cuestión es, aquí, si se dan los fundamentos de una posible atribución de responsabilidad penal. Al respecto, debe descartarse en primer lugar la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios inferiores, dado que la posibilidad y exigibilidad de la actuación en evitación del resultado son elementos del tipo de omisión y aquí no se daba ninguno de estos dos requisitos. Tampoco parece posible hablar de una responsabilidad penal del director del centro: en la vida diaria del centro, éste se encontraba en la misma situación de imposibilidad de actuación que el resto de sus funcionarios¹⁸.

¹⁸ Otra conducta posible (e indicada) para el director del centro sería la de elevar informes sobre la situación del centro, solicitando la adopción de las correspondientes medidas para resolver los problemas más urgentes del mismo. Pero ésta se realizó.

Ciertamente habría podido no asumir la dirección, si es que ya sabía que en el caso de que surgieran situaciones de peligro no podría hacerles frente, o bien podría haber dimitido al advertir la dimensión del deterioro del centro penitenciario. Sin embargo, es dudoso que *ex ante* tales conductas pudieran verse como adecuadas para evitar una lesión de bienes jurídicos como la producida y, asimismo, que pudiera determinarse *ex post* que las referidas medidas habrían conseguido con alta probabilidad evitar el resultado. La dimisión o la no asunción no habrían tenido otro efecto que el nombramiento de otra persona, y no ciertamente la evitación del resultado. Y, como ya hemos apuntado, la responsabilidad en comisión por omisión imprudente requiere (al igual que la responsabilidad por delito consumado en el caso de la comisión por omisión dolosa) no sólo que *ex ante* la conducta omitida se observara como adecuada para salvaguardar el bien jurídico, sino también que *ex post* pudiera determinarse que la realización de la conducta omitida habría conseguido la evitación de la lesión del bien jurídico. Ninguno de los dos aspectos puede estimarse concurrente, por lo que debe concluirse que no hay una obligación (jurídico-penal) de dimitir o de no asumir la dirección del centro correspondiente.

Todo ello nos conduce a pensar en sujetos integrados en niveles superiores de la Administración penitenciaria como posibles responsables penales de estos hechos. Ello constituye un importante problema cuando nos hallamos —como ocurre en la Administración pública— en una estructura jerárquica con divisiones también horizontales en cuanto a las competencias sobre una determinada materia. Pero, en principio, no cabe duda de que mantener reclusos a cientos de personas a sabiendas de la imposibilidad clara de cumplir el deber de velar por su vida, así como por su salud y su integridad física habría de constituir suficiente fundamento de responsabilidad jurídico-penal y no sólo de una mera responsabilidad política. En efecto, la no adopción de medidas para poner término a una situación así, a sabiendas de que en el caso de que se produzca un supuesto de “peligro de peligro” (enemistades, amenazas) éste no podrá ser detectado, ni, por tanto, tomadas las medidas concretas para evitar que surja de ahí un peligro ya inminente de lesión de la vida o integridad de un recluso, debe estimarse constitutivo de una

omisión jurídico-penalmente relevante. Tal omisión la estimamos imprudente por entender que el sujeto que no adopta tales medidas lo hace "confiando" en que, pese a todo, no se producirá el resultado lesivo; sin embargo, lo cierto es que, a la vista de la experiencia, el deterioro puede ser tal que no quepa confiar racionalmente en la no producción del resultado, lo que nos llevaría al ámbito del dolo eventual. En todo caso, sea cual fuere la configuración del tipo subjetivo, debe poder hablarse de omisión punible, dándose como único —pero nada irrelevante— problema el de la determinación de la persona o personas concretas (la responsabilidad penal es responsabilidad individual) a las que podría atribuirse en concreto el hecho. El tema es, sin duda, complejo, por constituir un aspecto del tema, más general, de la responsabilidad penal en el marco de estructuras organizadas jerárquicamente y sería ilusorio pretender resolverlo aquí. Sin embargo, podría formularse un criterio genérico de responsabilidad en los siguientes términos: responde por omisión de la muerte violenta de un recluso a manos de otro todo aquel sujeto con competencias en la cadena jerárquica de la Administración penitenciaria que, ante una situación de peligro (aunque sea de "peligro de peligro" o incluso aunque venga definida por la propia imposibilidad de detectar situaciones de "peligro de peligro"), negligentemente —como mínimo— no adopta medidas que se hallan dentro del ámbito de su competencia y que ex ante se advierten como adecuadas para evitar que ese peligro se convierta en lesión. La acción indicada puede consistir en realizar acciones directas de salvaguarda, en adoptar medidas precautorias, en dar órdenes a otros, en elevar informes o peticiones, etc. Un problema propio de los casos en que la omisión se estime meramente imprudente (que serán la mayoría) es que la sanción por delito consumado (única posible en los hechos imprudentes) requiere que quepa imputar objetivamente el resultado al hecho omisivo del sujeto. Esto último, a su vez, exige, como se ha señalado ya antes —aunque aquí, como es sabido, se dan hondas discrepancias doctrinales— que pueda constatarse ex post que la acción omitida, de haber sido realizada, habría podido evitar el resultado. De modo que, en los casos en que la acción indicada consistiría en elevar peticiones o en dirigir informes, podría alegarse que, aunque se hubieran elevado, el cargo superior no habría adoptado medida

alguna para evitar el resultado, algo que no parece fácilmente reparable cuando, en última instancia, nos movemos entre problemas cuya explicación última es de índole presupuestaria. Pero de todos modos no parece posible excluir que, ante situaciones muy excepcionales de las que pueden derivarse riesgos para la vida humana, los altos cargos políticos de la Administración Penitenciaria, la Administración de Justicia en general y el propio Gobierno de la nación, adoptaran también medidas excepcionales encaminadas a darles alguna solución de urgencia. Todo ello abonaría la solución de atribuir responsabilidad a quienes, en el ámbito de sus atribuciones, no realizaran actos encaminados a dar solución a tales situaciones límite de deterioro en el ámbito penitenciario.

IV

1. En conclusión, debe afirmarse lo insatisfactorio de una situación jurisprudencial en la que la muerte violenta de un recluso a manos de otro no genera en ningún caso responsabilidad penal omisiva de funcionarios penitenciarios determinados, sino una mera responsabilidad patrimonial (civil o administrativa) de la Administración estatal o autonómica competente. Ello, a pesar de que en tal muerte violenta han incidido factores que no sólo son expresión de defectos estructurales de la organización de los centros (no imputables a nadie en particular), sino que en ocasiones también ponen de manifiesto la existencia de omisiones imprudentes o incluso comisiones activas imprudentes de sujetos determinados, a quienes, por tanto, cabría atribuir una responsabilidad personal, que sería obviamente de naturaleza penal.

2. Dado que se parte de que los funcionarios con responsabilidades en la materia de seguridad del centro son autores idóneos, cada uno en la medida de sus competencias, de una comisión por omisión en caso de agresión dolosa sufrida por un interno, el núcleo problemático se halla en la determinación de qué es "lo imprudente", la "no actuación imprudente" en este ámbito. El tema es complejo y no puede resolverse indicando que la muerte del recluso pone de re-

lieve la existencia de alguna imprudencia. Más bien habrá que analizar cada situación y determinar si en ese caso concreto la diligencia debida exija de los funcionarios la adopción de medidas que no se tomaron. Además, no debe olvidarse que muchas veces se producen conflictos entre los deberes relacionados con la seguridad y los deberes relacionados con la intimidad o con la existencia de una situación mínima de libertad de los reclusos que favorezca su reinserción. Esto implica que, en general, la mayoría de las medidas no deban adoptarse antes de que se tenga constancia de la existencia de una situación concreta de peligro (aunque sea de "peligro de peligro") para algún recluso. Una anticipación de esta barrera, que en sí ya supone una anticipación respecto al momento del peligro en sí, sólo es concebible en situaciones en las que la propia detección de supuestos de "peligro de peligro" (a saber, enemistades, amenazas, etc.) quede excluida a la vista del deterioro de la vida en el centro. En tales circunstancias, puede estimarse que la no adopción de medidas para devolver el centro a una normalidad que permita controlar la vida del mismo y descubrir posibles situaciones de inseguridad es, en sí misma, imprudente.

3. El problema es, entonces, el de los sujetos responsables. Éstos pueden ser, en primer lugar, los funcionarios individuales encargados de la seguridad en las dependencias del centro, en la medida de su competencia y de sus posibilidades de hacer frente a situaciones concretas. Sin embargo, en estimar que sólo pueden ser responsables tales funcionarios inferiores y que, en caso de no serlo ellos, no es posible acudir a analizar la responsabilidad de funcionarios de rango superior radica un error que debería ser corregido¹⁹. En

¹⁹ Así, en la constatación concreta de que "no se deduce ninguna clase de responsabilidad de la actuación de los funcionarios de servicio de la 4ª galería, a quienes, en las circunstancias actuales, resulta materialmente imposible mantener el control de los movimientos de internos dentro de ésta [S.T.S. (Sala 3ª) de 4 de enero de 1991], no debería cesar la investigación de las posibles responsabilidades penales, sino que habría que remontarse a niveles superiores en la cadena jerárquica.

efecto, los funcionarios de nivel inferior se hallan en muchas ocasiones en situaciones de imposibilidad o inexigibilidad de realizar actos de evitación de peligros, lo que descarta la posibilidad de imputarles hechos típicos omisivos. En cambio, en tales situaciones subsiste la posibilidad de atribuir responsabilidad a los cargos directivos del centro, a quienes compete el ordenar la práctica de determinadas medidas generales o particulares, también en tanto que no realicen lo exigido por las normas de diligencia en el ámbito de su respectiva competencia. Finalmente, es posible también afirmar la responsabilidad de cargos superiores de la Administración penitenciaria, competentes, por ejemplo, para adoptar la medida del traslado de un recluso de un centro a otro. La responsabilidad de estos sujetos pasa a un primer plano en los casos de deterioro de la situación en el centro, que se hace prácticamente incontrolable para el director del mismo y sus subordinados. Pese a ello, como hemos notado, es cierto que la apreciación de responsabilidades penales en estos niveles se ve considerablemente dificultada, al ocultarse las responsabilidades individuales en los entresijos de la Administración pública y los altos cargos políticos del Estado. De todos modos, conviene subrayar la posibilidad de afirmar responsabilidades penales, concurrentes o no (pues son de naturaleza diversa) con responsabilidades políticas por la situación de los centros penitenciarios.

4. Los Tribunales habrían de esforzarse por depurar las responsabilidades penales eventualmente concurrentes en estos casos. Ciertamente, como se señaló, las posibles omisiones en este punto no son imputables a la Sala 2ª del T.S., que se mueve en los estrechos márgenes que le permite el recurso de casación. Por contra, en los niveles inferiores, Jueces de Instrucción, Fiscales y Audiencias provinciales deberían advertir la posibilidad de tales responsabilidades penales de sujetos integrados en la Administración Penitenciaria, sin dejar que la pretensión —por otro lado loable— de dar justa reparación a los familiares de la víctima se convierta en único objeto real de discusión.