

La protección penal de la seguridad y la salud en el trabajo

Los arts. 316 y 317 CP: un análisis desde su consideración como derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal

José Miguel Compañy Catalá

TESIS DOCTORAL UPF / AÑO 2009

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Departamento de Derecho)

Depósito Legal:

ISBN:

A Mónica, apoyo constante, a Sergi y a Claudia, a los que les debo mucho tiempo, y a mis padres, por su ejemplo.

Agradecimientos

Aunque *Umberto Eco* dice que no hay que citar en los agradecimientos al Director de la Tesis porque el mismo se ha limitado a cumplir con su obligación,¹ lo cierto es que en este caso el Dr. Ortiz de Urbina ha ido muchísimo más allá. No sé si influye el hecho de ser su primer discípulo, pero esta tesis no sería tesis sin su aliento infatigable, corrección amable pero constante y sus permanentes ganas que suplían no mi falta de entusiasmo, pero sí de tiempo. Quisiera agradecer también al Dr. Felip su aprecio personal, sus acertadísimos consejos y el creer inicialmente en mi labor investigadora. Al Dr. Ragués también su aprecio personal y su sabiduría, de la que aprendí en los cursos de doctorado y en no pocas ocasiones posteriores. A las Dras. Montaner y Llobet por su innegable calidad humana y por su ayuda en algunos aspectos sustantivos y estilísticos de la tesis. Al Dr. Silva por servirnos de faro y ejemplo a tantos en el terreno de la investigación que alienta de manera constante, aunque como en el presente caso, la misma sea de signo contrario a sus postulados. A la Dra. Castiñeira por su calidad humana, sus clases de doctorado y sus siempre acertadas recomendaciones sobre lecturas. Agradecer también su ejemplo al resto del área de derecho penal. A los Dres. Mir Puig, Joshi y Raúl Núñez por dedicarme su tiempo. A Adela Mulá por su maravillosa atención. A mis compañeras las Ilmas. Sras. Muñoz Mota y Gómez López por introducirme en la siniestralidad laboral y animarme la primera y por alentarme en mi interpretación típica y prestarme su ordenador cuando me hizo falta la segunda. A mi hermano el Dr. Compañy cuya tesis corrió paralela a la mía y me permitió constantes conversaciones al respecto. Y por último, como dicen los anglosajones, *last but not least* a Mónica Pellisé por su labor de corrección, con la bibliografía y en la edición final y por todo lo que ya le he dicho en privado.

¹ Eco, Umberto. *Cómo se hace una tesis*, 1ª ed., Barcelona, 2001, p. 192.

RESUMEN

Los supuestos de hecho de los centenares de sentencias a las que ya han dado origen los arts. 316 y 317 CP son desgarradores. Sin embargo, los Jueces y Tribunales continúan aplicando el tipo con interpretaciones laxas que globalmente consideradas permiten a los sujetos activos del delito considerar que delinquir en esta materia no trae consigo graves consecuencias y que, por tanto, en términos económicos es más productivo el delito que cumplir con la normativa. Sostengo que dicho erróneo proceder judicial no es consecuencia de una errónea legislación, salvo pequeños matices, sino de una aplicación defectuosa de la misma. Con este trabajo pretendo aportar soluciones a los más graves problemas dogmáticos y prácticos que el tipo plantea, de modo que a supuestos de hecho tan dolorosos como los de esta materia correspondan, por fin, penas que cumplan con su función de prevención general y especial respecto a los delincuentes contra los trabajadores.

ABSTRACT

The facts behind the hundreds of court judgments involving articles 316 and 317 of the Spanish Penal Code are bloodcurdling. Nevertheless, judges and courts persist in applying the law in a lax manner, allowing employers to believe that non-compliance with the regulations will remain essentially unsanctioned, and therefore from a purely economic point of view, there is no motivation to comply with the regulations. In my opinion, the courts' rulings have been erroneous; however, I contend that this is not the consequence of bad regulation, apart from some minor aspects, but rather a problem of misguided interpretation of legal provisions amenable to other interpretations. In this dissertation I intend to solve a series of dogmatic and practical problems raised by said courts' implementation of articles 316 and 317 of the Spanish Criminal Code. Were my proposals to find echo, facts as painful as the ones portrayed in this study would finally receive their deserved sanctions or sentences, which in turn would further (the much needed) general and special preventive measures in the field of workplace safety in Spain.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	17
I. INTRODUCCIÓN	19
II. BIEN JURÍDICO	21
II.1 Consideraciones generales sobre la noción de bien jurídico	21
II.2 Bienes jurídicos individuales y supraindividuales	26
II.3 El bien jurídico protegido en el art. 316 CP. Análisis de la doctrina española	27
<i>A) Doctrina partidaria del bien jurídico concreto o propio del tipo penal.....</i>	<i>29</i>
<i>B) Doctrina partidaria de un bien jurídico general o común a todos los tipos penales cuyos sujetos pasivos sean los trabajadores</i>	<i>32</i>
II.4 El bien jurídico en la jurisprudencia	34
II.5 Toma de postura. Bien jurídico protegido: derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal	36
<i>A) Acerca de la doble constitucionalización del bien jurídico en discusión en los arts. 15 y 40.2 de la CE</i>	<i>36</i>
<i>B) La interpretación sistemática como indicio</i>	<i>37</i>
a) Título II “Del aborto”	38
b) Título V “Delitos contra la manipulación genética”.....	39
c) Título XVII, Capítulo II, Sección 2ª “Los delitos de incendios forestales”.....	40
d) Art. 383 CP	40
e) Art. 578 CP	40
<i>C) Comparación con tipos próximos o similares del Código Penal. Rechazo a la incardinación de las obras de construcción y otros supuestos en el art. 350 CP</i>	<i>41</i>

D) <i>La interpretación histórica como indicio</i>	44
E) <i>La interpretación teleológica como clave para el bien jurídico propuesto</i>	45
II.6 Cuestiones prácticas que se ven necesariamente influidas por el bien jurídico elegido	47
A) <i>La posibilidad de que el desistimiento exonere o no de pena</i>	47
B) <i>La cuestión del concurso con el resto de delitos incluidos en el mismo Título</i>	50
a) Art. 311 CP	51
b) Art. 312.2 CP	52
C) <i>La necesidad de unidad o pluralidad de sujetos pasivos para que se produzca el delito</i>	53
III. CONDUCTA TÍPICA	55
III.1 Justificación de la opción expositiva	55
III.2 Elemento descriptivo. “No facilitar los medios”	57
A) <i>Delito de omisión</i>	57
a) La cuestión en la doctrina.....	57
b) La cuestión en la jurisprudencia.....	60
c) Toma de postura	61
B) <i>La expresión “medios necesarios”: ¿tiene que ser entendida como medios materiales o admite también otro tipo de medios? ¿Incluye todos los deberes extrapenales?</i>	62
a) La cuestión en la doctrina	62
b) La cuestión en la jurisprudencia.....	64
c) Toma de postura	66

III.3 Elemento normativo	68
A) “Con infracción de normas de prevención de riesgos laborales”	68
a) Posibilidad de inclusión de normativa distinta a la derivada de la Ley y de los reglamentos que desarrollan aspectos de la misma	69
b) La ley penal en blanco	76
c) Obligaciones impuestas por la legislación no penal	78
d) ¿Infracción grave de la normativa de prevención?	87
III.4 Elemento valorativo. “Pongan en grave peligro”	89
A) <i>La gravedad del peligro</i>	89
B) <i>Peligro abstracto o peligro concreto</i>	94
III.5 La conducta típica desde el punto de vista del riesgo permitido / la adecuación social.....	98
III.6 Conducta típica de imperfecta realización. Tentativa y Desistimiento	104
A) <i>La tentativa en los delitos de peligro</i>	104
B) <i>La tentativa en el delito del art. 316 CP. ¿Cabe en el tipo imprudente del art.317? Toma de postura</i>	105
a) Posicionamientos doctrinales.....	105
b) Toma de postura	107
C) <i>Desistimiento</i>	109
IV SUJETO ACTIVO	113
IV.1 Introducción	113
IV.2 El art. 316 CP, ¿Un delito especial? estudio de la posible limitación de la autoría a través de la cláusula “legalmente obligados”	114
A) <i>El carácter de delito especial y la supuesta limitación legal en la doctrina</i>	114
B) <i>El tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia</i>	117

C) <i>Toma de postura</i>	120
IV.3 La sistemática del art. 14 LPRL y concordantes y el estudio de los sujetos activos del delito contenido en el art. 316	122
IV.4 Empresario persona física	123
A) <i>Empresario directamente encargado de la prevención de riesgos laborales</i>	123
B) <i>Empresario que nombra uno o varios trabajadores para que se encarguen de la prevención de riesgos. Los trabajadores como autores del delito. Posible existencia de una laguna y estudio del modo de colmarla</i>	123
IV.5 Empresario persona jurídica	127
A) <i>Su responsabilidad penal en general y en el ordenamiento jurídico español en particular</i>	127
B) <i>Posibilidad de aplicación del art. 129 CP a las personas jurídicas en el ámbito del delito objeto de estudio</i>	130
C) <i>Estudio de la relación entre los arts. 31 y 318 CP</i>	133
a) Posicionamientos doctrinales.....	133
b) Posicionamientos jurisprudenciales.....	137
c) Los grupos de empresas. Su articulación en el art. 318 CP	140
d) Toma de postura	141
IV.6 La delegación	143
A) <i>La delegación en la doctrina</i>	143
B) <i>La delegación en la jurisprudencia</i>	148
C) <i>Conclusión</i>	149
IV.7 Técnicos de prevención interna y externa	150
IV.8 Servicios de prevención mancomunada	154
IV.9 Supuestos conexos	155
A) <i>Sindicatos, trabajadores no designados para las funciones de prevención de riesgos laborales y mandos intermedios. Otros supuestos</i>	155

<i>B) Inspectores de Trabajo y Seguridad Social</i>	156
IV.10 Fabricantes, suministradores e importadores	159
IV.11 El tratamiento del error: Estudio según los distintos posibles autores	163
V. IMPRUDENCIA Y DELITO IMPRUDENTE	169
V.1 El tipo imprudente de peligro. Art. 317 CP	169
<i>A) La relación entre el dolo eventual y la culpa consciente y la justificación de la existencia del art. 317 CP. Toma de postura</i>	169
V.2 Delito imprudente de resultado lesivo	173
<i>A) Imprudencia e imputación objetiva</i>	174
<i>B) Necesidad de valorar la gravedad ex ante facto. Desvalor de la acción y desvalor del resultado</i>	175
a) La cuestión en la doctrina	176
b) Desvalor de la acción y desvalor del resultado en la jurisprudencia	179
c) Toma de postura	180
V.3 Gravedad y levedad de la imprudencia en el tipo lesivo de resultado	181
<i>A) Supuestos en los que es admisible rebajar la imprudencia de resultado lesivo de grave a leve</i>	181
<i>B) Tratamiento del resultado lesivo en la jurisprudencia</i>	182
V.4 La imprudencia profesional y la inhabilitación profesional	185
V.5 Concurrencia de riesgos	187
<i>A) Cuestiones terminológica</i>	187
<i>B) La autopuesta en peligro en la doctrina: Supuestos</i>	189
a) Toma de postura	194
<i>C) Comprobación empírica del tratamiento de la autopuesta en peligro por la jurisprudencia</i>	196
<i>D) Conclusiones</i>	215

VI NON BIS IN IDEM.....	219
VI.1 El non bis in idem. Planteamiento general. Tratamiento del principio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE) y por el TC.....	219
VI.2 Aplicación del modelo general al caso concreto. Arts. 316 y 317 CP y arts. 12 y 13 de la LISOS. Tipología de los posibles conflictos	227
VI.3 La resolución de los conflictos: Jurisprudencia y doctrina	235
A) <i>La actuación de la Inspección de Trabajo</i>	235
B) <i>Casos prácticos para el aplicador del derecho</i>	242
a) La posición doctrinal ante los casos prácticos	245
b) La jurisprudencia y la resolución de los casos en la práctica.....	249
c) Conclusiones	262
VI.4 Conclusiones sobre el principio non bis in idem. Toma de postura	263
VI.5 Propuesta de lege ferenda	266
VII. APLICACIÓN DEL MODELO TEÓRICO A UN CASO CONCRETO: EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN	269
VII.1 Justificación y objetivo del Capítulo	269
VII.2 Definición de construcción	269
VII.3 Elemento descriptivo. Medios	270
A) <i>¿Contraviene el tenor literal posible considerar como “medios” el estudio de seguridad y salud o el estudio básico de seguridad y salud, así como el plan de seguridad y salud en el trabajo y el nombramiento del coordinador de seguridad y salud?</i>	272
B) <i>¿Es un medio el deber de información?</i>	278
C) <i>Los medios en concreto: Interpretación sistemática. El Anexo IV.....</i>	280
VII.4 El sujeto activo del delito en las obras en construcción.....	286
A) <i>Promotor</i>	290
B) <i>Proyectista</i>	293

<i>C) Constructor / contratista</i>	<i>294</i>
<i>D) Coordinador de seguridad y salud</i>	<i>301</i>
<i>E) Director facultativo, director de obra y de ejecución de obra. El arquitecto técnico y el arquitecto superior</i>	<i>307</i>
<i>F) Autónomos</i>	<i>310</i>
<i>G) Encargado de obra</i>	<i>311</i>
<i>H) Fabricantes y suministradores</i>	<i>312</i>
VIII. CONCLUSIONES	313
IX. JURISPRUDENCIA	319
X. BIBLIOGRAFÍA	325

ABREVIATURAS

AAP Auto de la Audiencia Provincial
ADPCP Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AL Actualidad Laboral
AP Actualidad Penal
art. Artículo
Cc Código Civil
CDC Cuadernos de Derecho Criminal
CDJ Cuadernos de Derecho Judicial
CE Constitución Española
CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEU Constitución Europea
CGSC Convenio General del Sector de la Construcción.
CP Código Penal
CPC Cuadernos de Política Criminal
DRAEL Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua
EMF Estudios del Ministerio Fiscal
FGE Fiscalía General del Estado
INSH Instituto Nacional de Seguridad e Higiene
LGS Ley General de Sanidad
LGSS Ley General de la Seguridad Social
LISOS Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOE Ley de Ordenación de la Edificación
LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial
LPRL Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LPSPV Ley de la Potestad Sancionadora del País Vasco
LRJAPPAC Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común
OGSHT Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo
REDA Revista Española de Derecho Administrativo
REDCO Revista Española de Derecho Constitucional
RGDP Revista General de Derecho Penal
RJCLM Revista Jurídica de Castilla La Mancha
RMF Revista del Ministerio Fiscal

RP Revista Penal
RPJ Revista del Poder Judicial
RSP Reglamento de los Servicios de Prevención
SAP Sentencia de la Audiencia Provincial
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCEE Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCEE Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRET Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores

I. INTRODUCCIÓN

Entre los meses de enero y mayo de 2009, en España un total de 241 personas perdieron la vida en su puesto de trabajo como consecuencia de los mal denominados accidentes laborales mortales y otras 2.147 sufrieron lesiones graves.² Ello sitúa a nuestro país, como señala *De Vicente Martínez*,³ a la cabeza de la UE en siniestralidad laboral.

Hasta que la Fiscalía General del Estado (FGE), constató que la intervención penal aparecía como infrutilizada, provocando problemas de impunidad,⁴ llamaba poderosamente la atención que, para tales cifras, sólo un 10 % de los mal llamados accidentes se incoaran como diligencias previas por delitos del art. 316 CP y un 20% por delitos del art. 317 CP.⁵ A día de hoy, se ha alcanzado lo que se podría denominar una normalización cuantitativa,⁶ pero no puede decirse que dicha normalización se haya alcanzado en términos de eficacia de la legislación penal con relación a los fines de prevención general de la pena.⁷

Dicha situación requiere por sí un intento de darle una explicación y una interpretación de los tipos penales que ayude a paliarla, si es que creemos que efectivamente el derecho penal puede afrontar esta tarea. Asimismo, ello nos llevará

² “Estadística de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales”. Subdirección General de Estadística, Ministerio de Trabajo e Inmigración. <http://www.mtas.es/estadisticas/EAT/Welcome.htm> (última visita, 25 de agosto de 2009)

³ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “Sujetos responsables de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito laboral y penal. En especial la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales” en *La Ley*, nº 12, 17 al 23 de Marzo de 2003, p. 1.

⁴ Instrucción 1/2001 de 9 de mayo del FGE, seguida por las Instrucciones 11/2005 de 10 de noviembre y 5/2007 de 18 de julio

⁵ En la Memoria de la FGE, Madrid 2003; se hace referencia a unas cifras anuales de 1.310 diligencias previas por delito doloso y de 2.489 por delito imprudente para unas cifras estadísticas de muertos y heridos graves en su puesto de trabajo de 12.825. De acuerdo con el relevante papel de la FGE en la activación del derecho penal en estos delitos MARTÍN LORENZO, María y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “Guía InDret de la jurisprudencia sobre responsabilidad penal por riesgos laborales. Un análisis empírico y dogmático” en www.indret.com, Barcelona, mayo de 2009 (última visita 17 de agosto de 2009), pp. 6 y 7 y notas a pie de p. 5 y 6.

⁶ De acuerdo con las Memorias de la FGE se formularon 152 acusaciones en 2003, 143 en 2004, 204 en 2005, 487 en 2006 y 650 en 2007.

⁷ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO *supra* pp. 7 y 8.

a plantearnos si el derecho penal es el instrumento adecuado para luchar contra tan elevado índice de siniestralidad laboral. Cabe adelantar aquí que a esta cuestión se le da en el presente trabajo una respuesta afirmativa.

De un lado, el presente trabajo pretende dar explicaciones y respuestas a los problemas dogmáticos y prácticos detectados y que impiden a los tipos de los arts. 316 y 317 CP y a la regla de autoría del art. 318 CP cumplir eficazmente con su función.

De otro lado, en el trabajo se proponen una serie de reglas de *lege ferenda* que se entiende que permitirían introducir las reformas legislativas que lograrían una mejora en la aplicación del tipo.

En todas las propuestas del presente trabajo combino los puntos de vista dogmático y profesional que confluyen en mi persona. Trato de aproximarme al máximo a dichos problemas de aplicación práctica con las enseñanzas recibidas en la Universidad, pretendiendo ofrecer a Jueces y Fiscales una serie de instrumentos que permitan asegurar la aplicación del tipo si concurren el resto de los requisitos necesarios para ello.

Desde estas líneas, previo análisis de las cuestiones más relevantes de los arts. 316, 317 y 318 CP, trataremos de demostrar cómo la inaplicación, la aplicación escasa o insuficiente o la aplicación deficiente de los artículos citados no responde a una defectuosa legislación, sino a defectos a la hora de aplicar el mismo. Estos defectos se producen al no desarrollar los operadores jurídicos una teoría de la imputación para este delito que, siendo totalmente respetuosa con las garantías del Estado de Derecho, evite la impunidad de los autores como forma de hacer real y efectiva la libertad y la igualdad de los individuos ordenada por la CE de 1978 en su art. 9.2.

II. BIEN JURÍDICO

El bien jurídico protegido por el precepto que estudio en este trabajo, que más adelante definiré como el derecho de los trabajadores a realizar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal, es uno de los bienes jurídicos cuya protección puede ser objeto de crítica doctrinal, al presentar algunos de los rasgos de los bienes jurídicos que trae consigo la denominada “sociedad del riesgo”. A lo largo de este epígrafe, sin embargo, trataré de demostrar que su protección aparece plenamente justificada.⁸

II.1 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO

Son muchos los autores que constatan que el bien jurídico es una institución dogmática que ha perdido fuelle en los últimos tiempos.⁹ No resulta ajena a este fenómeno la comprobación puesta de manifiesto por las tendencias críticas con el concepto, de que, una vez tipificada una conducta por el legislador, no resulta difícil encontrar un bien jurídico protegido por el mismo. Entiendo, sin embargo, que la noción de bien jurídico sigue siendo un elemento esencial en el trabajo jurídico-penal. Para exponer mi opinión haré referencia al estado de la cuestión en la doctrina alemana actual, evidenciada en las numerosas contribuciones recogidas en el libro “La teoría del bien jurídico”.

Tradicionalmente, y entiendo que hay argumentos jurídicos para seguir creyendo en la vigencia de esta idea, se afirmaba que hay muchas razones para pensar que el

⁸ Ampliamente al respecto, MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. “Los delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción” en POZUELO PÉREZ (coord.). *Derecho Penal de la Construcción*, Granada, 2006 pp. 320 a 328.

⁹ En opinión de *Roxin*, la premisa según la cual el fin de toda amenaza penal debe ser la prevención de lesiones de bienes jurídicos ha ido siendo objeto de cada vez más numerosas críticas. V. ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?” en HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*, Madrid- Barcelona, 2007, p. 445.

legislador, aunque goce de legitimidad democrática, no puede incriminar algo sólo porque no le guste.¹⁰

La idea de protección de bienes jurídicos como instrumento de limitación de la intervención jurídico-penal ha encontrado y sigue encontrando comprometidos defensores entre los más importantes autores de la doctrina alemana, entre ellos *Hassemer* y *Schünemann*. *Hassemer*, defensor desde hace más de treinta años del por él llamado concepto “crítico” de bien jurídico,¹¹ afirma que “la prohibición bajo amenaza de pena de una conducta que no pueda vincularse con un bien jurídico constituiría terror estatal [...] la limitación de la esfera de libertad no tendría ningún elemento legitimador del que pudiera extraerse su sentido”.¹² *Schünemann*,¹³ por su parte, vincula la renuncia al potencial crítico del principio de protección de bienes jurídicos con la regresión del derecho penal “a un nivel pre-ilustrado” y concluye que “hay que mantener la centralidad del concepto de bien jurídico para la dogmática jurídico-penal”.

En cambio, también existen importantes autores de la doctrina alemana, que sostienen opiniones contrarias. Así, *Hirsch*¹⁴ entiende que el concepto de bien jurídico como entidad preexistente a la labor del legislador “no existe”, de modo que, afirma, “el concepto de bien jurídico no ofrece un enfoque apto para la limitación inmanente del Derecho penal”.

¹⁰ En este sentido, ROXIN. *¿Es la protección de bienes jurídicos?*, p. 443.

¹¹ Tal y como recoge ROXIN *supra*, p. 446 y notas a pie de p. 1 y 9, el concepto fue introducido por HASSEMER en su escrito de habilitación, “Theorie und sociologie des Verbrechens-Ansatz zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre”, de 1973.

¹² HASSEMER, Winfried *supra*, nota a pie de p. 1 y p. 443.

¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, en HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*, p. 226.

¹⁴ HIRSCH, Hans-Joachim citado por ROXIN. *¿Es la protección de bienes jurídicos?*, p. 445.

Stratenwerth,¹⁵ por su parte, remite a las múltiples y diversas definiciones de bien jurídico existentes en la literatura y de ahí concluye que “conseguir una completa definición material del bien jurídico” se parece a lograr “la cuadratura del círculo”; o sea: es imposible. Yendo más allá, defiende la opinión de que la razón por la que se crea un tipo no es la protección de bienes jurídicos, sino lo indeseable de la conducta. Debería “reconocerse que lo decisivo a la hora de querer mantener una norma o, en sentido contrario, de no querer en absoluto que se dé una conducta, es la posición de la sociedad reconocida por el parlamento.”¹⁶

Finalmente, *Jakobs*¹⁷ entiende desde un principio que la finalidad del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino la confirmación de la vigencia de la norma. El hecho delictivo sería una desautorización de la norma por parte del autor, y la pena significaría “que la pretensión del autor no es válida y la norma continúa en vigor y sin cambios.”¹⁸ Desde este punto de vista, resulta superfluo tratar con mayor profundidad el concepto de bien jurídico.

Roxin se muestra de acuerdo con *Stratenwerth* en que hay tantas y tan distintas opiniones acerca de qué sea un bien jurídico que sólo se puede discutir con sentido sobre este tema si previamente se aclara qué es lo que uno mismo entiende por bien jurídico y de dónde infiere la limitación del derecho penal a la protección de bienes jurídicos.¹⁹ Así, para *Roxin*, en un Estado democrático de Derecho, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos.²⁰ Ello le lleva a definir los bienes jurídicos como realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos

¹⁵ STRATENWERTH, Günther. “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, en HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*, pp. 365 a 372. Una muy interesante clasificación de las citadas definiciones y conceptos sobre bien jurídico en POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, *Cuadernos de Derecho Criminal (CDC)*, febrero de 2008, pp. 17 a 39.

¹⁶ STRATENWERTH citado por ROXIN. *¿Es la protección de bienes jurídicos?*, p.456 nota a pie de p.46.

¹⁷ Citado por ROXIN *supra*, pp. 456 y 457.

¹⁸ Citado por ROXIN *supra*, p.457, nota a pie de p.57. En contra POLAINO NAVARRETE *supra*, p.33 cuando señala que la confirmación de la vigencia de la norma, más que una función propiamente dicha, es una consecuencia directa y principal de la protección de los bienes y valores jurídicos establecidos en la norma.

¹⁹ ROXIN *supra*, p. 446.

²⁰ ROXIN *supra*, p.447.

humanos y fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin.²¹

Por su parte, *Ladogny* señala que el mérito de la discusión jurídico-penal en torno al bien jurídico consiste en que ha procurado una idea rectora con la cual, al menos en teoría, a través del Tribunal Constitucional puede imponerse al legislador la obligación de argumentar.²²

En cuanto a las críticas expuestas, sin dejar de reconocer valor a las mismas, sobre todo a la novedosa concepción jakobsiana que supone un revulsivo completo para el derecho penal, en lo que a mí respecta, sigo siendo partidario del concepto de bien jurídico.

De una parte, entiendo que *Hirsch* sitúa el debate en la cuestión de la inmanencia o del momento previo a la norma, como si se tratara de un debate sobre el iusnaturalismo o el positivismo, sin que sea eso lo que se está discutiendo. Por su parte, aceptar la posición de *Stratenwerth* sería peligroso y podría justificar cualquier clase de normativa penal o extrapenal al amparo de cualquier clase de mayoría parlamentaria, que de acuerdo con su planteamiento, siempre representaría a la sociedad.

Por lo que a mí respecta, no soy partidario de estas modernas tendencias, sino de la concepción de derecho penal puesta de manifiesto por *Mir Puig*.²³ Es decir, un derecho penal protector de bienes jurídicos, entendiendo los mismos como valores nacidos del consenso.²⁴ Creo que el citado autor, entiende además tal elemento no a la manera de *Stratenwerth*, como mayoría parlamentaria, sino como una especie de casi unanimidad que deje sólo fuera del consenso opiniones marginales, siendo o constituyendo los bienes jurídicos un límite al propio legislador.²⁵ Esto tampoco

²¹ ROXIN *supra*, p.449.

²² LADOGNY, Otto. "El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional" en HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*, pp.129 a 137.

²³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 8ª Ed., Barcelona, 2008, pp. 91 a 94.

²⁴ Aunque entiendo que los citados valores deberían siempre respetar como límite mínimo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, es decir, no entiendo que resulte válido un consenso, por amplio que sea, que no respete dichos derechos humanos.

²⁵ Por su parte, *Stratenwerth* señala cómo es indiscutible que uno de los criterios que legitima la protección penal de la norma, cuando no llega incluso a exigirla, es la pertenencia al consenso jurídico-constitucional básico sobre el que se asienta nuestra colectividad. Precisamente éste es también el valor de la decisión de

debe llevarnos de nuevo a pensar en límites fuera de los márgenes constitucionales o de derecho positivo, pues como indica el propio *Mir Puig*, los códigos penales no protegen intereses ahistóricos ni valores eternos desvinculados de la estructura social de un lugar y de un tiempo concretos.²⁶ Sin embargo, se quiera o no, ello sitúa la cuestión fuera del alcance estricto del legislador que se ve compelido, siquiera sea en el momento actual por los tan necesarios intereses electorales, a proteger los intereses jurídico-penales nacidos de los valores que la sociedad de un tiempo y un lugar concreto ha adoptado como propios sin necesidad de que el legislador impusiera a la sociedad dichos valores previamente.

Si se prefiere, en palabras del autor al que vengo siguiendo, el derecho penal no tutela valores en sí mismos, sino realidades concretas, por el valor funcional de las mismas para los individuos y para la sociedad. La indemnidad de los bienes jurídicos así concebidos, constituye una necesidad social y condiciona las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales. Sólo así, podrá cumplir el bien jurídico la función política liberal que se considera esencial en él.²⁷

Sentado por tanto, que sigo siendo partidario del concepto de bien jurídico, entraré brevemente a tratar de definir qué requisitos deben reunir los intereses o conceptos para que se los pueda considerar como bien jurídico. Para ello seguiré a *Hortal Ibarra*,²⁸ debido a que se ha ocupado monográficamente de la materia objeto de mi estudio en el presente trabajo.

Así, dicho autor pone de manifiesto cómo la doctrina mayoritaria entiende que son tres los requisitos que han de concurrir para que un interés en general sea merecedor de la tutela penal (se convierta en bien jurídico penal): a) Dañosidad social de la conducta. b) Existencia de un referente individual c) Consagración directa o indirecta del interés a proteger en el texto constitucional. Por tanto y para dejar

garantizar la libertad individual. Y también es cierto que en un Estado democrático el legislador no tiene otra elección que reconocer las representaciones valorativas compartidas de manera prácticamente unánime, aun cuando éstas no puedan fundamentarse recurriendo a la libertad de la persona. V. STRATENWERTH, *La criminalización, passim*

²⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 135

²⁷ MIR PUIG *supra*, pp. 136 y 137

²⁸ HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *Protección Penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, 2005, pp. 60 y 61. El citado autor sigue a su vez a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 268.

definitivamente sentado mi punto de vista sobre el bien jurídico en general, sin caer en parafrasear a *Roxin* y a *Mir Puig*, trataré de elaborar una definición personal. Se trataría de valores, fines, derechos, intereses o conceptos, nacidos del consenso y que deben ser amparados por el derecho penal para proteger así los derechos humanos del ciudadano o el sistema jurídico-político en el que dichos derechos se plasman.

II.2 BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y SUPRAINDIVIDUALES

Como ya se anunciaba en la introducción y en el primer párrafo de este segundo capítulo, el bien jurídico de este delito tiene que hacer frente a las dificultades que plantean los nuevos tipos penales con relación a la expansión del derecho penal y a los problemas relacionados con los delitos de peligro abstracto.

Siguiendo de nuevo a *Hortal Ibarra*, cabría clasificar los delitos en delitos que protegen bienes jurídico-penales supraindividuales, bien en conexión con bienes jurídicos individuales o bien sin conexión con dichos bienes jurídicos –delitos de peligro concreto y abstracto, respectivamente– y delitos que protegen bienes jurídicos individuales.²⁹

El citado autor clasifica los bienes jurídicos en individuales (y denomina individualistas a los autores que sostienen un bien jurídico individual como la vida, la salud e integridad física) y supraindividuales, incluyendo en este segundo grupo a aquéllos que optan por la seguridad en el trabajo como bien jurídico en el delito objeto de estudio.³⁰

Por su parte, y por incidir en la cuestión de los bienes jurídicos de los delitos de peligro abstracto, en la doctrina alemana vemos como *Ladogny* señala que, respecto de las prohibiciones de puesta en peligro abstracto, el principio puede formularse de esta manera: cuanto menos plausible resulte la puesta en peligro abstracto-general de los “intereses de la comunidad” como bien jurídico en el sentido dispuesto por la

²⁹ V. HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 43 a 53.

³⁰ HORTAL IBARRA *supra*, pp. 53 y 54. Como puede verse, su teoría deja al margen el sector doctrinal que, como se verá más adelante, habla de un interés estatal como bien jurídico protegido.

dogmática de los derechos fundamentales, tanto mayor debe ser el peso de los intereses que han de ser protegidos. Sólo entonces puede concederse a los “intereses de la comunidad” la primacía sobre los intereses protegidos por derechos fundamentales que operan en sentido opuesto. A partir de lo anterior se puede afirmar que, a la hora de legitimar la prohibición de la puesta en peligro abstracto, cuanto más valioso sea el “interés de la comunidad” (bien jurídico) a proteger, tanto antes podrá recurrirse a la prohibición de la puesta en peligro abstracto en lugar de a la puesta en peligro concreto.³¹ Es decir, siguiendo al citado autor, con cuya opinión coincido plenamente, en un delito como el presente, en el que, como defenderé, se trata de un bien jurídico doblemente constitucionalizado (arts. 15 y 40 CE 1978), dicho interés de la comunidad (valor nacido del consenso) sería doblemente valioso y justificaría plenamente el adelantamiento de la sanción penal.

En resumen, partiendo de las citadas concepciones de *Hortal Ibarra* y de *Ladogny*, creo que la teoría del bien jurídico ha servido una vez más como límite y acicate al mismo tiempo para el legislador. De esta manera se ha ido consolidando como valor socialmente aceptado de modo mayoritario y por tanto, nacido del consenso, el derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal. En cualquier caso, no creo que sea tampoco algo trascendente el que se piense que no ha sido así y que simplemente se ha legislado unas normas penales dentro del sistema constitucional, dado que había una necesidad social que cubrir con las mismas.

II.3 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 316 CP. ANÁLISIS DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA

No parece en principio que esté de más no dar por sentado que necesariamente se cumplen los requisitos para considerar que en el delito objeto de estudio existe un interés susceptible de ser protegido jurídicamente, susceptible de convertirse en bien jurídico. Es por ello que conviene aquí recordar lo arriba expuesto sobre qué

³¹ LADOGNY. *El Derecho penal sustantivo*, pp. 135 y 136.

requisitos han de cumplir los bienes jurídicos y convenir con *Hortal Ibarra* en que dichos tres requisitos concurren en la seguridad en el trabajo.³²

Así, respecto a la dañosidad social de la conducta, la seguridad en el trabajo tiene incidencia sobre la vida y la integridad física, por lo que, sin necesidad de más argumentación, puede afirmarse que concurre dicho requisito en las conductas contra la seguridad en el trabajo.

En cuanto a la existencia de un referente individual, *Hortal Ibarra* pone de manifiesto como dicho referente es la libre participación de la persona en el medio social.³³

Por último, sobre la consagración directa o indirecta del interés a proteger en el texto constitucional, sostengo que dicho interés está doblemente constitucionalizado en los arts. 15 y 40.2 de la CE. En palabras de *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,³⁴ la seguridad laboral es en sí objeto de protección reforzada en nuestro ordenamiento jurídico al haber incluido el legislador constituyente en el art. 40.2 la obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo.

Visto pues, que existe un bien jurídico a proteger, habría que analizar ahora cuál sea dicho bien de conformidad con las distintas posiciones doctrinales.

Siguiendo a *Valle Muñiz y Villacampa Estiarte*,³⁵ a la hora de hablar sobre el bien jurídico protegido en estos delitos en la doctrina española se podría establecer dos grandes grupos:

1 - Los que creen que hay un bien jurídico concreto o propio del tipo penal recogido en el art. 316 CP.

³² V. epígrafe II.1

³³ HORTAL IBARRA. *Protección Penal de la seguridad*, p. 50.

³⁴ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 322.

³⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina y VALLE MUÑIZ, José. "Art. 316" en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 2008, pp. 803 a 843. De acuerdo, MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 331 que señalan la distinción como: bien jurídico único del título concretado en cada figura típica vs. distintos bienes jurídicos en el Título con denominador común entre ellos.

2 - Los que hablan de un bien jurídico general o común a los otros delitos cuyos sujetos pasivos serían los trabajadores por su condición de tales.

A) Doctrina partidaria del bien jurídico concreto o propio del tipo penal

En el primer grupo habría que incluir a *Terradillos Basoco*,³⁶ *Aguado López*,³⁷ *Carbonell Mateu y González Cussac*,³⁸ *Lascurain Sánchez*,³⁹ *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*⁴⁰ y *Ramírez Barbosa*,⁴¹ quienes se inclinarían por afirmar que la vida y la salud son el bien jurídico protegido por el delito, para después a continuación establecer cada uno matices que los diferencian.

Así, *Carbonell Mateu y González Cussac* señalan que dichas vida y salud tienen necesariamente que estar vinculadas a los trabajadores.⁴²

Aguado López por su parte, señala que no nos hallamos ante un bien jurídico colectivo sino individual, porque realmente no es un nuevo bien jurídico, sino una nueva forma de agresión (puesta en peligro) para el bien jurídico vida, salud e integridad física. Añade dicha autora, asimismo, cómo se identifica la seguridad en el trabajo con el derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo de forma segura, es decir, sin riesgos para su vida o salud. Sin embargo, para la citada autora la seguridad sería el medio de protección del bien jurídico que hay detrás de la misma, y por eso se produce una confusión al creer que este medio es el propio bien jurídico. El bien jurídico, por tanto, para *Aguado López* no es otro que la vida, salud e integridad física, como en los delitos de lesiones y homicidio.⁴³

Coincidentes en cuanto al bien jurídico alcanzado, si bien en absoluto en cuanto al razonamiento para obtenerlo, se muestran *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, que señalan que el bien jurídico protegido en los arts. 316 y 317 CP es la

³⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia, 2002, p. 52.

³⁷ AGUADO LÓPEZ, Sara. *El delito contra la seguridad*, Valencia, 2002, pp. 33 a 74.

³⁸ CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “art.316 CP” en VIVES ANTÓN, Tomás (ed.). *Comentarios al CP de 1995*, vol. II, Valencia, 2008, pp. 564 a 568.

³⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La Protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pp. 47 y 48.

⁴⁰ MARTÍN LORENZO, María y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 338 y 339.

⁴¹ RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo: Análisis dogmático de los arts.316 y 317 CP*, Madrid, 2007, pp. 71 y 76.

⁴² CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *Comentarios al CP de 1995*, p. 568.

⁴³ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 80 a 82.

vida y la salud como bienes jurídicos individuales. La esencia de los tipos radicaría según estos autores en tipificar nuevas formas de agresión a bienes jurídicos tradicionales que refuercen su tutela ante la insuficiencia de las estructuras típicas habituales.⁴⁴

Lascurain Sánchez por su parte, llega a dicha conclusión tras afirmar que el bien jurídico penal es el objeto inmediato de protección de la norma penal.⁴⁵

Subyace a la afirmación de *Lascurain Sánchez* la distinción que puede sostenerse entre bien jurídico en sentido político-criminal (como objeto que puede reclamar la protección del derecho penal) y bien jurídico en sentido dogmático (los objetos que de hecho protege el derecho penal vigente).⁴⁶ Adelantándome a la postura que defenderé en el presente trabajo, no creo siquiera que la vida, salud e integridad física de los trabajadores sean un bien jurídico adecuado en sentido dogmático. Ello es así por las consideraciones que he expuesto sobre el bien jurídico en general, de tal manera que para el caso que nos ocupa cabría perfectamente establecer un derecho constitucionalizado, subjetivo o no.⁴⁷ Dicho derecho contendría el mínimo esencial en cuanto a los derechos de los trabajadores como sujetos de la relación laboral que se iría concretando en cada tipo, pues resulta por otro lado evidente que dicho derecho puede ser atacado desde múltiples puntos de vista.

Por su parte, *Ramírez Barbosa* señala que el objeto de tutela que consagra el art. 316 CP protege los derechos de la salud, vida e integridad de los trabajadores en sentido colectivo. La puesta en peligro del bien jurídico protegido en el 316 CP repercute sobre una colectividad de posiciones individuales. No obstante, para la consumación del delito basta con la puesta en peligro de un trabajador, siendo, por tanto, este tipo de interés de naturaleza universal. En consecuencia, para la citada autora, el bien

⁴⁴ MARTÍN LORENZO, María y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 338 y 339. Creo que, si así fuera, lo que habría que hacer sería reformar el tipo que no protege suficientemente, no mantenerlo y crear uno nuevo.

⁴⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, p. 47.

⁴⁶ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, p. 91.

⁴⁷ Los derechos fundamentales (art.15 CE) vinculan a los poderes públicos son ejercitables ante los tribunales y tienen eficacia inmediata sin necesidad de previo desarrollo legislativo, por lo que sobre la base de lo resuelto por el Tribunal Constitucional desde la STC 11/1981 de 8 de abril (ponente Díez Picazo) y de acuerdo con algún sector de la doctrina, pueden denominarse derechos públicos subjetivos. Ello aunque no pueda ignorarse la dificultad que entraña el hecho de venir regulado el derecho a realizar el trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal en los principios rectores de la política social y económica.

jurídico tutelado en el art. 316 CP es de carácter colectivo, ya que protege intereses supraindividuales de los trabajadores (vida, salud e integridad física), y no particulares, como hacen los tipos de lesiones y homicidio cuando protegen esos mismos intereses.⁴⁸

Todavía dentro de este primer grupo se situarían los autores que defienden un bien jurídico único del delito objeto de estudio, si bien optan por un bien jurídico colectivo. Así, *Muñoz Conde* al hablar de la seguridad e higiene en el trabajo como bien jurídico autónomo,⁴⁹ o *Arroyo Zapatero*,⁵⁰ al hablar de la seguridad en el trabajo como bien jurídico concreto o autónomo. No obstante, en este importante autor (pionero en la cuestión con su manual sobre estos delitos) la cuestión resulta ambigua, pues por un lado señala: “No debe desconocerse [...] que la tutela penal de los derechos de los trabajadores sirve también a la protección de la otra parte de la relación laboral, pues los empleadores infractores de la normativa laboral concurren deslealmente [...] al operar con costos inferiores de producción [...]”⁵¹ y por otro afirma la necesidad de interpretar la seguridad en el trabajo como ausencia de riesgos para la vida y salud del trabajador derivadas de las condiciones materiales de prestación del trabajo.

Entiendo, como adelantaba, que, dichas opiniones sitúan la cuestión en un ámbito distinto del de la mera protección de la vida y la salud. No sería en dicho autor un mero adelantamiento de las barreras de protección (como sucede por otra parte con carácter general en los delitos de peligro), sino un nuevo bien jurídico colectivo que sería propiedad tanto de la sociedad como de los trabajadores.⁵²

⁴⁸ Esta es, entiendo, la más artificiosa de las posturas que defienden la vida y la salud como bienes jurídicos. La citada autora no ofrece explicación alguna de por qué deban considerarse colectivos y no individuales, y el hecho de que afirme que basta la puesta en peligro de un solo trabajador no hace sino demostrar lo artificioso de la distinción.

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Especial*, 16ª ed., Valencia, 2007. p. 339. Una vez en vigor el CP de 1995 y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), los términos seguridad e higiene en el trabajo, al modo de la vieja ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo (OGSHT) de 9 de marzo de 1971, me parecen obsoletos para hacer referencia a estos delitos.

⁵⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de derecho penal del trabajo*, Madrid, 1998, p. 61.

⁵¹ ARROYO ZAPATERO *supra*, p. 6.

⁵² Mención aparte merece SOTO NIETO, Francisco que afirma que el bien jurídico protegido sería la seguridad en el trabajo ligada a la vida, seguridad e higiene de los trabajadores. “Nuevas aportaciones jurisprudenciales sobre los delitos contra la seguridad en el trabajo”, *La Ley Diario* (nº 5664), 27 de noviembre de 2002, p. 1826, apoyando su afirmación en la STS, Sala 2ª, de 22 de diciembre de 2001 (ponente Moner Muñoz). Olvida el citado autor, significativamente, la salud.

Todavía dentro de este primer grupo, pero en una postura intermedia entre individualistas y colectivistas, se situaría *Hortal Ibarra*.⁵³ Así, para el citado autor no puede negarse que en última instancia en el delito objeto de estudio se está protegiendo la vida, integridad física y salud de los trabajadores. Pero, al ser éstos el objeto jurídico clásico de protección en el homicidio y las lesiones, eso debe llevar a pensar en un bien jurídico supraindividual como la seguridad en el trabajo.

No obstante, *Hortal Ibarra* insiste, como se ha puesto de manifiesto *supra*, en que un bien jurídico, para alcanzar categoría de bien jurídico-penal, debe tener un referente individual o, en palabras del autor citado, debe garantizar la autorrealización del individuo en la sociedad. Por ello, *Hortal Ibarra* acaba defendiendo un bien jurídico-penal supraindividual como es la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles de riesgo permitido, como un medio para garantizar el desarrollo de la personalidad del trabajador en la actividad laboral.

B) Doctrina partidaria de un bien jurídico general o común a todos los tipos penales cuyos sujetos pasivos sean los trabajadores

En este segundo grupo de autores se podría establecer dos subgrupos:

a) Los que, como *Altés Martí*,⁵⁴ hablan de un bien jurídico general cual sería el de los derechos de los trabajadores en general, dentro del cual se concretaría en la vida, salud e integridad física de los trabajadores.

También los que, como *Navarro Cardoso y Losada Quintás*⁵⁵ hablan de derechos de los trabajadores, pero en este caso, y tras un interesante estudio, consideran que serían derechos mínimos nacidos de la relación laboral. Así, señalan que dicho bien jurídico se concretaría en la salud, vida e integridad física de los trabajadores, igual

⁵³ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 58 y 59.

⁵⁴ ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel. “Concepto, antecedentes, fundamento y naturaleza jurídica del Art. 316 CP”, *Estudios del Ministerio Fiscal (EMF)*, Madrid, 2001, p. 277.

⁵⁵ NAVARRO CARDOSO, Fernando y LOSADA QUINTÁS, José. “La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, en *Actualidad Penal (AP)*, nº 15, 2001, pp. 1 a 24. Muy interesante también ORTUBAY FUENTES, Miren. *Tutela Penal de las condiciones de trabajo: un estudio del artículo 311 del código penal*. Bilbao, 2000, pp. 148,149 y 155 cuando señala que en el art. 311 CP el bien jurídico protegido sería la prestación del trabajo asalariado en condiciones dignas.

que en los arts. 311 a 313 CP se concretaría en las condiciones mínimas e irrenunciables de la contratación laboral, en el art. 314 CP en el derecho a la igualdad y no discriminación en el trabajo y en el art. 315 CP en los derechos a la libertad sindical y a la huelga.

b) En el segundo subgrupo, que vendría caracterizado porque según estos autores el derecho o el interés no sería de los trabajadores, sino del Estado, incluiríamos a *Navajas Ramos*, que afirma que el bien jurídico protegido en este capítulo es el interés del Estado en que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores.⁵⁶

En mi opinión, es evidente que los delitos comprendidos en los arts. 311 al 317 CP poseen un bien jurídico general o común a todos ellos y que viene necesariamente determinado por el hecho de que los sujetos pasivos de dichos tipos delictivos sean trabajadores.⁵⁷

No ignoro que tras afirmaciones como la realizada se levanta necesariamente la polémica sobre la autonomía o la legitimidad de los bienes jurídicos supraindividuales, a la que antes me he referido. Al respecto, como ha quedado de manifiesto, me adscribo al sector doctrinal que afirma su legitimidad y el acierto del legislador al poner el derecho penal al servicio de bienes jurídicos que, como indicaba en el apartado correspondiente con los pertinentes datos estadísticos, la realidad viene demostrando que son especialmente vulnerables, así como que es

⁵⁶ NAVAJAS RAMOS, Luis. “El sujeto activo en el delito de riesgos laborales. Su determinación en los arts. 316,317 y 318 CP de 1995”, *EMF*, Madrid, 2001, pp. 286 y 287.

⁵⁷ Ya no está tan claro, en cambio, que como dice la SAP de Lleida de 13 de noviembre de 2002 (ponente Segura Sancho), deba coincidir dicho concepto con el del art. 1 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET). Creo que puede optarse por crear doctrinal y jurisprudencialmente un concepto propio de trabajador. Ello se ha hecho por la jurisprudencia respecto al sujeto pasivo de los tipos recogidos en los arts. 311 y 312 CP, siendo verdaderamente interesante al respecto la STS, Sala 2ª, de 22 de noviembre de 2004 –ponente Monterde Ferrer– sobre la consideración de trabajadoras de las camareras de bares de alterne o la STS, Sala 2ª, de 30 de junio de 2000 –ponente Giménez García– respecto a un contrato de esclavitud. También se hizo en su momento con el concepto de funcionarios público (consagrado finalmente por el legislador en el art. 24 CP), o con el de administrador de hecho en los delitos societarios, en los cuáles el concepto penal creado jurisprudencialmente no coincide con el tradicionalmente manejado en el Derecho Mercantil.

insuficiente la protección proporcionada a los mismos por otros ámbitos del derecho.⁵⁸

II.4 EL BIEN JURÍDICO EN LA JURISPRUDENCIA

A la hora de hablar de la jurisprudencia sobre el bien jurídico, lo primero que hay que poner de manifiesto es que, si bien se ha ido corrigiendo en cierta medida con el tiempo, se sigue observando la falta de fijación de una adecuada o al menos una única doctrina jurisprudencial.

Así, la STS, Sala 2ª, de 26 de julio de 2000 (ponente Saavedra Ruiz), señala que el bien jurídico protegido sería un derecho constitucionalizado de los trabajadores que habría que enfocar desde el punto de vista del derecho subjetivo a la protección individual de éstos, frente a las tesis que sostienen un interés del Estado en la protección del orden socioeconómico.

La STS, Sala 2ª, de 22 de diciembre de 2001 (ponente Moner Muñoz) señala que en el delito estudiado se trataría de proteger el colectivo humano en el que los trabajadores se integran.⁵⁹ El sistema de protección tiene una dimensión pública y alcanzaría por tanto un nivel que excedería del interés particular que pudieran tener los trabajadores para evitar el temido daño que se les pudiera acarrear.

En una línea similar a la defendida por esta sentencia, cabría enmarcar lo que al respecto señala la SAP de Tarragona de 13 de abril de 2004 (ponente Perarnau Moya) al proclamar que el bien jurídico está constituido por la seguridad en el

⁵⁸ Con carácter general, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*, Valencia, 1999; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Algunas reflexiones sobre el *big crunch* en la selección de bienes jurídicos especiales”, en DíEZ RIPOLLÉS, José Luis (ed.) *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje a Cerezo Mir*, Madrid, 2002 y GRACIA MARTÍN, Luis. “¿Qué es modernización del Derecho Penal?”, en la misma obra que la anterior obra citada.

⁵⁹ Formulación evidentemente demasiado amplia, amén de poco novedosa, pues carece de sentido la protección de los trabajadores si se les despoja de su condición de tales, ¿acaso también merecerían protección penal en otros terrenos como la vivienda o la alimentación?

trabajo vinculada a la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores.⁶⁰ La seguridad en el trabajo se constituye en un bien jurídico autónomo relacionado con el deber empresarial de velar por esa seguridad, lo que comporta que, al no ser disponible el correlativo derecho de los trabajadores a unas condiciones de trabajo seguras, resulte irrelevante el consentimiento del trabajador o la aceptación tácita o explícita del riesgo.⁶¹ Seguridad en el trabajo significa ausencia de riesgo para la vida, integridad física o salud de los trabajadores en el desarrollo de su actividad, de modo que pueda tenerse confianza en que no se producirán los perjuicios derivados de tal falta de seguridad.

Por su parte, las SSAP de Valladolid de 30 de enero de 2004 (ponente Ruiz Romero) y de Orense de 14 de junio de 2004 (ponente Alañón Olmedo) con cita la primera de ellas de la STS, Sala 2ª, de 29 de julio de 2002 (ponente Giménez García), señalan con idéntica formulación que: “el tipo penal que se comenta está incluido en el Título XV ‘De los delitos contra los derechos de los trabajadores’, de nueva creación en el vigente CP que supone el reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal, como sujeto de derechos, incluyendo en dicho título –arts. 311 a 318 CP– el catálogo de acciones que atentan contra los trabajadores en desarrollo del principio rector de política social y económica de velar por la seguridad e higiene en el trabajo –artículo 40.2 CE– principio que, de acuerdo con el mandato del artículo 53-3º debe inspirar la legislación positiva. En definitiva dicho título constituye el catálogo de acciones que debe integrar lo que en sede doctrinal recibe el nombre de Derecho Penal del Trabajo.”⁶²

Finalmente, la SAP de la Rioja de 21 de junio de 2006 (ponente Santiesteban Ruiz), sin ninguna fundamentación⁶³ señala que, el bien jurídico protegido es la seguridad en el trabajo vinculada a la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores.

⁶⁰ Idéntica formulación con posterioridad las SSAP de Vizcaya de 23 de enero de 2007 (ponente Real de Asúa), de Madrid, Sección 4ª, de 31 de enero de 2007 (ponente Cubero Flores) y Tarragona, Sección 2ª, de 15 de junio de 2007 (ponente Uceda Sales).

⁶¹ Esto nos sitúa en la delicada cuestión de la autopuesta en peligro, sobre la que volveré más adelante.

⁶² Nótese la clara alusión al concepto iniciado por *Arroyo Zapatero* al que se hace referencia a lo largo de éste trabajo.

⁶³ Definición que, como puede observarse, coincide con la que sostienen CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC. *Comentarios al nuevo CP*. Creo que debería a empezar a citarse sin ningún problema a la doctrina en las resoluciones judiciales.

Así, se puede ver como la inicial jurisprudencia sobre el bien jurídico como derecho constitucionalizado, que coincide con mi punto de vista, no se ha consolidado con posterioridad. A día de hoy las resoluciones oscilan entre la seguridad en el trabajo y el interés colectivo estatal de protección a los trabajadores.

Llama en todo caso poderosamente la atención el hecho que entre las sentencias consultadas, sólo una resolución en la ya no tan corta vida del precepto, la SAP de Guipúzcoa, Sección1ª, de 20 de noviembre de 2007 (ponente Maeso Ventureira),⁶⁴ opte por un bien jurídico individual o por la vida, salud e integridad física de los trabajadores.

II.5 TOMA DE POSTURA. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DERECHO DE LOS TRABAJADORES A DESEMPEÑAR SU TRABAJO EN CONDICIONES MÍNIMAS DE SEGURIDAD PERSONAL

A) Acerca de la doble constitucionalización del bien jurídico en discusión en los arts. 15 y 40.2 de la CE

A diferencia de otros autores que se han ocupado del tema, no considero que sea incoherente señalar que el bien jurídico en discusión tiene apoyo en los dos preceptos constitucionales que encabezan el presente epígrafe.⁶⁵

Así, si se atiende al contenido de los mismos, se observa como el art. 15 CE señala “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física [...]”, mientras que el art.40.2 CE señala que: “Asimismo, los poderes públicos [...] velarán por la seguridad e higiene en el trabajo.”

⁶⁴ La sentencia citada señala que el bien jurídico protegido es la vida y la salud, pero ni argumenta por qué ni parece que ello influya en el fallo.

⁶⁵ Así, pese a sus discrepancias coinciden en señalar que ya está suficientemente protegida la vida con el art. 15 de la CE AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 84 y 85 y HORTAL IBARRA. *Protección Penal de la seguridad*, p. 71, llegando este último, como acertadamente señalan MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 339, a elevar dicha opinión a categoría de premisa para su posterior razonamiento. Yerra por su parte RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad* pp. 40 y 46, cuando señala que el derecho al trabajo consagrado en el art. 35 de la CE es un derecho fundamental.

En consecuencia, de considerarse el bien jurídico analizado como un bien jurídico colectivo del Título “Delitos contra los derechos de los trabajadores” que se va concretando en cada tipo, como señalaban *Navarro Cardoso y Losada Quintás*, puede observarse cómo no es contradictorio sostener la doble constitucionalización referida. Es decir, el bien jurídico derechos de los trabajadores relacionados con su trabajo, se concreta aquí en la seguridad e higiene⁶⁶ en el mismo (art. 40.2 CE) y en los ataques a dicho bien jurídico o resultados típicos que traen como consecuencia lesiones o muerte (art.15 CE).

B) La interpretación sistemática como indicio

Como se ha puesto de relieve por la doctrina, las rúbricas de capítulos del CP no pueden ser decisivas a la hora de averiguar el bien jurídico, dado que, como señala la doctrina mayoritaria a la hora de interpretar los tipos de la parte especial, la colocación de los distintos preceptos en el CP ha de venir no sólo determinada por razones de afinidad con el bien jurídico protegido. No obstante, coincido con *Aguado López*, en que aun siendo el más importante el criterio teleológico, no deja de ser un indicio la rúbrica de cada capítulo con relación a la interpretación sistemática.⁶⁷

Considero que no se ha dado la debida importancia a la ubicación sistemática en el CP de 1995 de los delitos objeto del presente trabajo. Es decir, a la denominada interpretación sistemática a la hora de proponer o averiguar el bien jurídico de este delito.

Con carácter general y con independencia del mayor o menor acierto del legislador a la hora de establecer el *nomen iuris* de cada Título o Capítulo del CP, no parece que sea descabellado afirmar que cabe ver un bien jurídico común en cada Título o en su caso Capítulo del CP.⁶⁸

⁶⁶ Denominación que como he puesto de manifiesto proviene, de la antigua OGSHT de 9 de marzo de 1971 y que ha sido superada en la actualidad.

⁶⁷ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 84. La autora va más allá y en la p.132 afirma que debe ser éste el elemento de mayor peso porque representa el núcleo del delito y ello aunque el legislador olvide en la mayoría de los casos la importancia del bien jurídico a la hora de ubicar sistemáticamente los distintos delitos. Opinión con la que me muestro de acuerdo en general.

⁶⁸ No ignoro que el TS y el TC ya han declarado hace mucho tiempo la poca importancia de la ubicación sistemática de los delitos o incluso de su *nomen iuris*, pero en el caso concreto que se estudia y habida cuenta

Trataré de demostrarlo tras el estudio de los mismos en el CP, para lo cual realizaré un breve análisis de las excepciones que he hallado a mi tesis:

a) En primer lugar hay que plantearse qué bien jurídico se protege en el Título II CP, “Del aborto”

A pesar de la polémica y de las posiciones doctrinales, más políticas o mediáticas que jurídicas,⁶⁹ a las que dio origen la intervención judicial, en noviembre de 2007, contra diversas clínicas que presuntamente practicaban abortos fuera de los supuestos despenalizados en el art. 417 bis del CP de 1973, se convendrá en que, tras la STC 53/1985 de 11 de abril (ponente Begué Antón) sobre el art. 417 bis del CP de 1973 y su relación con el art. 15 de la CE, el bien jurídico vida intrauterina se halla en duda o en debate en cuanto a la necesidad de su protección penal. A ello contribuye decisivamente la interpretación que los tribunales ordinarios están llevando a cabo sobre el delito de aborto,⁷⁰ la política criminal sobre el mismo de práctica ausencia de persecución⁷¹ y la propia legislación penal que parece orientarse más bien a los efectos que pudiera el aborto tener sobre la madre embarazada, habida cuenta que sanciona más gravemente aquellos casos en los que la madre no prestó su consentimiento y deja impune a ésta en el delito imprudente.

Aun si no se coincide con el razonamiento anterior, creo que se puede alcanzar un consenso sobre que al menos el bien jurídico que se protege en el delito de aborto es doble. Así, aunque podría admitirse que efectivamente se protege el bien jurídico vida intrauterina, se tienen en cuenta a la hora de protegerlo consideraciones relativas a los efectos que acabar con la vida intrauterina produce en la mujer embarazada que no consiente. Si se buscara únicamente la protección del bien

la novedad de la regulación en un título unitario de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el CP de 1995 creo que debe ser tenida en cuenta, siquiera sea con las debidas cautelas.

⁶⁹ Una brillante excepción SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Huelga de abortos”, Diario La Vanguardia, Barcelona, 21 de enero de 2008.

⁷⁰ Especialmente interesante es la SAP de Málaga, Sección 3ª, de 20 de abril de 2002 (ponente Morales González) que realiza un examen a fondo del delito y se plantea la heterogeneidad de los distintos tipos que lo regulan, el consentimiento de la embarazada menor de edad o la falsedad de los dictámenes médicos sobre la salud de la embarazada. También presenta gran interés, la STS, Sala 2ª, de 13 de noviembre de 2003 (ponente Andrés Ibáñez) que se plantea los supuestos de atipicidad, ausencia de antijuricidad o concurrencia de causa de justificación y la posibilidad de error invencible en el médico autor del delito.

⁷¹ Durante 2007 se persiguieron sólo 67 delitos de aborto doloso y 9 de aborto imprudente en toda España, de acuerdo con la memoria de la FGE.

jurídico vida intrauterina, carecería de sentido distinguir que el delito de aborto sea o no con consentimiento de la mujer embarazada. Resulta por tanto evidente que además de la protección de la vida intrauterina, en el aborto sin consentimiento se protege la capacidad de autodeterminación de la mujer.

b) Podría parecer también que no se protege bien jurídico alguno en los delitos relativos a la manipulación genética del Título V CP.

Así, si se examina la doctrina, *Romeo Casabona*⁷² recoge como posibles bienes jurídicos a tutelar:⁷³ la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano (la denominada herencia genética), la identidad e irrepitibilidad del ser humano, el respeto de la dotación genética doble y la protección de la supervivencia de la especie humana.

Por su parte, *Peris Riera y García González* afirman seguir al citado autor y después manifiestan cómo la mayoría de dichos bienes jurídicos ya están protegidos por los tipos penales clásicos vigentes.⁷⁴ Finalmente, proponen la preservación de la identidad genética humana, sin que pese al esfuerzo argumental desplegado alcance muy bien a saberse en qué consiste dicho bien jurídico o por qué cumple con los requisitos de un bien jurídico-penal frente al resto de bienes jurídicos propuestos por *Romeo Casabona*. Los citados autores señalan que ello se debe fundamentalmente a que en este caso son manipulaciones que afectan a la integridad, identidad, individualidad e inalterabilidad de la composición genética de la especie humana.

*Gracia Martín y Escuchuri Aisa*⁷⁵ señalan que se trata de preservar el procedimiento natural de la creación de la identidad genética del ser humano frente a posibles intervenciones artificiales que atenten contra la individualidad de la identidad humana.

⁷² ROMEO CASABONA, Carlos. *Límites penales de la manipulación genética*, Bilbao, 1995, pp. 159, 171, 173 y 175.

⁷³ Nótese tanto el exceso de bienes jurídicos como su ambigüedad, así como la grandilocuencia del último de los señalados.

⁷⁴ PERIS RIERA, Jaime y GONZÁLEZ GARCÍA, Javier. *El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación*. Madrid, 2006, *passim*. Del primero también *La regulación penal de la manipulación genética en España*. Madrid, 1995, pp. 88 a 109.

⁷⁵ GRACIA MARTÍN, Luis y ESCUCHURI AISA, Estrella. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*, Valencia, 2005, pp. 88 y 89.

Por mi parte, y no sin notar un cierto sabor añejo en la lectura de esta doctrina pese a la modernidad de alguno de sus trabajos, debido al avance constante de la ciencia y, por qué no, de la percepción social o del consenso social en torno a dichos avances, como adelantaba en la rúbrica creo que no hay bien jurídico penal que justifique este título del CP.

Estos delitos parecen más bien querer conducir un debate científico dentro de parámetros difícilmente alcanzables sin la conminación de la sanción penal, antes que proteger un bien jurídico que no acaba de discernirse, salvo que se piense en un bienestar social general o una preservación de la raza humana en su totalidad, bienes jurídicos ambos muy vagos y difícilmente tangibles.

c) Los delitos de Incendios Forestales de la Sección 2^a, Capítulo II, Título XVII CP tampoco atacarían a la seguridad como concepto jurídico constitucionalmente protegido, entendiéndolo por mi parte que vendrían mejor ubicados en el Título que se ocupa de los delitos contra el medio ambiente.

d) El art. 383 CP incluido en los delitos contra la seguridad vial del Capítulo IV del Título XVII ha sido interpretado por la totalidad de la jurisprudencia como un delito de desobediencia y por tanto encuadrable en los delitos contra el orden público.⁷⁶ Asimismo, el art. 384 CP, de nuevo cuño tras la reforma de Ley Orgánica 15/2007 de 30 de noviembre de reforma del CP en materia de seguridad vial, parece hacer referencia más bien a un delito contra la administración en general cuando se trata de conducir tras haber perdido todos los puntos (apartado 1º) y contra la administración de justicia cuando se conduce en contra de una previa decisión judicial que hubiera privado de tal derecho.

e) El art. 578 CP, en la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre de reforma del CP en relación con los delitos de terrorismo, incluido en los delitos contra el orden público del Título XXII del CP, no es, como se ha

⁷⁶ Se podía haber aprovechado la reciente reforma del Capítulo IV del Título XVII CP para encuadrarlo adecuadamente. No obstante, parece que algo ha influido la jurisprudencia y la doctrina en el legislador cuando éste añade al tipo pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, pretendiendo así convertirlo en un delito contra la seguridad vial. Genera el mismo problema el legislador con el nuevo art. 384 CP, amén de profusos problemas concursales.

encargado de aclarar el ATS, Sala 2ª, de 14 de junio de 2002, (ponente Andrés Ibáñez) un delito de terrorismo, sino un delito de apología.

Puede verse, por tanto, como cinco excepciones a lo largo de más de cuatrocientos artículos parecen justificar, de alguna manera, mi tesis de que, a pesar de la inercia interpretativa en sentido contrario, es razonable tomarse en serio el argumento “ad rubricam”⁷⁷ como forma de interpretación sistemática.⁷⁸

C) Comparación con tipos próximos o similares del Código Penal. Rechazo a la incardinación de las obras de construcción y otros supuestos en el art. 350 CP

Siguiendo de nuevo a *Aguado López*,⁷⁹ resulta coherente, si se afirma que la interpretación sistemática es indiciaria, dedicar al menos un subepígrafe a comparar y en su caso distinguir el delito estudiado de lo que dicha autora denomina supuestos conflictivos del CP por la protección de bienes jurídicos similares.

No obstante, en mi caso, la extensión tiene que ser necesariamente menor que la empleada por la citada autora. Dado que la misma defiende un bien jurídico individual concretado en la vida, salud e integridad física de las personas, le es necesario establecer la distinción con los delitos de los arts. 142 y 152, 311 y 348 a 350 CP, en los que *Aguado López* cree ver aquellos otros tipos que protegen la vida, integridad corporal o salud de los trabajadores frente a otro tipo de ataques.

Por mi parte, y dado que el bien jurídico que sostengo es colectivo (derecho de los trabajadores a desarrollar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal),

⁷⁷ De acuerdo con EZQUIAGA, *Francisco Javier*. “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” en

http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000006.htm#I_8

(última visita 27 de agosto de 2009), dicho argumento consiste en atribuir a un enunciado un significado sugerido por el título o rúbrica que encabeza el grupo de artículos en el que aquél se encuentra. Su justificación es exactamente la misma que la del argumento *sedes materiae*: de la misma forma que se presume como un atributo del legislador racional que dispone lógicamente las materias tratadas, se presume asimismo que traduce correctamente sus intenciones en los títulos de las leyes y de las divisiones que realiza en su actividad legislativa.

⁷⁸ Entiendo que de la interpretación sistemática se obtiene el indicio de que el bien jurídico protegido no es la vida y la salud. Sin embargo, no se sigue que, como señala RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la vida*, p. 94, la propia ubicación del delito permita afirmar el carácter colectivo del bien jurídico.

⁷⁹ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 115.

entiendo que queda fuera de toda discusión, como se verá asimismo en los apartados del trabajo dedicados a los concursos y al dolo y a la imprudencia, el hecho de que los arts. 142 y 152 CP protegen bienes jurídicos diferentes que el art. 316 CP.

Habría que analizar, por tanto, solamente la relación con el art. 311 y con el art. 350, ambos del CP.

Respecto al art. 311 CP, entiendo que presenta la coincidencia de ser un tipo con un bien jurídico colectivo y asimismo titularidad de los trabajadores, sin embargo, el derecho a las condiciones mínimas para desarrollar su trabajo no afecta a la seguridad personal de los trabajadores, sino a su contratación.⁸⁰

Respecto a la posible colisión o coincidencia con el art. 350 CP, hay que comenzar analizando brevemente el planteamiento de *Monge Fernández*,⁸¹ que es la autora que más extensamente se ha ocupado del precepto.

Esta autora afirma que en el tipo del art. 350 CP, en una primera fase, el legislador protege el derecho a la seguridad colectiva en un sector muy concreto; el de la construcción, a través de un tipo de peligro, añadiendo que es un delito en el que el sujeto activo del tipo del art. 350 CP, por ser norma penal en blanco, se extiende sobre empresarios, constructores y aparejadores e incluso el encargado de la obra, jefe técnico y subcontratista para concluir diciendo que la puesta en peligro de los trabajadores se resolverá a través del 316. Es decir, la autora citada optaría, en principio, por una solución mixta: si sólo se pone en peligro la vida, salud o integridad física del trabajador, entonces el art. 316 CP resultaría precepto especial respecto al art. 350 CP, resultando éste, en cambio, el precepto aplicable si se ponen en peligro otros bienes o intereses de los trabajadores.⁸²

A favor, en cambio, de que uno y otro tipo protegen bienes jurídicos distintos y resaltando la exigencia de la producción de resultados catastróficos, se pronuncia *Muñoz Conde*,⁸³ que señala que la cuestión además, debe resolverse a favor del

⁸⁰ Para las diferencias y coincidencias, se puede ver también el epígrafe VI dedicado a los concursos.

⁸¹ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia, 2001, pp. 53, 94 y 126.

⁸² V. también TERRADILLOS BASOCO, para quien el art. 350 CP podría operar como cláusula de cierre para el sujeto activo empresario del art 316 CP. *El delito contra la vida*, pp. 125 y 126.

⁸³ MUÑOZ CONDE. *Derecho penal especial*, pp. 597 y 598.

concurso ideal por haberlo así previsto expresamente el legislador en el art. 350 CP. Por último, *Lascuraín Sánchez* afirma que la relación entre ambos tipos penales es de interferencia, y en consecuencia debe aplicarse el art. 350 CP porque tiene la pena más grave.

Desde mi punto de vista, a excepción de *Muñoz Conde*, olvida toda la doctrina el elemento diferencial de ambos tipos, que no es otro que el hecho de que el art. 350 CP exige resultados catastróficos y sistemáticamente viene encuadrado dentro de los delitos contra la seguridad colectiva. Habida cuenta de que, a salvo grandes obras públicas, es casi imposible que en una obra en construcción se produzcan resultados catastróficos, basta una recta interpretación gramatical y sistemática para observar como se trata de bienes jurídicos distintos y que los tipos no presentan más que algunas lejanas analogías o coincidencias.⁸⁴

Es decir, el art. 350 CP no protege el derecho de los trabajadores a desarrollar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal. Es un tipo pensado para proteger el derecho de los ciudadanos a estar a salvo de las catástrofes relacionadas con la construcción de infraestructuras.⁸⁵ Si coincidiera una catástrofe colectiva (un resultado catastrófico exigido por el tenor literal típico del art. 350 CP) con una grave puesta en peligro de la vida, salud e integridad física de los trabajadores, habría que aplicar la normativa concursal, remitiéndome en este punto al apartado correspondiente de este trabajo.⁸⁶

⁸⁴ Entiendo que asiste la razón a AGUADO LÓPEZ respecto a que el tipo del art. 350 CP castigaría la puesta en peligro concreto de las personas en general que derive de riesgos laborales y no laborales. Por el contrario, entiendo que en la obra de MONGE FERNÁNDEZ en general no se justifican las afirmaciones que va realizando, ni por qué la construcción debe tener un tratamiento diferenciado del resto de sectores productivos, interpretación que por otra parte produciría el efecto contrario de convertir paradójicamente a la construcción en el sector más desprotegido.

⁸⁵ En mi opinión, un caso emblemático debería haber sido el del barrio “El Carmel” de Barcelona. En el mismo sentido, ABELLANET GUILLOT, Francesc. *La responsabilidad penal en la construcción*, Barcelona 2005, p. 146. Finalmente, con fecha de 27 de junio de 2008 la Fiscalía provincial de Barcelona solicitó el archivo, que se produjo poco después siendo firme al no quedar acusaciones distintas de la pública en el procedimiento.

⁸⁶ De acuerdo FIGUEROA NAVARRO, María del Carmen. “La responsabilidad laboral por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales”, *Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ)*, nº 19, 2005, p.152.

D) La interpretación histórica como indicio

Como señalan *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, con anterioridad al CP de 1995 la doctrina ya había venido estudiando tipos penales que entonces se hallaban dispersos por distintos capítulos del código penal, agrupándolos bajo la denominación conjunta de derecho penal del trabajo.⁸⁷

Atendidos los precedentes, por tanto, de dispersión o diversidad del CP de 1973 y los antecedentes legislativos (interpretación histórica), me parece relevante el que se haya reunido todos los tipos de dicho derecho penal del trabajo en un Capítulo del CP y que el Capítulo se denomine “Delitos contra los derechos de los trabajadores”.

Entiendo que el legislador, y con él la sociedad, ha experimentado una clara evolución en este terreno, dictando infinidad de normas laborales entre uno y otro código penal, lo que afianza la idea de querer proteger los trabajadores en su calidad de tales.

Según pienso, lo que se llevó a cabo con la LPRL⁸⁸ fue la introducción de un sistema con una filosofía totalmente distinta a la que inspiraba la normativa vigente en aquel momento (OGSHT de 9 de marzo de 1971). En dicha ordenanza no había una filosofía general de prevención, sino que funcionaba el principio de “a riesgo concreto, solución concreta”. (*V.gr.*: si había riesgo de caída en una obra, se colocaban arneses).

Por tanto, el que exista toda una filosofía plasmada en la legislación laboral para la prevención de riesgos entiendo que sirve para que quede absolutamente clarificada la *voluntas legislatoris*. Ello supone otro indicio a tener en cuenta a la hora de definir los perfiles y la extensión del bien jurídico protegido.

⁸⁷ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 329 y 330.

⁸⁸ Ahora con la Ley 54/2003 de 12 de diciembre de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, parece que se pretende extender dicha filosofía a cualquier lugar de trabajo, pequeña empresa o comercio, así como implantar una cultura de prevención de riesgos laborales.

E) La interpretación teleológica como clave para el bien jurídico propuesto

El art. 3.1. Cc en su último inciso señala que la interpretación de las normas atenderá fundamentalmente al espíritu y a la finalidad de las mismas. Esto conduce de nuevo a la circularidad a la que antes me refería, al espíritu y finalidad de la norma se llega desde la interpretación. Una vez obtenida la *ratio legis*, siguiendo a *Díez Picazo y Gullón Ballesteros*, se debe llegar a la conclusión de que la interpretación de acuerdo con el espíritu y la finalidad de la norma obliga a rechazar todo lo que obstaculice la obtención de dicha *ratio legis*. En otras palabras, la norma deberá ser interpretada en el sentido que mejor responda a la obtención de la citada *ratio*.⁸⁹ O, si se prefiere, en terminología penal tomada de *Mir Puig*,⁹⁰ y teniendo en cuenta que lo que afirma este autor sólo es válido para la reducción teleológica, una vez determinado el bien jurídico protegido en un delito, la interpretación teleológica podrá excluir del tipo respectivo las conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico.

Por mi parte, ya he mostrado con anterioridad⁹¹ mi acuerdo con *Aguado López* cuando manifestaba que frente al criterio teleológico, que dicha autora consideraba el más importante, el resto son indiciarios.

De ahí la circularidad de la cuestión. La interpretación teleológica del precepto proporciona el bien jurídico protegido: derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal y dicho bien jurídico debe operar como un criterio de interpretación teleológico, pues es lo que se busca proteger con el tipo penal.⁹²

⁸⁹ DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 2009, 10ª ed., p. 192.

⁹⁰ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, p. 137.

⁹¹ V. nota a pie de p. 67.

⁹² En contra HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *Protección Penal de la seguridad*, p.102, en la que señala que el criterio de interpretación de conformidad con el bien jurídico protegido debe necesariamente ser un criterio restrictivo de interpretación de elementos típicos. Se apoya para ello en la STS, Sala 2ª, de 29 de julio de 2002 (ponente Giménez García). Por mi parte, creo que dicho autor malinterpreta la citada sentencia, la misma no se refiere a lo que señala Hortal Ibarra, sino que hace referencia a un criterio de interpretación lógica y a los manidos principios de intervención mínima y seguridad jurídica que, como he puesto de manifiesto reiteradamente, son principios propios de la labor del legislador y no de la del intérprete o aplicador del derecho. Así, la sentencia que se cita por dicho autor dice: “de suerte que es la infracción de la normativa laboral la que completa el tipo, bien entendido que no bastaría cualquier infracción administrativa para dar

Es decir, siguiendo dicho criterio y tomada postura a favor de un bien jurídico como el que propongo, es evidente que, cumpliendo con la interpretación del tipo conforme a la CE y sin exceder el tenor literal del mismo, un buen número de puestas en grave peligro de los trabajadores en su lugar de trabajo deberán ser necesariamente delictivas, habida cuenta de que atacan la seguridad personal en el trabajo de los sujetos pasivos del delito.

Conectando con las fases anteriores del trabajo relativas a los nuevos bienes jurídicos y a la expansión del derecho penal, sigo sosteniendo la validez de bienes jurídicos como el que propongo, que no ampara un interés individual, pero sí un interés de gran importancia para más del cincuenta por ciento de la población estatal en cuanto que ese es el porcentaje aproximado de población ocupada y, por tanto, sujeto pasivo potencial del delito.

En definitiva, a través de la interpretación llevada a cabo hasta el momento y de la doble constitucionalización del bien jurídico protegido a la que me he referido con anterioridad, se obtiene el bien jurídico propuesto: derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal. Dicho bien jurídico constituye, a mi modo de ver, la *ratio legis* del precepto que se analiza y servirá para distinguir a lo largo de los Capítulos siguientes qué ataques deben entenderse delictivos y cuáles no.

Nótese, por último, que si bien es posible que por ello se me adscriba a la posición iniciada por *Arroyo Zapatero*, en cuanto el citado autor sostiene, como se ha visto, que el tipo protege las condiciones mínimas de vida de los trabajadores por cuenta ajena, la propuesta que hago contiene una diferencia esencial: no se trata de un deber

vida al tipo penal, porque esta exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en «peligro grave su vida, salud o integridad física» la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo. Otra concepción en la línea de bastar para la integración del tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica. En definitiva podemos **concluir** que la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación **con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro**. Se está en consecuencia ante una **infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal** por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores” (La negrita es de la sentencia, el subrayado propio).

estatal, con mayor o menor coerción en cuanto a su incumplimiento, sino de un auténtico derecho constitucionalizado de los trabajadores.

II.6 CUESTIONES PRÁCTICAS QUE SE VEN NECESARIAMENTE INFLUIDAS POR EL BIEN JURÍDICO ELEGIDO

El punto de vista eminentemente práctico que por mi quehacer profesional preside mis trabajos me lleva a realizar unos últimos comentarios prácticos en cuanto al bien jurídico protegido.

Así, con *Lascuraín Sánchez*,⁹³ el sostener uno u otro bien jurídico, es decir, el adscribirse a lo que hemos denominado como grupos primero y segundo, tendría consecuencias prácticas sobre la resolución de al menos tres cuestiones:

A) La posibilidad de que el desistimiento exonere o no de pena

Los autores de lo que he dado en denominar primer grupo⁹⁴ entienden que el desistimiento exoneraría de pena.⁹⁵ En cambio para los autores del segundo grupo,⁹⁶ no cabría dicho desistimiento exonerante.

Lascuraín Sánchez pone para esta cuestión un ejemplo: El de aquel jefe de una mina que envía un montacargas lleno de mineros a una galería que sabe que no está debidamente entibada pero después se arrepiente, lo comunica a los mineros y éstos paran a medio camino el montacargas, no llegando a estar en peligro.

⁹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, p. 132. En contra MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 329 y nota a pie de p. 28.

⁹⁴ Los que optan por un bien jurídico propio del art. 316 CP V. epígrafe II.3 A)

⁹⁵ Así, el propio LASCURAÍN SÁNCHEZ *supra*, pp. 85 a 109. Estos autores, consideran el delito del art. 316 CP como un delito de peligro contra la vida, salud e integridad física y entienden así mismo que se puede desistir del mismo. Por su parte, RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 426 y 427, sostiene una postura intermedia cuando señala que concurre la “tentativa inacabada en los casos en los que el sujeto evite alguno de los actos que señala el tipo.”

⁹⁶ Los que creen que hay un bien jurídico común a todos los tipos del título XV CP, V. epígrafe II.3 B)

Por mi parte, entiendo que el ejemplo permite poner de manifiesto una cuestión eminentemente práctica de persecución del delito puesto que, como se indicará más adelante, el tipo penal tiene un escaso efecto preventivo-general. Ello es debido a que, salvo aquellos casos en los que otros operadores práctico-jurídicos⁹⁷ dan comienzo a las actuaciones, en la mayoría de las ocasiones sólo terminan en la vía penal, desgraciadamente, aquellos supuestos en los que ya se ha producido el resultado lesivo, por lo que muy improbablemente llegaría a los Tribunales un supuesto como el que plantea *Lascuraín Sánchez*.⁹⁸

En términos dogmáticos, dado que el ejemplo señala “lo comunica a los mineros”, se puede imaginar que el supuesto es aquél en el que el jefe de la mina cuenta a los mineros que la galería está mal entibada y el sindicato de los mineros formula la correspondiente denuncia. Pues bien, con independencia de la existencia de delito si después no se repara la galería o según la influencia que la misma tenga en el resto de la mina, el derecho debe tener una respuesta para este hipotético caso, y voy a procurar ofrecerla.

De una parte, hay que recordar que he definido el bien jurídico del presente delito como el derecho de los trabajadores a realizar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal, lo que me situaría en una posición cercana en cierto modo a *Navarro Cardoso* y *Losada Quintás* e integrado en el segundo grupo. Entre otras cosas, por ello, de acuerdo con el bien jurídico que defiende, considero que no existe desistimiento en el supuesto propuesto por *Lascuraín Sánchez*, sino que existe o bien tentativa, o bien consumación.

Si seguimos a *Alcácer Guirao*,⁹⁹ habría que distinguir entre los delitos de mera actividad y los delitos de resultado (de peligro).

⁹⁷ Como las Guardias Urbanas o Policías Locales o Municipales tras la orden dictada el 3 de marzo de 2003 por la Fiscalía del TSJ de Cataluña.

⁹⁸ Parece que la situación ha mejorado algo, y así, el diario *El Periódico* de 21 de febrero de 2005: “La Inspección de Trabajo ha multiplicado por seis las actas de infracción por situaciones de riesgo laboral no materializadas en accidente derivadas a la Fiscalía. En 2003 hubo [pásmense, *scil.*] cuatro actas y en 2004 hubo veintiséis.”

⁹⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Granada, 2002, pp. 24 y ss., 50 y 95 a 97.

Así, en los primeros la doctrina no es unánime sobre que existan momentos previos que estructuralmente se correspondan con el inicio de ejecución. Por ello, en los delitos de mera actividad sería difícil admitir la tentativa, dado que al no empezar la misma hasta la realización del verbo típico, se solaparía con la consumación.

En cambio en los delitos de resultado (de peligro) sí tiene que existir un resultado separado y distinto de los actos realizados por el autor, así que, aunque dicho resultado no sea la efectiva lesión del bien jurídico, sí constituiría una puesta en peligro del mismo.

Partiendo de lo expuesto y de la teoría de los actos intermedios para los delitos de resultado (de peligro), creo poder afirmar con carácter general para el delito objeto de estudio que efectivamente el mismo admite la tentativa. Así, desde que se realiza el acto de inicio del delito por el autor, “no facilitar los medios”, hasta que el trabajador es puesto en peligro, se produce el acto intermedio esencial de comenzar de modo efectivo a trabajar sin medidas de seguridad. Existe, por tanto, un *iter* que permite admitir la tentativa.

Veamos así la aplicación de dicho razonamiento al ejemplo de *Lascuráin Sánchez*.

Partiendo del bien jurídico propuesto, tal y como se anunciaba al principio de este subepígrafe, en el ejemplo citado, parecería indiferente que el ascensor se pare por una orden dada por el jefe de la mina o porque se ha estropeado. El delito no protege mediatamente la vida de los trabajadores, sino directamente los ataques a los derechos de los mismos en la vertiente de no facilitar medios –por quién está legalmente obligado a prestarlos y ocupa el vértice de la pirámide jerarquizada de la organización laboral– para evitar morir o sufrir graves lesiones en el trabajo. Ello supera obviamente el umbral mínimo de seguridad personal de cualquier trabajador, cualquiera que sea el puesto de trabajo que el mismo ocupe, de modo que, en supuestos como el descrito por *Lascuráin Sánchez*, de haber una efectiva puesta en peligro grave de la vida o la salud, parecería que el delito se habría realizado en grado de tentativa. Entre la no facilitación de medios, (no dar la orden de bajar a la mina o dar la orden previa de entibamiento) y el efectivo inicio de la extracción de mineral, hay un trayecto de ascensor en el que ya ha habido iniciación típica, por lo que una vez arranca el ascensor habría tentativa o consumación. Sin embargo, creo que en este punto es fundamental la cuestión del acto intermedio relevante. El

comienzo del trabajo en ningún caso podría producirse antes de que los trabajadores alcanzaran la galería. Si la galería es la no entibada, el desistimiento sería válido, por ser anterior al acto relevante coincidente en este caso con la consumación. Si en cambio, además de la galería, fuera también la bajada del ascensor la que no estuviera entibada, desde el momento de arranque del ascensor habría peligro grave y por tanto, consumación.

Por último, además debe ser tenido en cuenta, de conformidad con el bien jurídico propuesto, que el tipo del art. 316 CP presenta un elemento valorativo, que requiere que el peligro sea grave, con lo que en los casos como el del ejemplo, también sería posible que o bien no hubiera habido peligro o bien si lo hubo, éste no fue grave, con lo que un acto así sería impune, con independencia de cuál sea la causa de la falta de exposición al peligro concreto grave de los trabajadores.

B) La cuestión del concurso con el resto de delitos incluidos en el mismo título

Como afirma *Ragués i Vallès*, antes de acometer un análisis detallado de las relaciones concursales resulta imprescindible sentar algunas premisas acerca del bien jurídico que con cada infracción pretende protegerse, elemento básico para poder pronunciarse —en éste y en cualquier otro caso— acerca de la cuestión concursal.¹⁰⁰ Como ya me he pronunciado al respecto, se está pues, de acuerdo con el citado autor, en condiciones de analizar, siquiera sumariamente, las relaciones concursales del tipo con los tipos incluidos en su propio Título del CP.

Si se mantiene, como se hace aquí, que el bien jurídico del Título “Delitos contra los derechos de los trabajadores” es único, viniendo configurado por los derechos constitucionalizados de los trabajadores en su puesto de trabajo, el concurso del delito del art. 316 CP con otros delitos incluidos en el mismo Título necesariamente tiene que resolverse como concurso de leyes por la vía del principio de alternatividad consagrado en el art. 8.4 del CP.¹⁰¹ Es decir, produciendo un solo

¹⁰⁰ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “El nuevo delito de dopaje (art. 361 bis CP) y su relación concursal con otras infracciones penales”, ponencia en el Curso de la Fiscalía General del Estado, “Dopaje y Deporte”, COMPAÑY CATALÁ, José Miguel (dir.), celebrado en Barcelona los días 24 a 26 de octubre de 2007, p.2.

¹⁰¹ De acuerdo MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 485, si bien dichos autores optan por la aplicación del tipo del art. 311 C.P. Por su parte, RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 463 y 464 coherente con su postura, señala que entre los arts. 316 y 311 CP existe concurso ideal, porque tienen bienes jurídicos distintos.

hecho dos o más delitos, pero con idéntico bien jurídico, no se aplicarían las reglas del art. 77 CP, sino las del art. 8 CP.¹⁰²

En los supuestos que parece se dan con mayor frecuencia en la práctica, trabajadores privados de condiciones laborales mínimas (art. 311 C.P.) que además no trabajan con los medios adecuados que impidan ser puestos en peligro grave en cuanto a su vida, salud o integridad física, o trabajadores extranjeros en idéntica situación (art. 312.2 CP), las soluciones serían:

a) En el primer caso, si se produjo resultado de muerte, tendríamos que la conducta es *prima facie* subsumible en los arts. 311, 316 y 142 CP. La primera posibilidad sería entender que existe un concurso de normas del art. 8.4 CP entre el art. 311 CP y el concurso ideal del delito de peligro concreto del art. 316 CP y el delito de resultado lesivo por imprudencia grave (homicidio imprudente) del art. 142 CP (esto, suponiendo que más de un trabajador haya sido puesto en peligro, dado que en caso contrario entraría en juego la doctrina del TS, según la cual si hay un solo trabajador puesto en peligro y éste mismo trabajador resulta lesionado, el delito de resultado consume al de peligro).

Lo cuestionable de esta solución es que asume sin más el concurso ideal entre el art. 316 y el 142, cuando la no facilitación de las medidas de seguridad, cuando ésta venga acompañada de engaño o abuso de situación de necesidad, integra no sólo el art. 316 sino también el 311. Podría pensarse que habría que proceder resolviendo primero la colisión entre estas dos normas. No existe entre ellas relación de especialidad, debido a que cada una es más específica que la otra en algún punto: el 311 especifica que la lesión de los derechos laborales ha de deberse a la existencia de fraude o abuso de situación de necesidad, mientras que el 316 especifica que la condición laboral infringida ha de ser la de recibir las medidas de seguridad adecuadas. Tampoco parece que exista relación de subsidiariedad tácita o de consunción, puesto que ambos tipos protegen facetas distintas de la relación laboral, de modo que ninguna cubre el desvalor total de la conducta. Procedería aplicar la regla subsidiaria contenida en el art. 8.4 CP, que ordena aplicar el precepto con mayor sanción. En este caso, ambos artículos prevén exactamente la misma pena. Así pues, habría que decidirse por cualquiera de estos tipos (y sólo uno de ellos) y

¹⁰² Sostengo esa opinión pese a ser consciente de la absurda dicción del propio art. 8 C.P. que señala: “[...] cuando se trate de supuestos no comprendidos en los arts. 73 a 77 de este código [...]”

apreciar su concurrencia ideal con el delito de resultado del art. 142 CP. Como puede verse, ambas soluciones llevan a la misma consecuencia penológica.

Analizando éste concurso ideal, conforme a la regla punitiva del art. 77.3 CP, sería más beneficiosa para el reo la punición de cada delito por separado.

Otra solución sería entender que el hecho de que el riesgo haya dado paso al resultado lesivo introduce el bien jurídico vida o salud e integridad corporal, por lo que hallándonos ya, ante dos bienes jurídicos distintos, y, en cierto modo dos acciones distintas, una permanente (situaciones de ilegalidad y de peligro) y otra puntual, (muerte o lesión imprudente), cabría aplicar el concurso real.

b) En el segundo supuesto, trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo que a consecuencia de la no facilitación de medios fallecen en el puesto de trabajo, entiendo que, tras ser llevada a cabo la misma operación de concurso de normas planteada en el apartado anterior, en aplicación de la regla prevista en el art. 8.4 debería aplicarse la norma prevista en el art. 312.2 CP, frente a la del 316, que tiene menor pena. Esta norma iría en concurso ideal con el art. 142 CP.

La jurisprudencia no se ha ocupado del primero de los supuestos. En cuanto al segundo, he encontrado tres sentencias. La primera, la SAP de Zaragoza, Sección 1ª, de 29 de mayo de 2001 (ponente López Millán) absuelve por ambos delitos sin plantearse *obiter dictum* la cuestión. La segunda, la SAP de Barcelona, Sección 10ª, de 27 de enero de 2003 (ponente Planchat Teruel), probablemente por venir vinculada por el principio acusatorio y la prohibición de la *reformatio in peius*, no se plantea la cuestión, condenando solamente por el delito del art. 312 CP pese a reconocer que las condiciones de higiene, seguridad y salubridad de las que gozaban los trabajadores extranjeros objeto del delito contravenían los mínimos legales. Finalmente, la SAP de Logroño, Sección 1ª, de 2 de febrero de 2007 (ponente Mota Bello), condena por el 312 y por el 142, entendiéndose que consume al 316 (se trata de un caso en el que sólo había un trabajador en peligro y él mismo fallece, supuesto distinto al que hemos asumido en esta exposición).

Si por el contrario se opta por entender que los bienes jurídicos protegidos en cada precepto del título que se examina son distintos, la solución necesariamente pasa por acudir al concurso ideal de delitos. Éste podría asimismo incluir también el delito de

resultado lesivo por imprudencia grave,¹⁰³ habida cuenta que es sabido y jurisprudencialmente reconocido que el instituto del concurso ideal admite la posibilidad de que lo sea entre tres o incluso más delitos.

C) La necesidad de unidad o pluralidad de sujetos pasivos para que se produzca el delito

Como ha podido observarse, en la doctrina no existe unanimidad tampoco sobre el carácter colectivo o no del bien jurídico.

Así, de una parte *Aguado López* sostiene que es un bien jurídico individual y que, por tanto, se comete el delito aun cuando se ponga en peligro a un solo trabajador, y que si son más de uno los puestos en peligro no hay concurso porque el legislador no ha querido exacerbar la pena.¹⁰⁴

Por su parte, *Hortal Ibarra*, se muestra muy crítico con dicha visión y manifiesta que considerar posible el delito con un único sujeto pasivo supera el tenor literal del tipo y, por ende, supone una infracción del principio de legalidad.¹⁰⁵

Por mi parte, creo que el bien jurídico protegido es un bien jurídico de carácter colectivo. No obstante, el bien jurídico que propongo, aun cuando sea de carácter colectivo, es un derecho y hay que entender que los derechos, afecten a una sola persona o a un colectivo de las mismas, siempre son de titularidad y ejercicio individual, en ningún caso puede predicarse derechos de entidades abstractas, colectivas o difusas. Asimismo, entiendo que, el carácter colectivo del bien jurídico no puede determinar el carácter de sujeto pasivo de la infracción de peligro. La desprotección de los trabajadores que sean los únicos trabajadores de una empresa, que no podrían, así, ser sujetos pasivos de los delitos de los arts. 316 y 317 CP, va contra el sentido común y contra la voluntad social puesta de manifiesto por el legislador. No existe motivo racional alguno que permita pensar que con dos

¹⁰³ No me planteo otra posibilidad en cuanto al delito de resultado lesivo, habida cuenta que como explicaré en el apartado correspondiente, entiendo que salvo excepciones la solución más aceptable para dichos resultados lesivos pasa por la imprudencia grave.

¹⁰⁴ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 82 y 83. De acuerdo RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p. 100 cuando dice que “sin embargo, la puesta en peligro de la salud de un trabajador es razón suficiente para afectar el bien jurídico tutelado [...]”

¹⁰⁵ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p. 56.

trabajadores se cometan dos delitos con la misma conducta (delito de peligro y delito de resultado lesivo) y con uno se cometa uno (delito de resultado lesivo).

Así pues, me oriento por considerar que aunque exista un solo trabajador ello será suficiente para aplicar el delito, manifestándome *infra* sobre el posible resultado lesivo.

III. CONDUCTA TÍPICA

El artículo 316 del CP establece:

“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.”

III.1 JUSTIFICACIÓN DE LA OPCIÓN EXPOSITIVA

Los autores que hasta la fecha han estudiado de forma más amplia la cuestión se decantan, bien expresamente, como *Hortal Ibarra*,¹⁰⁶ bien de manera tácita, como *Aguado López*¹⁰⁷ o *Ramírez Barbosa*,¹⁰⁸ por estudiar la conducta típica de manera conjunta y con un punto de vista fundamentalmente dogmático, si bien, y como no puede ser de otra manera, acaban valorando uno a uno los elementos que constituyen el tipo.

Por mi parte, prefiero seguir a autores que no por haber estudiado el delito desde una perspectiva parcial, el ámbito de las obras en construcción, lo han hecho menos profundamente.

¹⁰⁶ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p. 27, señala expresamente como no comparte “la “clásica” metodología empleada en el estudio de los distintos delitos de la parte especial: Precedentes históricos, bien jurídico-penal protegido, conducta típica, sujeto activo y pasivo, causas de justificación, *iter criminis*, culpabilidad, concursos y propuestas de *lege ferenda*.” El citado autor dice que no la sigue porque introduce parte general y normativa extrapenal, pero de una parte después se observa como encubiertamente sí la sigue y de otra parte, ¿por qué es incompatible la metodología “clásica” con introducir parte general y estudiar la normativa extrapenal?

¹⁰⁷ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad* en el Cap. II “Conducta típica”, estudia esencialmente sin subdividir el mismo en los elementos del delito, la normativa extrapenal y la omisión y la comisión por omisión. Del peligro trata en el Cap. I, dedicado al bien jurídico.

¹⁰⁸ Por su parte, RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 143 a 175, estudia fundamentalmente el peligro, la especialidad o no del delito y la normativa extrapenal.

Así, *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, dividen expresamente lo que prefieren denominar estructura típica en vez de conducta típica, en el estudio de tres elementos:

1. La infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales
2. El “no facilitar los medios necesarios”
3. La grave puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad física¹⁰⁹

Yendo un paso más allá, y coincidiendo en cuanto al objeto de estudio, *Almela Vich*¹¹⁰ establece un esquema constituido por tres elementos a los que expresamente pone nombre, al señalar la existencia de un elemento descriptivo (“no facilitar”), un elemento normativo (“con infracción de normas laborales”) y un elemento valorativo (“peligro grave”).

Seguiré, por tanto, el esquema de estos tres autores, aceptando además la denominación que para los elementos del delito establece *Almela Vich*, pues entiendo que se corresponde de manera correcta con la interpretación que cabe extraer del tipo, configurándose los tres como elementos necesarios y suficientes¹¹¹ para imponer una condena por el mismo:

1. Una descripción de la conducta típica a la que cabría añadir los términos “los medios”.
2. Un elemento de remisión a normativa extrapenal que tiene necesariamente que haber sido infringida.
3. Un elemento valorativo del Juzgador como es el de la gravedad del peligro, pudiendo optar el Juzgador para establecer la gravedad o no del peligro por alguno

¹⁰⁹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 347, 378 y 398.

¹¹⁰ ALMELA VICH, Carlos. “Delitos contra la vida, salud e integridad física en el trabajo. La problemática en el sector de las obras de construcción” en *AP*, 28, Madrid, 1998, p. 499.

¹¹¹ A salvo los supuestos de autopuesta en peligro en los casos y circunstancias concretas que más adelante abordaré.

de los tres criterios o fórmulas que se estudiarán más adelante cuando se trate del peligro.

Otro motivo para seguir dicho esquema es que el mismo ha sido recogido, si bien sin aceptar la denominación para los elementos del tipo, por la STS, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 2001 (ponente Martín Canivell), que señala que son los elementos del tipo:

1. Infracción de las normas de prevención de riesgos
2. Omisión de facilitar medios
3. En condiciones de seguridad adecuadas¹¹²
4. Poner en peligro la vida o la integridad física de los trabajadores¹¹³

III.2 ELEMENTO DESCRIPTIVO. “NO FACILITAR LOS MEDIOS”

A) Delito de omisión

Entiendo que, al ser un verbo descrito negativamente en el tenor literal típico, lo primero que hay que plantearse es si ello implica necesariamente que deba entenderse el delito como un delito de omisión.

a) La cuestión en la doctrina

En la doctrina son mayoritarios los autores que opinan que es un delito de omisión. Por su parte, *Navarro Cardoso*,¹¹⁴ al que siguen *Altés Martí*,¹¹⁵ *Aguado López*¹¹⁶ y *Ramírez Barbosa*,¹¹⁷ señala que es un delito de comisión por omisión.

¹¹² Parece en principio un elemento superfluo que nada aporta, puesto que aunque se prescindiera del mismo, concurriría el delito igualmente.

¹¹³ Olvida significativamente la exigencia típica de que sea “grave”, suponemos que será un mero despiste. La STS no da explicaciones.

¹¹⁴ NAVARRO CARDOSO. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia, 1998, pp.152 y 153.

¹¹⁵ ALTÉS MARTÍ. *Concepto, Antecedentes, Fundamento*, pp. 275 a 277.

Trataré de explicar brevemente cada posición.

En cuanto a la posición mayoritaria que lo considera un delito de omisión, valga por todos la opinión de *Baylós Grau* y *Terradillos Basoco*,¹¹⁸ que señalan que ello es así porque el verbo es omisivo y también, al llevar dicho verbo asociado un resultado de peligro, se hace necesario analizar a la luz de la imputación objetiva la relación que haya entre la conducta omisiva empresarial y el resultado de peligro.

No obstante, siendo cierto lo anterior, en este autor y en la mayoría de los que opinan que sólo es un delito de omisión, se echa de menos un planteamiento sobre la comisión activa y un rechazo de la misma más allá del verbo típico.

En cuanto a la posibilidad de comisión por omisión, *Navarro Cardoso* entiende que no facilitar es lo mismo que no aportar, suministrar o proporcionar. Es decir, es una conducta de comisión por omisión¹¹⁹ por cuanto se espera una determinada conducta y se trata de evitar (castigándose) su no realización. Entiendo que la formulación o propuesta de *Navarro Cardoso* asemeja mucho la comisión por omisión a la omisión pura o propia, en tanto que debería hacer alguna referencia al resultado que, probablemente por ser cuestión especialmente compleja en un delito de peligro, el autor omite.

Por su parte, *Aguado López*,¹²⁰ tras algunas dudas, acaba por decantarse por un delito de comisión por omisión expresamente tipificado por la ley y dice que también lo es el delito de no restablecimiento de la seguridad de la vía del art. 385.2 CP.

Señala dicha autora que “los que estando legalmente obligados” es una tipificación expresa de posición de garante. Ello le permite reducir el ámbito de autores hasta el

¹¹⁶ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 92 y 208.

¹¹⁷ RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 172, 229 y 230.

¹¹⁸ BAYLÓS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal del Trabajo*, Madrid, 2003, p. 116.

¹¹⁹ Pese a que pueda parecer un tanto sorprendente, es lo que asegura el autor citado en *Delitos contra los derechos*, pp. 152 y 153.

¹²⁰ AGUADO LÓPEZ *supra*, pp. 208 y 209. La autora citaba el art. 382.2 CP, vigente en el momento de publicarse su libro, la actualización es mía.

empresario y el encargado de éste. El resto del tipo lo sitúa entero como tipificación expresa del deber de evitar el resultado.

Desde mi punto de vista, *Ramírez Barbosa*¹²¹ lleva esta postura al paroxismo, al señalar que por una acción u omisión precedente del legalmente obligado a facilitar los medios (el empresario o sujetos delegados en la visión de la citada autora) y por la aplicación del art. 11 CP se puede ser responsable aunque se faciliten los medios.

No puedo mostrarme de acuerdo con dicha visión. Entiendo que el hecho de venir legalmente obligado a facilitar medios no convierte a nadie en garante de manera automática. Es decir, aunque el *iter criminis* se ponga en marcha por una acción u omisión precedente del obligado legalmente a facilitar medios (el controvertido supuesto de la injerencia), no se podrá ser autor del delito si los medios facilitados fueron suficientes.

En la parte contraria, admiten la comisión activa del delito *Carbonell Mateu y González Cussac, Muñoz Conde y Lascuráin Sánchez*.¹²² Especialmente este último, desarrolla un amplio estudio con ejemplos para respaldar su tesis. Así, señala que la protección de la seguridad de los trabajadores exige también la persecución de determinados comportamientos creadores de procesos productivos no permitidos por su falta de utilidad social, por implicar el desencadenamiento de riesgos difícilmente controlables o porque directamente desde un principio se carezca de la organización adecuada para controlar el proceso productivo.

Lascuráin Sánchez distingue entre dos clases de comportamientos comisivos:

- Interposición de trabajadores en lugares y circunstancias que acarreen un grave peligro para su vida, salud o integridad física.
- Revocación de medios de protección previamente existentes.

¹²¹ RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p. 174.

¹²² LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, pp. 308 a 364.

Acaba el citado autor proponiendo una redacción típica alternativa que incluyere “a los que de cualquier otra forma, ocasionen o permitan que los trabajadores realicen su actividad sin las medidas adecuadas [...]”¹²³

b) La cuestión en la jurisprudencia

La jurisprudencia que aborda este punto concreto, no demasiado abundante, no es unánime. Así, puede dividirse en dos grupos, las sentencias que opinan que es un delito de omisión, las resoluciones que opinan que es un delito de comisión por omisión, y finalmente de manera testimonial alguna sentencia opta por la teoría de la infracción de un deber o entiende que también cabe la acción comisiva.

Así, en primer lugar hay una serie de sentencias que se pronuncian a favor de que el tipo en cuestión es un delito de omisión. Dichas sentencias se remiten a las STSS, Sala 2ª, de 4 de junio de 2002 (ponente Saavedra Ruiz) y de 14 de julio de 1999 (ponente Román-Puerta Luis) que para establecer el tipo omisivo se limitan a estudiar las características generales de la omisión. Un buen ejemplo de este sector es la STS, Sala 2ª, de 14 de abril de 2005 (“Caso Ardystil”, ponente Granados Pérez) que lo afirma sin más argumentación, previo repaso a los requisitos de los delitos de omisión pura y de comisión por omisión. Por su parte, la SAP de Zamora de 21 de noviembre de 2005 (ponente Brualla Santos-Fucia) señala como: “El tipo penal que incorpora el actual artículo 316 CP es un delito de omisión –de las medidas de seguridad e higiene adecuadas– pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa omisión debe ser –en expresa remisión a la normativa laboral– de normas de prevención de riesgos laborales y sólo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas.” Con anterioridad se había manifestado en ese sentido la SAP de León de 22 de noviembre de 2001 (ponente Muñiz Díez), que señalaba que es un delito omisivo por el verbo típico empleado.

En cuanto a las sentencias que consideran que se trata de un delito de comisión por omisión, hay que comenzar hablando de la SAP de Cantabria de 31 de mayo de 2005 (ponente Iliara Ibáñez) y de la SAP de Madrid, Sección 15ª, de 27 de septiembre de 2005 (ponente Jorge Barreiro) que señalan ambas con idéntica dicción

¹²³ Posición distinta a las hasta ahora analizadas y que me atrevo a calificar de testimonial es la que sostiene *Arroyo Zapatero*, que señala cómo el delito consiste en la infracción de un deber normativo.

que: “Se considera que nos encontramos ante un supuesto de comisión por omisión, similar a los casos genéricamente recogidos en el artículo 11 del CP, con la particularidad de que en este caso se seleccionan en concreto algunos elementos de los típicos de la comisión por omisión, algunos de ellos recogidos expresamente en el artículo 316 y otros de ellos que, dado el contexto y la normativa extrapenal, deben presuponerse. En definitiva, y en tanto que comisión por omisión, se está castigando la producción de un resultado penalmente típico que no fue evitado por quien o quienes tenían la capacidad y el deber jurídico de actuar en la evitación del resultado típico.”

Por último hay que hacer mención, como fuera de las dos líneas mayoritarias, a la SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 22 de marzo de 2000 (ponente Arroyo Romagosa), que por el contrario afirma que lo importante es el hecho de que el trabajador no haya sido adecuadamente protegido, con independencia de la forma omisiva o comisiva, teniendo ambas cabida en el tipo. Y, para finalizar, la SAP de Tarragona de 23 de julio de 2001 (ponente Díaz Muyor), que prefiere adscribirse a la tesis de la infracción de un deber normativo, realizando una interpretación en mi opinión excesivamente ceñida al texto del artículo en el CP de 1973 y llegando curiosamente a idéntica conclusión que la SAP de Barcelona antes citada.

c) Toma de postura

Por mi parte, siguiendo en este punto a *Mir Puig*,¹²⁴ entiendo que la distinción entre comisión y omisión no es una cuestión naturalística o de comportamiento humano, sino de estructura normativa. Es decir, en los denominados clásicamente delitos de omisión hay una acción, en el sentido naturalístico de comportamiento humano positivo.

La cuestión radica, por tanto, en que se infrinja una norma prohibitiva o una norma preceptiva.¹²⁵ En este último supuesto y ciñéndonos a la materia que nos ocupa, la norma preceptiva vendrá determinada por la legislación de riesgos laborales (sin que plantee ningún problema el que sea extrapenal)¹²⁶ y por tanto se cometería el delito

¹²⁴ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, pp. 295 y ss.

¹²⁵ Sobre el criterio de la norma infringida, se pueden ver algunos problemas en MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 379 y nota a pie de p. 150.

¹²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delito de omisión. Concepto y sistema*, p. 91 y ss. Barcelona, 1986.

de igual manera, tanto si no se facilita medio alguno, como si se facilita un medio inadecuado, ineficaz o insuficiente.¹²⁷

Se puede ver mejor mi postura con un ejemplo extraído de la práctica profesional. En el caso de un trabajador al que se le ordenó limpiar una mancha de ácido, habrá acción en sentido naturalístico en la emisión de la orden de limpiar la mancha, pero al mismo tiempo hay una omisión de facilitar los medios que permitan que tal trabajo se realice en condiciones de seguridad. Habrá omisión si no se comprueba con anterioridad si es el trabajador adecuado o qué medios necesita. Habrá de nuevo acción en sentido naturalístico si se le proporciona una mascarilla inadecuada para el tipo de ácido concreto, lo que produce su intoxicación por inhalación, pero esta acción supondrá al mismo tiempo la omisión de proporcionarle una mascarilla adecuada al trabajo que se le encomienda.

Es decir, no importa el que naturalísticamente se trate de una acción o de una omisión ya que como vemos ambas pueden darse y superponerse, sino que lo determinante es la infracción de la normativa preceptiva de riesgos laborales, que en el caso abarca desde no llamar al trabajador especializado hasta no comprobar qué medios se requieren, pasando por proporcionar al mismo una mascarilla insuficiente, lo que conforme sostengo sería delito.

B) La expresión “medios necesarios”: ¿tiene que ser entendida como medios materiales o admite también otro tipo de medios? ¿Incluye todos los deberes extrapenales?

a) La cuestión en la doctrina

Un buen resumen de las distintas posturas doctrinales se puede encontrar en *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, que distinguen dos grupos de autores.¹²⁸

¹²⁷ Increíblemente la STS, Sala 2ª, de 26 de julio de 2000 (ponente Saavedra Ruiz) condena por falta de homicidio imprudente en un supuesto en el que los medios facilitados eran insuficientes porque señala “el sujeto activo sí facilitó medios [...] que habían funcionado muy bien durante 15 años.”

¹²⁸ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 382 a 387. Afirman en nota a pie de p. 164 que lo que a veces se define como tercer grupo: *Lascuraín Sánchez o Martínez-Buján Pérez* no son sino acertadas críticas a la deficiente redacción del art. 316 CP. En contra de esta interpretación, HORTAL IBARRA. “Delimitación del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP):

En el primer grupo se encontrarían los autores que entienden que el término “medios” incluye la práctica totalidad de obligaciones incluidas en el art. 14.2 de la LPRL.

Así, se podría encontrar a *Terradillos Basoco* como el primer autor que entiende “medios” en sentido amplio, en lo que él mismo calificó de interpretación espiritualizadora.¹²⁹ Es decir, no sólo se trataría de medios materiales, sino formativos, organizativos y muy especialmente informativos.

Por su parte, *Aguado López*,¹³⁰ entiendo que con un buen argumento, señala que: “hay que considerar que, conforme a lo dispuesto en el art. 14.2 de la LPRL, “medios” incluye todos, porque si no se otorgaría en el orden penal más importancia a una obligación que en el orden laboral es subsidiaria, ya que el art. 17.2 de la LPRL, les da un carácter subsidiario a los medios personales de protección cuando afirma que deberán utilizarse cuando los riesgos laborales no puedan evitarse o limitarse suficientemente por medios de protección colectiva o mediante métodos o procedimientos de organización del trabajo.”

Entiendo que, aunque no se adscriban expresamente, cabría considerar como autores de este primer grupo a los propios *Martín Lorenzo* y *Ortiz de Urbina Gimeno*, en cuanto que consideran que, con excepción del deber de vigilancia, la inclusión en el término “medios” del deber de información o de la falta de consideración de las características del trabajador a la hora de encargarle un trabajo no viola el tenor literal típico.¹³¹

En el segundo grupo se encuadrarían los autores que entienden que ello violaría el principio de legalidad y que hay que elegir restrictivamente, de acuerdo con el principio de intervención mínima, algunas de las conductas que integran el deber general de protección del empresario.

especial atención a la relevancia jurídico-penal de la infracción del deber de vigilancia”, en *Cuadernos de política criminal (CPC)*, nº 96, Madrid, 2008, pp. 86 y 87.

¹²⁹ TERRADILLOS BASOCO. *Delitos contra la vida*, pp. 84 a 86.

¹³⁰ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p.142.

¹³¹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p.387, matizado con relación a la infracción de los más graves preceptos cuya omisión sea capaz de generar un peligro, con cita de la STS, Sala 2ª, de 29 de julio de 2002 (ponente Giménez García).

Claro exponente de este grupo es *Corcoy Bidasolo*, quien afirma: “la inclusión en el término medios de todas las obligaciones extrapenales que conforman el deber general de seguridad del empresario en el art. 14.2 de la LPRL supera con creces el tenor literal del tipo del art. 316 CP.”¹³²

Hortal Ibarra se muestra asimismo en desacuerdo con la posición doctrinal mayoritaria y para ello realiza un análisis de los antecedentes legislativos, llegando a la conclusión de que el art. 316 CP ha supuesto una derogación expresa de las anteriores expresiones “no procurar las condiciones y no exigir su cumplimiento” comprendidas en el art. 348 bis) a del CP de 1973.¹³³ Añade el citado autor que entenderlas incluidas en el art. 316 CP supera con creces el tenor literal del 316.¹³⁴ Sosteniendo en resumen, que el legislador ha querido restringir la intervención penal en materia de riesgos laborales lo que, indica, sería coherente con los principios de fragmentariedad, subsidiariedad e intervención mínima que deben regir el derecho penal.

b) La cuestión en la jurisprudencia

La especialmente importante y acertada SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ponente Puente Segura) enjuicia un supuesto de hecho en el que dos trabajadores temporales, peones pertenecientes al turno de noche, en cumplimiento de sus funciones tuvieron que proceder a la limpieza de un pozo subterráneo de depósito de mosto, apareciendo ambos trabajadores sin vida en el fondo de dicho pozo. La causa inmediata de su muerte fue la asfixia por anoxia, debido a la inhalación de aire con CO₂. Como medidas de prevención de riesgos, la Sociedad Cooperativa informaba verbalmente a sus trabajadores de las medidas a adoptar consistentes en arrojar un papel encendido antes de acceder al interior del pozo y, si dicho papel se apagaba, extraer con el ventilador el aire contaminado o, en el caso de que dicho papel ardiese, acceder a su interior y proceder a los trabajos de limpieza.

¹³² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi y HORTAL IBARRA, Juan Carlos. “Protección penal de los accidentes laborales (A propósito de la SAP de Barcelona, Sección 2ª, de 2 de septiembre de 2003)”, en *Revista del Poder Judicial (RPJ)*, 71, Madrid 2003, p. 51.

¹³³ En contra AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 226 y SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ. “La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, en *Revista Penal (RP)*, nº 10, 2002, pp. 99 y ss.

¹³⁴ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p.186.

La sentencia pone de manifiesto, con una amplitud que comparto, cómo “Se ha señalado por la doctrina científica que la remisión del tipo a las «normas de prevención de riesgos laborales», dota de concreción en este caso al deber de cuidado exigido. Dicha normativa comprende la legislación internacional sobre el particular, las leyes internas, los reglamentos y los correspondientes convenios colectivos de trabajo, cuando cualquiera de estas fuentes normativas concierna a la protección frente a riesgos derivados de la actividad laboral. La regulación interna específica en materia de riesgos laborales viene constituida, desde luego, y esencialmente, por la propia LPRL, pero también, y entre otras, por las normas de referencia que se incluyen en el TRET (artículos 4.1.d) 5 b) y 19), en la Ley General de Seguridad Social (LGSS) de 20 de junio de 1994 y en los correspondientes preceptos de la Ley General de Sanidad (LGS) 14/1986 de 25 de junio, siendo, sin embargo, la principal norma de desarrollo el Título II de la OGSHT, cuya vigencia expresa establece la Disposición Derogatoria de la LPRL [...]”

Muy amplia y coincidente con el primer grupo de autores es la SAP de La Coruña, Sección 6ª, de 16 de junio de 2006 (ponente Sánchez Herrero) que incluye la totalidad de las obligaciones del art. 14.2 de la LPRL así como también las que dimanaban del art. 17.2 de la citada ley e incluso la vigilancia del cumplimiento efectivo de las medidas previstas. Por su prolijidad, merece la pena citar esta SAP de forma extensa.

Se trata de un supuesto en el que, en la construcción de una vivienda unifamiliar, una empresa subcontratada envía un trabajador con un camión grúa-pluma a descargar unas planchas de acero, enganchándosele a éste la pluma de la grúa con un cable de alta tensión que pasaba por encima de la citada obra, sufriendo una descarga eléctrica que le produjo la muerte. La SAP señala que:

“Como se desprende del contenido de estos preceptos [arts. 316 y 317 CP, scil], es necesario acudir a las normas de prevención de riesgos laborales para poder determinar cuáles son los medios necesarios (y que deben facilitarse) para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas [...] Como se afirma en el art. 1 de la LPRL, las normas sobre prevención de riesgos laborales son la propia Ley 31/1995, y todas las disposiciones que la completan o

desarrollan. Del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, reconocido en el art. 14 de la Ley 31/1995, deriva un conjunto de obligaciones entre las que se encuentran las de evaluar los riesgos laborales existentes (art. 16); garantizar la seguridad de las máquinas, equipos, herramientas e instalaciones, y proporcionar los equipos de protección (art. 17); informar y formar a los trabajadores en materia de seguridad (arts. 18 y 19); crear una organización preventiva (arts. 30-32 bis y D.A. 14^a); vigilar el cumplimiento efectivo de las medidas previamente previstas, y paralizar la actividad laboral en caso de riesgo grave e inminente (arts. 17 y 21); coordinar la actividad preventiva en los supuestos de contratas y subcontratas (arts. 24 y 28) y documentar y notificar las actuaciones preventivas (art. 23).”

c) Toma de postura

Por mi parte, me adscribo con determinación a los autores del primer grupo.

Así, entiendo que el deber de información adaptado a cada caso concreto y dado de forma accesible a la formación y entendimiento de cada trabajador integra muy especialmente el tipo a través del término “medios”. De este modo, su ausencia, el suministrar la información de manera errónea o por personas inadecuadas¹³⁵ o a un nivel semántico o técnico tan elevado que impida cualquier posibilidad de comprensión por parte de los trabajadores, será constitutivo de delito siempre que concurren el resto de elementos típicos.

Además, y respecto a las dudas de la conformidad de la interpretación amplia del término “medios” con el principio de legalidad, entiendo que no parece que interpretar ampliamente tanto los términos “no facilitar” (dando cabida a conductas comisivas) como “medios” infrinja el principio de legalidad.

La duda podría plantearse desde el punto de vista de la denominada garantía criminal, pero creo que lo que se hace es interpretación, ya que ni una cosa ni la otra quedan excluidas por el tenor literal del tipo, por lo que estarían permitidas y quedaría a salvo el principio de legalidad.

¹³⁵ En la SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ponente Puente Segura) a la que me he referido, los propios compañeros de trabajo con contrato fijo informaban a los eventuales.

Así, el TC (SSTC 229/2007 de 5 de noviembre –ponente Delgado Barrio– 235/2007 de 7 de noviembre –ponente Gay Montalvo– y 129/2008 de 27 de octubre –ponente Casas Baamonde– entre otras, por citar las más recientes) tiene señalado que los órganos jurisprudenciales deben juzgar con sujeción estricta a la ley, y por ello no se permite ni la analogía ni la interpretación extensiva. Por el contrario, la interpretación y aplicación de la ley entran dentro de sus facultades, estando solamente vedadas cuando sean irrazonables, no sean aceptadas por la comunidad jurídica o sobrepasen el sentido literal posible.

Sistemáticamente el tipo se encuadra en el título XV dedicado a la protección de los derechos de los trabajadores, lo que desde el punto de vista del bien jurídico protegido y sin forzar el tenor literal admitiría dicho concepto de medios.

Desde el punto de vista gramatical tampoco existe problema alguno, dado que si el tipo penal dice “medios”, no hay argumento gramatical para excluir que entren los “medios inmateriales”, que desde luego son “medios”.

En cuanto a los antecedentes históricos y legislativos, el término “medios” era el mismo en el art. 348 bis a) del CP de 1973, por lo que entiendo que no caben interpretaciones que sostengan que el legislador ha querido restringir los medios al no haber cambiado el tenor literal, como sí ha hecho en el verbo típico. Respecto a éste, mientras en dicho artículo figuraban también los verbos procurar o exigir,¹³⁶ ahora sólo figura facilitar pudiéndose alegar que, efectivamente el legislador ha preferido aumentar la protección laboral del trabajador en detrimento de la penal y que por ello se ha excluido del tipo los verbos típicos procurar o exigir.¹³⁷

¹³⁶ Un argumento gramatical a favor de entender comprendidos todos los términos anteriores en el actual “facilitar” puede hallarse en la SAP de Barcelona, Sección 10ª, de 27 de enero de 2003 (ponente Planchat Teruel) que señala que: “el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAEL) hace equivalente el verbo facilitar a los de proporcionar o entregar, con lo que sin forzar el cabal sentido semántico, bien puede entenderse que mediante el término actual quedan englobados los que consagraba el Texto derogado.”

¹³⁷ Mi posición al respecto se puede observar con amplitud *supra* en el apartado II.5 C) que hace referencia a la interpretación histórica como indicio del bien jurídico que se propone.

III.3 ELEMENTO NORMATIVO

A) “Con infracción de normas de prevención de riesgos laborales”

Ya se ha hecho referencia en apartados anteriores del trabajo a la nueva filosofía que emana de la LPRL y que a mi juicio sirve para clarificar notablemente, si no de modo absoluto, la cuestión de la remisión a normativa laboral y por tanto extrapenal.

Así, habrá que entender que constituye el marco normativo regulador de la prevención de riesgos laborales la siguiente normativa:

- arts. 15 y 40 CE
- arts. 4 y 19 del ET
- arts. 115, 123 y 195 de la LGSS
- art. 21 de la LGS, en cuanto establece una serie de obligaciones a cumplir en la materia por las entidades gestoras de los órganos sanitarios.¹³⁸
- Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Si bien han sido hoy día superados por la legislación estatal y de la Unión Europea (UE), tienen una importancia histórica como “punta de lanza”. Entiendo, que, algunos de ellos deben seguir siendo de aplicación directa (V.gr.: convenio OIT 155 de 22 de junio de 1981 sobre pautas generales de prevención de riesgos laborales).
- Directiva del Consejo de la UE de 25 de julio de 1977, sobre señalización de los riesgos en la empresa.
- Directiva del Consejo de la UE 89/391 sobre pautas generales de Higiene y Seguridad en el trabajo en el ámbito de la UE, desarrollada por más de quince directivas sobre riesgos concretos. (V.gr.: Directiva de 29 de mayo de 1990 sobre pantallas de visualización).
- Real Decreto 3255/1983 de 21 de diciembre sobre prevención de riesgos laborales en explotaciones mineras.
- Real Decreto 1424/1985 de 1 de septiembre sobre servicio del hogar familiar.

¹³⁸ Habrá que añadir, en su caso, la normativa que hayan promulgado a partir de 2001 las Comunidades Autónomas (CCAA), pues en dicho año éstas asumieron de forma generalizada dichas competencias.

- Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad en la construcción.
- Real Decreto 1488/1998 de 10 de julio, que adapta la legislación sobre prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado.
- Real Decreto 216/1999 de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad en empresas de trabajo temporal.
- Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales.
- Ley 32/2006, de 18 de octubre de subcontratación.

Asimismo, cualesquiera otras normas sectoriales de carácter reglamentario aplicables al caso concreto.

Tras esta profusa enumeración, entiendo que deben plantearse varias cuestiones:

¿Cabe la inclusión de normativa distinta a la mencionada? ¿Qué problemas plantea la configuración del tipo como una norma penal en blanco? La infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, ¿tiene que ser grave? ¿Cuáles son las obligaciones concretas que hay que entender impone la legislación laboral? El principio *non bis in idem*, ¿queda conculcado al existir doble violación de la normativa laboral y penal? Trataré de dar cumplida (y organizada) respuesta a todas estas preguntas.

a) Posibilidad de inclusión de normativa distinta a la derivada de la Ley y de los reglamentos que desarrollan aspectos de la misma

- CONVENIOS COLECTIVOS

Frente a la opinión doctrinal mayoritaria,¹³⁹ entiendo que la remisión a los convenios colectivos sean o no estatutarios, y sea el contenido de sus cláusulas normativo u

¹³⁹ NAVARRO CARDOSO. *Delitos contra los derechos*, p. 154; LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, pp. 360 a 363; PURCALLA BONILLA. “Claves aplicativas del delito de riesgos por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales”, en *La Ley, Diario* (nº 5654), de 13 de noviembre de 2002, p.1751, ó también, RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 111 y 394 (aunque esta autora no aporta argumentación para excluirlas). Por su parte, HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 119 y 120 justifica agudamente el que el ámbito de los convenios colectivos sea de hecho muy reducido

obligacional, debe considerarse perfectamente válida para integrar dicho elemento normativo.

Dado que una de las partes en el convenio es el empresario y por tanto hipotético sujeto activo del posible delito futuro, no se entiende en una interpretación lógica que el mismo se comprometa con los trabajadores o sus representantes al establecimiento de determinadas medidas de seguridad y que después pueda escudarse en el carácter meramente obligacional de la cláusula para eludir su responsabilidad. Desde mi punto de vista, se podría claramente subsumir dentro del apartado del art. 318 CP que hace referencia “[...] a quien pudiendo remediarlo... no hubiere adoptado las medidas necesarias para ello”. Resulta evidente que si se previó una determinada medida de prevención de riesgos laborales es porque se entendió que era necesaria su adopción.¹⁴⁰

Si bien de acuerdo con la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia parece que los convenios colectivos extraestatutarios no tienen exactamente el mismo rango normativo que los estatutarios,¹⁴¹ no puede desconocerse que son más que una voluntad individual o un mero acuerdo de voluntades. En todo caso, y como he explicado, el empresario, amén de por la normativa vigente general o sectorial que le afecte, regula las condiciones laborales (también en este caso de prevención de

por el hecho de que la propia LPRL señale que ella misma y los reglamentos que la desarrollen son derecho necesario indisponible, por lo que, según el citado autor, los convenios tendrían así asignada una función meramente complementaria. AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 212 y conclusión 10ª, p. 522, afirma que el reenvío incluye los convenios colectivos (si bien habla solo de los de carácter normativo) y excluye expresamente a los extraestatutarios. Entiende que dicha remisión infringe los principios de legalidad, exigiendo la citada autora que, sean normas de carácter estatal y general las que regulen la materia penal al ser el Estado el depositario de la soberanía popular y de intervención mínima, ya que por convenio colectivo solo cabe mejorar la normativa. Al margen de la evolución social de dicho concepto de soberanía, lo cierto es que por vía indirecta se puede llegar a la misma conclusión, los convenios están constitucional y legalmente regulados. Tampoco comparto que sea más importante dicho principio que el bien jurídico protegido, cuando además la citada autora lo identifica con la vida.

¹⁴⁰ La antes citada SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ponente Puente Segura), admite la integración por la vía de convenios sin distinguir entre estatutarios o no y de clausulado normativo u obligacional.

¹⁴¹ SALA FRANCO. *La negociación colectiva y los convenios colectivos*, Bilbao, 1988, p.46 les atribuye eficacia contractual. Igualmente VALDÉS DAL-RÉ. *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid, 1988, si bien señala (p.78) “[...] la diferencia entre convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios no se centra en su eficacia jurídica, sino en la posición que cada uno va a ocupar en el sistema de fuentes”. Por su parte, la STC 58/1985, de 30 de abril (ponente Escudero del Corral) señala que tienen una eficacia jurídica que se impone a las relaciones de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el complemento de voluntades individuales.

riesgos o, como prefiero, de aseguramiento de las condiciones mínimas de seguridad personal) de los trabajadores a su servicio a través de dichos convenios. Ello significa que adquiere una posición de garante, al venir obligado, al menos contractualmente, a actuar ante una fuente de peligro, deber que no le es dado modificar unilateralmente para tratar de eximirse de responsabilidad.

De acuerdo y favorables a la admisión para la integración del elemento normativo de las disposiciones contenidas en los convenios colectivos, sin realizar distinciones entre convenios de eficacia general (“estatutarios”) y de eficacia limitada, se muestran *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*. Los citados autores señalan que los convenios colectivos de eficacia limitada no son contrarios al principio de igualdad (SSTC 108/1989 de 8 de junio –ponente Rubio Llorente– y 136/1987 de 22 de julio –ponente Leguina Villa–). Asimismo, ponen de manifiesto que, de acuerdo con los criterios utilizados por la doctrina mayoritaria para excluir los convenios colectivos como integradores del tipo, los problemáticos serían los convenios colectivos de eficacia general y no los de eficacia limitada. Finalmente señalan cómo quien invierte en ulteriores medidas de protección (quien mejora convencionalmente las condiciones de seguridad, con toda probabilidad a cambio de un menor salario) es merecedor de una protección reforzada.¹⁴²

- NORMATIVA DE LAS CCAA

Con carácter general sobre este tema, los autores se dividen entre los que niegan virtualidad a la remisión a normativa de las CCAA, porque según ellos desde un punto de vista material no se respetaría la reserva exclusiva de legislación penal estatal¹⁴³ y los que aceptan que la normativa de complemento de una norma penal en blanco pueda venir constituida por normativa autonómica incluso de carácter reglamentario. Sin embargo, incluso entre estos últimos, habría autores que dudarían de si esta remisión sería contraria al principio de igualdad.

¹⁴² MARTÍN LORENZO Y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 353 a 355. Me parece brillante el ejemplo que para fundamentar la posibilidad de tener en cuenta la normativa convencional sin violar el principio de igualdad utilizan estos autores sobre la diferencia de pena del hurto y el robo con fuerza del ciudadano que colocó una alarma.

¹⁴³ V. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*, 4ª ed. Madrid, 2006, p. 422.

Así, con carácter general expone *Silva Sánchez*¹⁴⁴ que debe considerarse admisible tal normativa para la integración de cualesquiera normas penales en blanco, si bien matiza que sólo podrá dar lugar a normativa o más bien a interpretación diferente de la normativa legal, y por tanto desigual con relación al principio de igualdad, aquel supuesto en el que dicha desigualdad venga dada por la existencia de circunstancias también desiguales entre las CCAA.

En el concreto delito objeto de estudio, se cuenta con la oposición de *Lascuráin Sánchez*,¹⁴⁵ que señala que una remisión legítima, respetuosa con el principio de legalidad y con el principio de igualdad, deberá evitar que su destino esté compuesto por normas de las CCAA.

Por mi parte, entiendo que podría, además sostenerse la opinión favorable simplemente partiendo de la sentencia del Tribunal Constitucional que comenta *Silva Sánchez* (STC 120/1998 de 15 de junio –ponente García Mon y González Regueral–), la cual señala que es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica. Por ello, el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la CE y que no “introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio”.

Con esta última parte del razonamiento constitucional, se salvarían las objeciones de *Lascuráin Sánchez* y el sector doctrinal que se opone a dicho punto de vista alegando fundamentalmente cuestiones relativas al principio de igualdad.

En todo caso además, creo que es admisible por ser lo que viene dándose en la práctica en muchos de los sectores a los que antes hacía referencia habida cuenta de la configuración territorial del Estado y del modelo de reparto de competencias legislativas que resulta de los arts. 147 y siguientes de la Constitución.

¹⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Consideraciones a propósito de la STC 120/1998 de 15 de junio” en *RPJ*, nº 52, 1998, pp. 483 y ss.

¹⁴⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, p. 364.

- CONTRATOS

En cuanto a los contratos individuales, dado que como he indicado en su momento el bien jurídico protegido es colectivo, resulta difícil pensar en supuestos en los que por contrato individual se establezcan medidas de protección de riesgos laborales que puedan afectar a varios trabajadores. Como señalan *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, esta posibilidad carece de virtualidad práctica, puesto que de hecho no se negocian las condiciones de seguridad contrato a contrato.¹⁴⁶ No obstante, en aquellas empresas pequeñas o familiares o de sectores productivos en los que no exista un convenio de ámbito superior, es posible admitir que puedan reconocerse medidas de seguridad vía contrato de todos los trabajadores que desempeñen un determinado puesto de trabajo.

En estos supuestos, entiendo que, hay que considerar posible la remisión a contrato individual, y ello por tres razones:

- El contrato sería la norma que regularía entre las partes la materia relativa a prevención de riesgos laborales por lo que no habría interpretación por encima del tenor literal posible.

- Por una razón de carácter sistemático. Dado que definiendo un bien jurídico único para todo el Título XV, que se iría concretando en cada tipo penal, entiendo que sería incoherente el que la infracción de contrato en el art. 311 CP dé lugar a delito y no dé lugar a delito en el art. 316 CP, siendo el bien jurídico protegido en ambos artículos el mismo y debiendo tenerse en cuenta además que el artículo cuyo estudio nos ocupa juega con intereses de mayor calado.¹⁴⁷

- A pesar de que el art. 2.2 de la LPRL efectúa una referencia al convenio colectivo, ello no debe llevar a entender que excluya el considerar las mejoras en contrato individual como normativa de prevención de riesgos laborales. Asimismo, el tipo remite más ampliamente a la normativa de prevención de riesgos laborales, no a la

¹⁴⁶ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 351 y nota a pie de p. 95.

¹⁴⁷ En definitiva y aunque no se puede ignorar que en el caso de los contratos, los tenores literales son distintos, entiendo que no se supera el tenor literal del tipo del art. 316 CP por interpretar “estando legalmente obligados” de manera amplia. Los contratos vienen regulados por la ley y ésta permite que allí se pacte normativa de prevención de riesgos. En contra MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO *Ibidem*.

LPRL, si fuera así, el legislador lo habría puesto de manifiesto expresamente. Se manifiestan expresamente en contra, *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, que señalan que “cuando el legislador ha querido admitir dicha posibilidad lo ha hecho de forma expresa, como ocurre en los arts.311.1º y 312.2º CP.”¹⁴⁸

- *LEX ARTIS*

Queralt Jiménez,¹⁴⁹ *Arroyo Zapatero*¹⁵⁰ y algunas resoluciones antiguas del Tribunal Supremo (SSTS, Sala 2ª, de 21 de abril de 1973, 30 de junio de 1975 ó 10 de marzo de 1977) afirman que debe entenderse también admisible el delito en los casos en los que lo que se infringe es la *lex artis*. Basándose, sobre todo *Queralt Jiménez*, en la posición de garante que asume aquel empresario que conoce la posibilidad de aplicar medios preventivos superiores a los reglamentariamente obligados o a los recomendados y no lo lleva a cabo.

Por su parte, de manera indirecta llega a una conclusión semejante *Hortal Ibarra*.¹⁵¹ Este autor cita el art. 15.1.e) de la LPRL como principio de adecuación de las medidas de seguridad al estado de la técnica, y entiende que se insta al empresario a acomodar dichas medidas al estado de la técnica existente en el momento de su adopción, para concluir que: “consecuentemente ello delimita el contenido del deber general de seguridad que recae sobre el empresario, y en consecuencia el nivel de exigibilidad a partir del que se le exonera de toda responsabilidad.”

Por mi parte me muestro contrario a la conclusión alcanzada por *Hortal Ibarra*, ya que considero que su postura es una forma indirecta de admitir la *lex artis* y amén de los problemas de prueba, entiendo que al empresario no se le puede pedir más que cumpla la ley (estrictamente si se quiere). El empresario no está obligado a realizar un seguimiento de todas las mejoras técnicas que van apareciendo para adoptarlas sino que más bien, ello corresponde al legislador o a la autoridad a quien corresponda dictar la norma, que es quien tiene que determinar cuándo se alcanza un consenso sobre qué medida de seguridad (preventiva) es la mejor, debiendo entonces, incluirla en la normativa.

¹⁴⁸ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, *Ibidem*

¹⁴⁹ QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho Penal. Parte especial*, 5ª ed., Barcelona, 2008, pp.465 y 466.

¹⁵⁰ ARROYO ZAPATERO. *Manual*, p.123.

¹⁵¹ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p.162 y nota a pie de p. 385.

En general, a mi entender, y al margen de las evidentes dificultades probatorias que existirían para demostrar el conocimiento por parte del empresario de dichas condiciones, el supuesto es dudoso. La *lex artis* obviamente no es norma de prevención de riesgos laborales, con lo que la responsabilidad del sujeto puede ser moral o incluso en vía administrativa por infracción laboral, pero es difícil considerar que pueda existir aquí una responsabilidad penal en el ámbito del art. 316 CP.¹⁵²

Cuestión diferente es que quepa considerar que se infringe la norma de cuidado y que cabe hablar por tanto de delito imprudente. Así, *Dolz Lago*,¹⁵³ respecto a la imprudencia señala que “las reglas no observadas [...] pueden consistir simplemente en los conocimientos científicos o técnicos que demandan las buenas prácticas de la construcción para que la obra llegue a buen fin, es decir, la *lex artis*” y cita en su apoyo las SSTs de 17 de noviembre de 1989 (ponente Móner Muñoz) y 16 de junio de 1992 (ponente Martín Pallín) que, se remiten a la no infracción de principios generales como el de no dañar a tercero.

- NORMATIVA EUROPEA

Sigo en este punto a *Hortal Ibarra*,¹⁵⁴ dado que poco se puede añadir a su profuso estudio sobre la normativa europea en vigor (Directivas y sus normas de trasposición).

Así, de acuerdo con el autor citado, el originario Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCCEE) de Roma de 27 de marzo de 1957 ya contenía una primera disposición cuando en su art. 118 encargaba a la Comisión la protección contra los accidentes de trabajo.

¹⁵² De acuerdo, DE VICENTE MARTÍNEZ. *Delitos contra los derechos de los trabajadores*, p. 620.

¹⁵³ DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Las imprudencias punibles en la construcción. Desde el arquitecto al albañil. Estudio jurisprudencial*, La Laguna, 1996, p.209.

¹⁵⁴ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 101, 104 a 106 y 110. Verdaderamente relevante habría resultado la nonnata denominada Constitución Europea (CEU), que en su art. II-31 establece el derecho de los trabajadores a trabajar en unas condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad lo que, entiendo, proporciona un argumento muy importante a favor del bien jurídico que se propone. Para mayor profusión V. GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago y CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen. “Normativa en materia de prevención de riesgos laborales y delito contra la seguridad en el trabajo”, en CORCOY BIDASOLO (dir.) *Derecho Penal de la Empresa*, Pamplona, 2002.

Posteriormente el Acta Única Europea (AUE) contempló de forma expresa, la necesidad de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores como uno de los objetivos principales de la política social.

Finalmente, el Tratado de Niza de 23 de febrero de 2001, en su artículo 137.1.a) consagra la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y también la mejora de las condiciones de trabajo, información y consulta de los trabajadores como una de las materias sujetas al procedimiento de aprobación por mayoría cualificada de los miembros del Consejo.

Así, de acuerdo con *Hortal Ibarra*, hay que concluir que el derecho comunitario ha ejercido, por tanto, una notoria influencia en la interpretación de los elementos que conforman el delito objeto de estudio.

Por último, tras afirmar el citado autor que a través de los principios de eficacia directa y primacía del derecho comunitario se integra en la norma comunitaria los delitos que como el delito objeto de estudio se configuran como una ley penal en blanco, se plantea si pueden servir para integrar el tipo las Directivas no traspuestas. En este punto de nuevo he de mostrarme de acuerdo con *Hortal Ibarra* en su conclusión negativa, puesto que, para darse, el efecto directo ha de ser a favor del ciudadano y no en contra.

b) La ley penal en blanco

Con la excepción de *Aguado López*,¹⁵⁵ quién se opone a la consideración del tipo como norma penal en blanco, al entender que la norma penal en blanco no afecta a todos los elementos del tipo, sino que sólo se acude a normativa extrapenal para interpretar uno de ellos, parece que existe uniformidad en la doctrina en el sentido de que el tipo del art. 316 CP es una ley penal en blanco.

Con carácter general se plantea *Lascuraín Sánchez*¹⁵⁶ la posible conculcación tanto del principio de reserva de ley como del principio de determinación o taxatividad,

¹⁵⁵ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 253.

¹⁵⁶ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, pp. 364 y ss. Para MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 348: “Si bien es cierto que el tipo presenta rasgos de

puesto que dicha remisión a normativa laboral obliga al sujeto a acudir a una normativa profusa, confusa y difusa.

Al respecto tengo que decir que la existencia, junto a los elementos descriptivo y valorativo, del elemento normativo, permite considerar fijado en el art. 316 CP el núcleo esencial de la prohibición y, por tanto, no plantea problemas en cuanto cumpliría con los requisitos que viene exigiendo el TC respecto a la constitucionalidad de las normas penales en blanco, salvándose así la objeción respecto al principio de reserva de ley.

Es sabido que la doctrina contenida en la jurisprudencia constitucional ha declarado que se deben cumplir los siguientes requisitos: “que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.”

Por otro lado, la opinión de *Lascuraín Sánchez* supone olvidar cómo se viene legislando en un buen número de materias (*V.gr.* los delitos ecológicos y la STC 127/1990 de 5 de julio, ponente García- Mon y González-Regueral).¹⁵⁷

Es decir, volviendo a lo que ya se sostenía en la introducción del presente trabajo, en un mundo globalizado y en plena discusión sobre la existencia de nuevos riesgos, determinados sectores creadores de peligro para los ciudadanos se hallan regulados prolijamente por la administración o por normativa extrapenal. En dichos casos parece preferible recurrir a la técnica de la ley penal en blanco que no enzarzarse en farragosos tipos descriptivos que nunca acaban abarcando la totalidad de conductas punibles. O, si se prefiere, en palabras de *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina*

indeterminación, no parece que estos lo hagan merecedor de un reproche de ilegitimidad por falta de taxatividad.”

¹⁵⁷ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p.100, se muestra claro partidario de la ley penal en blanco cuando señala como contribuye a la mayor eficacia de la intervención del derecho penal en este ámbito y cita asimismo el ejemplo del delito contra el medio ambiente.

Gimeno: “en términos de taxatividad [...] resulta poco problemática porque en lugar de hacer más difusos los contornos de este tipo, sirve para determinar con mayor precisión la conducta típica”.¹⁵⁸ Además, sirva de consuelo o garantía al ciudadano posible autor del delito contra los derechos de los trabajadores que, pese al importante esfuerzo que se ha visto concretado en la Instrucción 11/2005 del FGE, la acusación se halla en una posición similar a la suya, por la falta de una adecuada formación continuada en dichas materias y la ausencia, asimismo, de medios materiales.

c) Obligaciones impuestas por la legislación no penal

A tenor de lo expuesto en el apartado anterior, se está en condiciones de afirmar que el tipo es una ley penal en blanco. Asimismo, he dejado sentada mi postura en el sentido de considerar válidos para integrar el tipo por la vía de la remisión todos los supuestos que se puedan plantear al margen de la LPRL y sus reglamentos de desarrollo, con excepción de la *lex artis*. Por tanto, hay que estudiar ahora qué obligaciones impone esa normativa extrapenal a los posibles sujetos activos del delito y el incumplimiento de cuáles de dichas normas puede constituir ilícito penal.

Para ello seguiré en este apartado a *Hortal Ibarra*,¹⁵⁹ que realiza un profuso estudio sobre la materia con relación siempre a las obligaciones impuestas directamente por la LPRL, y a *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,¹⁶⁰ quienes realizan un amplio estudio sobre la determinación del criterio que haya que seguir para constatar los deberes específicos del posible sujeto activo.

Comenzaré citando las obligaciones que entiendo que deben, sin ninguna duda, quedar incluidas como obligaciones del sujeto activo cuyo incumplimiento podría dar lugar al delito siempre que se cumpla el resto de requisitos típicos:

- Deber de evaluar los riesgos laborales existentes (art. 16 LPRL y arts. 3 y ss. Reglamento de los Servicios de Prevención-RSP).

¹⁵⁸ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p.348.

¹⁵⁹ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 166 a 193.

¹⁶⁰ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 359 a 373.

- Deber de facilitar los equipos de protección individuales (art. 4.8 LPRL y art. 2 RD 773/1997, de 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por parte de los trabajadores de equipos de protección).

- Deber de facilitar la conservación y seguridad de las máquinas, equipos y herramientas utilizadas por el trabajador (art. 17.1 LPRL).

- Deber de información y formación.

- Deber de coordinación de la actividad preventiva en los supuestos de contratas y subcontratas.¹⁶¹

- Deber de protección de los trabajadores especialmente sensibles a ciertos riesgos (arts. 15.2.a, 25,26 y 27, LPRL), que no es más que una concreción para supuestos específicos del deber de adecuación al puesto de trabajo del trabajador elegido por el empresario o su delegado. Dicho deber está legalmente previsto y viene impuesto por la Directiva marco en la materia.

- Deber de los fabricantes suministradores e importadores de maquinaria, equipos, productos, sustancias químicas y útiles de trabajo de asegurar que no constituyen una fuente de peligro para los trabajadores y que los productos y sustancias estén envasados y etiquetados de tal forma que se permita su manipulación y conservación en condiciones de seguridad (arts. 41.1 y 2 de la LPRL).

- Deber de vigilar el cumplimiento efectivo de las medidas previamente adoptadas. A pesar de no desconocer que es una de las cuestiones que más ha dividido a la doctrina, entiendo sobre la base de la interpretación teleológica propuesta y dando entrada (legítima en cuanto no supera el tenor literal típico) a cuestiones de política criminal, que es la interpretación más acorde con la protección integral que se pretende dar por el legislador a los trabajadores víctimas de este delito una vez se ha plasmado legislativamente la nueva filosofía que comenzó con la LPRL.

En la doctrina puede encontrarse, de una parte, autores como *Aguado López*, quien afirma que la falta de vigilancia de las medidas no excluye la imputación objetiva,¹⁶²

¹⁶¹ *In extenso* sobre dicha obligación material V. el apartado VII del presente trabajo.

o *Ramírez Barbosa* que, en desarrollo de su construcción del delito como un tipo de comisión por omisión, sostiene que el empresario [o sus delegados, *scil.*] debe[n] vigilar permanentemente las fuentes de peligro y mantenerlas dentro del riesgo permitido, pronunciándose a favor de incluir en el tipo el deber de vigilancia si supera el riesgo permitido.¹⁶³

De otro lado se encuentran autores radicalmente contrarios a su admisión, como *Hortal Ibarra*,¹⁶⁴ que señala que, a pesar de que un gran número de muertes y/o lesiones por accidente laboral tiene su origen en la no utilización por parte de los trabajadores de los equipos de protección previamente facilitados, el legislador del CP de 1995, a diferencia de lo establecido en el anterior art. 348 bis a), ha despenalizado dicha conducta desplazando su sanción al ámbito administrativo-laboral.

Mención específica merecen *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,¹⁶⁵ en cuanto los mismos dedican amplio espacio a argumentar su negativa al respecto. En dicha argumentación se muestran muy restrictivos, en cuanto niegan incluso virtualidad a que el deber de vigilancia de los equipos de trabajo (medios de protección individual desde mi punto de vista, aunque los autores citados lo niegan) sea un deber en la legislación laboral para todos los equipos de trabajo, haciendo referencia a que sólo lo es respecto a los que presentan riesgos específicos. Con carácter general, sostienen que el art. 15.4 LPRL impone un deber de vigilancia del que habría que excluir los supuestos en los que la falta de utilización de las medidas de seguridad pueda ser fácilmente percibida como peligrosa por el propio trabajador. Es decir, un deber de vigilancia de las conductas distraídas de los trabajadores, pero no de las temerariamente imprudentes.

En resumen, para los citados autores, el deber de vigilancia no puede incardinarse dentro del término “medios” sin violar el tenor literal típico cuando los medios necesarios ya existan y sean en principio suficientes. Ante lo insatisfactorio de la solución en términos político-criminales, de manera autocrítica los autores señalan

¹⁶² AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 433 y 435. Si bien no comparto con la autora que se trate de una cuestión de imputación objetiva, sino de tenor literal típico y violación o no del principio de legalidad a la hora de interpretar.

¹⁶³ RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp.113, 247 y 248 y nota a pie de p. 190.

¹⁶⁴ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp.166 a 193.

¹⁶⁵ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 387 a 397.

que: “se trata de sostener una visión político-criminal distinta, que insiste en que las denominadas lagunas de punibilidad del legislador no pueden ser llenadas por los intérpretes. Que la falta de vigilancia sirva [en cambio, *scil.*] para permitir la imputación a título imprudente del resultado lesivo produce una situación político-criminal absurda.” Entendiendo finalmente *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno* que es al legislador a quien habrá que achacar falta de sensibilidad y no a los autores que, como los citados, sólo pretenden el respeto del principio de legalidad.

Por mi parte, creo que hacer interpretación predominantemente teleológica no supera el tenor literal típico y que el legislador, a pesar de sus numerosos defectos, en ningún caso pretende crear tipos que dejen de atender a un aspecto tan relevante en el ámbito de la seguridad laboral como es la efectiva vigilancia del uso de las medidas de seguridad. Esto resulta evidente cuando (quizá espoleado por este tipo de interpretaciones), el legislador afirma en el párrafo IV 4º de la Exposición de Motivos de la Ley 54/2003 de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, que es objetivo básico de tal ley: “fomentar una auténtica cultura de la prevención de riesgos en el trabajo, que asegure el cumplimiento efectivo y real de las obligaciones preventivas y proscriba el cumplimiento meramente formal o documental de tales obligaciones.”

Además, valga también como argumento el hecho de que viene expresamente previsto dicho deber en reiteradas ocasiones en la normativa para el sector de las obras de construcción. Así, al promotor se le impone legalmente el deber de vigilancia del cumplimiento por parte de las empresas contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales, lo que exige comprobar al inicio de sus actividades que han realizado la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, que han cumplido sus obligaciones de información y formación a sus trabajadores y que establecen los medios necesarios de coordinación entre ellas (art.24.2 y 3 LPRL y art.10 RD 171/2004 de 30 de enero); careciendo, una vez más, de sentido el considerar factible la interpretación que posibilitaría su aplicación en el sector que concentra la mayor parte de la siniestralidad laboral y no en el resto.

Lo mismo puede observarse en el art. 31 del Convenio General del Sector de la Construcción (CGSC) vigente de 2007 a 2011, que tiene necesariamente que servir

para integrar el tipo conforme se ha expresado *supra*, que señala que: “En relación con la prestación de trabajo, el empresario está obligado a facilitar a los trabajadores cuantos medios sean precisos para la adecuada realización de su cometido, así como los medios de protección necesarios a efectos de su seguridad y salud en el trabajo, tal y como se establece en el Libro II del presente Convenio, y velar por el uso efectivo de los mismos, y en general a respetar los derechos laborales de los trabajadores establecidos en el artículo 4 del texto refundido del ET.”

Sin duda así lo ha entendido mayoritariamente la jurisprudencia. No obstante lo cual, últimamente van apareciendo resoluciones contrarias a la interpretación aquí sostenida, sin que ello en el momento actual permita afirmar, como hacen *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno* que conviven en la jurisprudencia dos interpretaciones incompatibles acerca de la inclusión del deber de vigilancia de la utilización de las medidas de prevención de riesgos dentro del ámbito típico del art. 316.¹⁶⁶

Al respecto citaré solamente la SAP de Castellón de 3 de septiembre de 2002 (ponente Ibáñez Solaz) que entiendo que, por la crudeza y llaneza de su argumentación, desde el punto de vista de los que defendemos una interpretación teleológica del precepto constituye una referencia ineludible. Así, la misma, señala que: “En esta interpretación no podemos desconocer el conjunto de tipos penales que de todo el Título XV del actual CP tratan de sancionar la no adopción de medidas de seguridad tendentes a remediar y evitar concretos hechos. La interpretación del alcance de la conducta viene directamente relacionada con lo establecido en el actual art. 14 de la LPRL, que contempla el derecho de los trabajadores a una protección eficaz e íntegra y que comprende todo el proceso de seguridad desde la información, la formación, la consulta, la participación, la disponibilidad de medios, su utilización, hasta llegar a la paralización de la actividad si entraña riesgo. Se trata de deberes muy amplios y todos ellos tienen cabida en el tipo penal del actual 316 al utilizar el verbo facilitar. El deber de facilitar no es simplemente un deber de poner a disposición, sino que requiere el dar cumplimiento a cada uno de los diversos derechos instrumentales en los que se materializa el

¹⁶⁶ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Guía InDret*, p. 16. En su propio estudio se pone de manifiesto como cinco sentencias sostienen la interpretación inclusiva y sólo dos la exclusiva y pese al prestigio del magistrado Jorge Barreiro y a que el mismo haya sido nombrado Magistrado del TS, entiendo que ello por sí solo no provocará el cambio de la jurisprudencia de dicho tribunal.

genérico derecho de los trabajadores a una protección eficaz. Se trata en realidad de contemplar una protección integral de la integridad física y vida de los trabajadores, frente a aquellas conductas que supongan incumplimiento de las medidas de seguridad. Estas medidas obedecen a un principio fundamental, cada vez más arraigado en nuestra sociedad, aunque no asumido por algunos, de que la seguridad en el trabajo hay que anteponerla a otras consideraciones de índole económica que suelen regir los procesos industriales. El incumplimiento de estos deberes previstos en la normativa laboral, debe entenderse a pesar del genérico verbo de “facilitar” que emplea el legislador como subsumido en un deber más amplio, comprensivo de todas aquellas actividades que posibilitan la eliminación del riesgo que se crea, es decir, la información, la formación, el cumplimiento la vigilancia, y la exigencia. El deber de facilitar medios se satisface cumpliendo todos y cada uno de los derechos instrumentales en los que se diversifica el genérico derecho de los trabajadores a un protección eficaz. Así pues, no aceptamos que el actual CP deje sin sanción la conducta de no exigir los medios, limitándose a sancionar el no facilitarlos, ya que gramaticalmente este verbo supone poner al alcance de los trabajadores las medidas, y nos encontraríamos, con la absurda situación de tener que aceptar que la simple puesta a disposición elude el tipo penal, mientras que la conducta de observar como los puestos a disposición, ni se utilizan, ni se instalan, ni se exigen, apreciándose un evidente riesgo, carecería de sanción. Es decir, basta poner a disposición redes, cascos, cinturones, etc., y si no se usan, no se instalan, o se incumplen con grave riesgo no pasa nada. Bastaría en la interpretación dada por el apelante decir en una obra, ahí están los cinturones y las redes, ya no tengo responsabilidad alguna, no me afecta que no se usen o se instalen, he cumplido mi obligación y ya no merezco reproche penal alguno. Esta interpretación iría contra la finalidad y bien jurídico protegido en estos delitos.”¹⁶⁷

En el lado contrario, minoritario, amén de las tres sentencias citadas en su momento por *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,¹⁶⁸ con posterioridad sólo he encontrado una sentencia que se haya manifestado en contra de la inclusión típica del deber de vigilancia, la SAP de Jaén de 21 de febrero de 2005 (ponente Aguirre Zamorano), que señala cómo: “Hay que partir de la base de que la protección de los

¹⁶⁷ Los autores partidarios de la no inclusión del deber de vigilancia en el tipo estudiado, como HORTAL IBARRA o MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO, citan desaprobadoramente esta sentencia.

¹⁶⁸ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 385 y nota a pie de p. 182.

bienes jurídicos no se realiza sólo por medio del derecho penal, sino que la intervención punitiva constituye un medio de protección subsidiario cuando se ha demostrado la ineficacia de otros sectores del ordenamiento jurídico (acción civil, sanciones administrativas, etc.). Ello quiere decir que el derecho penal sólo protege parte de los bienes jurídicos, y en ocasiones, incluso los bienes protegidos sólo lo son frente a determinadas modalidades de ataque (principio de intervención mínima).

En consecuencia parece excesivo incardinar esa falta de vigilancia del trabajador fallecido dentro del campo de derecho penal aunque sea como una simple falta de imprudencia máxime cuando no se ha probado que la conducta del trabajador, al no sujetarse con el cinturón de seguridad, era habitual o no o incluso podría haber sucedido que éste se hubiera quitado el cinturón momentos antes de producirse el fatal desenlace. Es por ello que no queda claro la infracción del deber de cuidado de los condenados todos ellos responsables de la seguridad del trabajador fallecido de conformidad con las normas desarrolladas por la sentencia impugnada.”

Por su parte, *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*¹⁶⁹ citan la SAP de Tarragona, Sección 4ª, de 13 de marzo de 2006 (ponente Pérez Bello) que se limita a confirmar la absolución acordada por el Juzgado de lo Penal sin explicar por qué el deber de vigilancia no integra el tipo ,y la SAP de Madrid, Sección 15ª, de 30 de mayo de 2008 (ponente Jorge Barreiro) que sí afirma expresamente que la omisión de las medidas de vigilancia y el control orientadas a comprobar que los trabajadores están utilizando los instrumentos e instalaciones de forma adecuada habrían de ser sancionados, en el ámbito administrativo-laboral, al quedar también tales comportamientos fuera del perímetro fáctico descrito en el art. 316 CP, añadiendo que el tenor literal típico es más restringido que el del antiguo 348 bis a), lo que sólo permite punir la no facilitación de medios.

Entiendo, por tanto, a diferencia de los autores que se oponen a la admisión del deber de vigilancia, que no se trata de una laguna de punibilidad, dado que la misma es salvable con una interpretación que por privilegiar la teleología no puede decirse que supere el tenor literal típico. No se trata aquí de discutir la falta de sensibilidad del legislador, que entiendo es legendaria, sino de valorar el papel en la sociedad de la Jurisprudencia y la Fiscalía.

¹⁶⁹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Guía InDret*, p. 18

En cambio, entiendo, a diferencia de los autores que sigo, que no parece tan evidente la inclusión de otras obligaciones laborales o deberes específicos, así:

- Deber de crear una organización preventiva (art. 14 LPRL).

Considero que ello no es una obligación predicable con carácter general para todos los empresarios, con lo que sólo podría considerarse como tal deber u obligación en los supuestos en los que se exige expresamente por el art. 14 LPRL.

- Deber de paralizar la actividad laboral en caso de riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL).

En este caso, y a diferencia de la totalidad de la doctrina, que se muestra unánimemente favorable a la existencia de este deber,¹⁷⁰ sostengo que no estamos ante un deber importante o siquiera necesario, al menos en la mayoría de los supuestos. En caso de que exista riesgo grave e inminente (para la vida, salud o integridad física), el delito normalmente ya se ha consumado. De modo excepcional, puede pensarse en supuestos en los que, en el transcurso de una actividad laboral para la que se han facilitado las medidas de seguridad adecuadas, un hecho distinto de la conducta del obligado a facilitar las medidas convierte en peligrosa la actividad inicialmente segura (piénsese, por ejemplo, en un andamio que es desplazado por una fuerte ráfaga de viento). En estos casos el delito no estaría inmediatamente consumado con la existencia de peligro, dado que en la conducta del obligado faltaría el dolo o la imprudencia. De omitirse la paralización de la actividad, sin embargo, estaríamos ante un caso de dolo (si el peligro ha sido percibido) o imprudencia (si hubiera debido percibirse).

- Deber de vigilancia sobre la salud (art. 22 LPRL).

¹⁷⁰ Estoy por tanto en desacuerdo con la opinión de HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 166,167 y 193, según la cual la facultad conferida en ese sentido por el RD 1627/1997 de 24 de octubre a arquitectos y arquitectos técnicos es una de las conductas más idóneas para preservar la indemnidad de los bienes jurídicos protegidos en el art. 316 CP.

Al respecto, *Hortal Ibarra*¹⁷¹ realiza un profuso y elaborado estudio sobre los reconocimientos médicos y la voluntariedad u obligatoriedad de los mismos para los trabajadores, confrontándolos con el deber de protección del empresario.

Así, tras ello, el citado autor señala que puede fundamentarse la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo sobre la sola base del incumplimiento de dicha obligación, ya que los reconocimientos médicos cumplen una función esencial en la protección de la seguridad y confianza de los trabajadores: detectar anticipadamente las patologías y enfermedades que tienen su origen en que haya trabajadores expuestos de manera permanente a riesgos especiales, lo que permite mejorar la eficacia de las medidas ya adoptadas o adoptar todas las medidas que resulten necesarias para eliminar el riesgo o reducirlo a niveles tolerables.

Por mi parte y aun coincidiendo con *Hortal Ibarra* tanto en la importancia de los reconocimientos médicos como en que en la práctica el empresario que los incumple, incumple asimismo otras medidas, entiendo que no puede afirmarse que la sola violación de este deber sirva para integrar el tipo penal.

Si los trabajadores ya han contraído la enfermedad es porque no se facilitó el medio que podía evitar su causación, y entonces habrá delito o no en función de la evaluación del riesgo que se hubiera realizado y de la facilitación o no del medio legalmente previsto. No porque no se hubiera revisado médicamente a los trabajadores y se descubra la enfermedad de manera más tardía va a haber delito si no lo hubo antes o viceversa. A salvo, naturalmente el supuesto de trabajadores que son especialmente vulnerables a ciertos riesgos, lo que únicamente puede descubrirse tras el reconocimiento médico, debiendo entonces el empresario cambiarlos de puesto de trabajo a uno que se adapte a sus especiales características.

- Deber de documentación (art.23 LPRL)

Si bien se trata de un deber efectivamente previsto por la normativa de prevención de riesgos laborales, entiendo que no sirve para integrar la remisión normativa del tipo. Cumplirá esenciales funciones probatorias a posteriori en el seno del proceso penal, pero cuesta imaginarse una falta de documentación que *per se* provoque un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

¹⁷¹ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p.179.

Finalmente, después de todo lo que se ha argumentado y de conformidad con la interpretación amplia que propongo, habría que incluir el sinfín de obligaciones establecidas por los convenios colectivos, sirviendo *ad exemplum*, las contenidas en los arts. 171 a 241 del CGSC vigente de 2007 a 2011, normativa de las CCAA y en su caso normativa contractual, toda la cual no se analiza aquí con más detalle habida cuenta su prolijidad.

d) ¿Infracción grave de la normativa de prevención?

Entiendo, con *Lascuraín Sánchez*¹⁷² que la gravedad a la que hace referencia el tipo del art. 316 CP debe predicarse del resultado, pero no de la infracción de la normativa de prevención. O si se prefiere, en palabras del citado autor, que la gravedad del comportamiento viene ya exigida por la gravedad del resultado de peligro y la exigencia de que éste sea abarcado por su dolo o imprudencia.

Ello no obstante, existen elaboradas opiniones doctrinales en contra de mi postura, como la de *Terradillos Basoco*,¹⁷³ que propone como pauta interpretativa que pasen a la vía penal las infracciones graves o muy graves, quedando las demás en el ámbito administrativo, o la de *Navarro Cardoso y Losada Quintás*, que sostienen que lo contrario infringiría el principio de intervención mínima extendiendo indebidamente la respuesta penal a niveles incompatibles con la seguridad jurídica.¹⁷⁴

¹⁷² LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, p. 368 con ulteriores referencias. AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p.226 se muestra de acuerdo en que el art. 316 CP suprime afortunadamente el elemento de la gravedad de la infracción trasladado ahora como pedía la doctrina a la gravedad del peligro. Además señala *supra*, p. 521, conclusión 9ª que la anterior infracción grave era un elemento normativo que no cumplía con uno de los requisitos que exige el TC para que los elementos normativos no vulneren el principio de legalidad: que su utilización sea necesaria para proteger el bien jurídico.

¹⁷³ TERRADILLOS BASOCO. *Delitos contra la vida*, pp. 89 a 91.

¹⁷⁴ NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS. *La autoría*, p. 984. Entiendo, por el contrario, que es poco fundada la opinión de RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 143 y 144. No veo tan claro que de la definición o concepción de peligro grave que adopta dicha autora (“cercana lesión del bien jurídico”) se derive necesariamente la afirmación contenida en la nota a pie de p. 281 “En consecuencia la infracción tiene que ser grave o muy grave”. Ello originaría además problemas de *bis in idem*, como se podrá ver con posterioridad en el epígrafe VI.

Existe asimismo una sólida línea jurisprudencial en dicho sentido, iniciada por la STS, Sala 2ª, de 29 de julio de 2002 (ponente Giménez García) seguida por innumerables otras de las Audiencias Provinciales (como más destacadas, V. SAP de Ourense de 10 de septiembre de 2003, ponente Alañón Olmedo –que llega a entender como no grave el hecho de que el agujero por el que se precipitó el trabajador se hallara sin ningún tipo de protección porque había estado tapado con anterioridad– de Valladolid de 30 de enero de 2004, ponente Ruiz Romero, de Vizcaya de 13 de septiembre de 2007, ponente Yangüela Criado, de Murcia de 24 de marzo de 2008, ponente Jover Carrión, o de Cádiz de 7 de abril de 2008, ponente González Castrillón).

Piénsese, además, que en la práctica es perfectamente posible que una infracción leve de la normativa de prevención de riesgos laborales dé lugar a un peligro grave, lo que puede verse con un ejemplo (extraído del supuesto de hecho de la SAP de Barcelona, Sección 7ª, de 20 de julio de 2006, ponente Ingelmo Fernández):

Se trata de un empresario que cumplía en general con las medidas de seguridad y que había además informado adecuadamente al trabajador de los riesgos de su concreto puesto de trabajo, habiendo sido el profesional formado específicamente para el mismo. Sin embargo, el empresario se retrasa en la pertinente revisión de los rodillos de la máquina, éstos se rompen y atrapan el brazo del trabajador, que finalmente pierde la mano.¹⁷⁵

En el anterior supuesto hay una infracción leve, consistente en un retraso en la revisión de la maquinaria, generadora de un peligro grave (los trabajadores que hacían sus turnos en aquella máquina estuvieron expuestos hasta que se produjo el accidente al riesgo de amputación de extremidades). Se muestra pues, que es perfectamente posible que una leve infracción de la normativa de riesgos laborales produzca un riesgo elevado.

¹⁷⁵ Sin embargo, en la resolución de este caso, mientras que el Juzgado de lo Penal condenó, la SAP citada revocó la condena dejando la cuestión en una falta de imprudencia con el mismo argumento de la STS, Sala 2ª, de 4 de junio de 2002 (ponente Saavedra Ruiz) de que las medidas funcionaban bien y el que fueran mejorables no implica su inexistencia, sin plantearse si ha de ser o no grave la infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales.

En idéntico sentido se manifiesta la SAP de Barcelona, Sección 7ª, de 26 de abril de 2004 (ponente Sotorra Campodarve):

“[...] debemos poner de manifiesto que la infracción de normativa de prevención, no exige gravedad alguna, a diferencia del peligro para la vida o la integridad física del trabajador o la comisión por imprudencia. Y es que una cosa es la ausencia de prevención del riesgo, equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas por la Legislación Laboral y otra distinta su insuficiencia o defecto, lo que da lugar a los dos tipos previstos en la ley; dos tipos legales cuya diferencia radica en el elemento subjetivo, identificado con la conciencia del peligro en la modalidad dolosa y con la infracción del deber de cuidado por ausencias de medidas de protección exigibles al garante de la salud e integridad física de los trabajadores en la imprudente [...]”

III.4 ELEMENTO VALORATIVO. “PONGAN EN GRAVE PELIGRO...”

Dos son las cuestiones que deben plantearse en este epígrafe:

A) La gravedad del peligro

Dado que el peligro, sin necesidad de mayor argumentación por tratarse de un mandato legislativo, tiene que ser grave, la cuestión a plantearse es: ¿Cómo debe medirse la gravedad del peligro?

Para contestar a esta cuestión, y en cuanto al resumen de las aportaciones doctrinales formuladas hasta el momento, seguiré el esquema trazado por *Purcalla Bonilla*,¹⁷⁶ para después añadir mi opinión personal al respecto.

Así, señala el citado autor que tres son las interpretaciones que se han dado a la gravedad del peligro:

a) Identificar peligro grave con la noción de riesgo grave que establece el art. 4.2 de la LPRL cuando señala “[...] se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se

¹⁷⁶ PURCALLA BONILLA. *Claves aplicativas del delito*, p.1750.

produzca el daño y la severidad del mismo” (teoría doctrinalmente sostenida por *Almela Vich* y *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*).¹⁷⁷

Frente a lo que podría parecer a primera vista, esta teoría no convierte el tipo, con excepción del elemento que *Almela Vich* llama “elemento descriptivo”, en una norma penal absolutamente en blanco. Es decir, no normativizaría el elemento valorativo de tal manera que debería ser integrado por la legislación laboral. Esto sería así porque la legislación laboral no señala cómo ha de medirse o cuantificarse el peligro, sino que se limita a señalar al intérprete qué factores debe tener en cuenta para hacerlo, y estos factores son además los adecuados para la tarea que ha de desempeñar.

De otra parte, tampoco cabría considerar que la severidad del daño alude a un análisis *ex post*, postura que sólo se puede sostener si se está pensando en el delito imprudente de resultado lesivo. Quizá, como ya es frecuente, la redacción del precepto que provoca esta inferencia no es afortunada. A la severidad del daño debió añadirse la probabilidad de dicha severidad. Pero debe en cualquier caso resaltarse que el análisis se efectúa *ex ante*. Se trata, simplemente, de medir o valorar de acuerdo con la estadística, la práctica o las sanas reglas de la lógica, en cuantas situaciones es probable que se produzca el daño (resultado de peligro) al estar los trabajadores prestando su trabajo sin las medidas adecuadas, y en cuantas de éstas, si se llegara al resultado lesivo, éste sería grave.

Finalmente, cabe pronunciarse sobre el carácter ampliamente circunstancial o pegado a caso concreto de esta fórmula. Veámoslo con dos ejemplos:

- Piénsese en el caso de una obra en construcción que tiene una zanja sin señalizar, por cuyas cercanías ha de pasar a diario un obrero empujando una carretilla. En principio, *ex ante* no habrá peligro grave. Sin embargo, si el obrero ha de pasar muchas veces, el peligro (probabilidad) aumenta, y si la carretilla va muy cargada y/o la zanja es muy honda la (probabilidad de) severidad del daño también. Si el obrero sólo tiene que pasar cuando con la carretilla recoge el material para marchar del trabajo el peligro disminuye, pero si cuando hace esta operación cada día es de noche, entonces aumenta.

¹⁷⁷ ALMELA VICH. *Delitos contra la vida*, p. 510. MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 400 y 401.

- Imagínese ahora el supuesto de unos trabajadores que llevan a cabo su labor a una altura de 10 metros. En principio, si no hay red, están en peligro grave *ex ante*. Pero el peligro no es el mismo si el trabajador expuesto es un obrero que todos los días trabaja en esas condiciones que si es uno que trabaja allí una vez a la semana. Así mismo, aunque no haya red, un cinturón de seguridad bien usado y anclado al correspondiente arnés sujeto a un elemento fijo evidentemente disminuye el peligro y la severidad del daño.

Como puede verse, en ambos casos son las circunstancias concretas las que en cada caso dan sentido a la fórmula presentada. Ello, sin embargo, no es criticable, dado que es la consecuencia necesaria de la consideración de estos tipos como tipos de peligro concreto (una conclusión que se argumentará en el siguiente subapartado).

b) La segunda posibilidad teórica es concebir el peligro como aquella situación en que la hipótesis de que no se produzca un daño se presenta como la menos probable (teoría presentada por *Lascuraín Sánchez*).¹⁷⁸

Esta segunda posibilidad se complementaría con la aportación de *Aguado López*,¹⁷⁹ que entiendo constituye prácticamente una teoría independiente, si bien recuerda a la de *Lascuraín Sánchez* al hacer también cálculo de probabilidades. Así, *Aguado López* señala que el peligro es grave cuando para evitar el resultado dañoso hay que acudir a medios extraordinarios o al azar.

Esta segunda postura tiene el problema de que, al no haber previsto el citado autor elemento moderador alguno,¹⁸⁰ ocurre que cualquier puesta en peligro no superior al 50% implicaría la absolución, puesto que incluso con una probabilidad del 50% la probabilidad de resultar lesionado no es mayor que la probabilidad de resultar ileso. Por supuesto, el legislador afirma que el peligro ha de ser “grave”. Sin embargo,

¹⁷⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, pp. 391 y 399.

¹⁷⁹ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 101 y 102.

¹⁸⁰ Es cierto que LASCURAÍN SÁNCHEZ. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.) *Compendio de Derecho Penal*, vol. II, Madrid, 1998, p. 640 hace referencia a la trayectoria o la intensidad del peligro y la razonabilidad o el control ordinario de los agentes implicados, pero necesariamente al final hay que hacer cálculo de probabilidades. En ese sentido y siendo igualmente insatisfactoria su teoría en cuanto al resultado a alcanzar, da un mayor margen a las probabilidades de daño AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 101 y 102 ya que en su versión todas las casualidades, fuerzas mayores, casos fortuitos, intervenciones de terceros en el curso causal y supuestos similares computarían como resultados en la parte de la balanza probabilística.

interpretar tal expresión en el sentido de exigir una probabilidad de aparición del resultado superior al 50% resulta excesivamente restrictivo. ¿Se estaría dispuesto a operar con los mismos criterios al hablar por ejemplo de la elevada probabilidad del resultado necesaria para entender existente el dolo eventual en lugar de la imprudencia por representación? Ello no parece correcto. De aplicarse literalmente la fórmula propuesta por *Lascuráin Sánchez*, la inmensa mayoría de las veces habría de acordarse la absolución. Así, un empresario que tiene cinco trabajadores trabajando a 10 metros de altura y sin una red de seguridad podría afirmar que el riesgo no era grave, ya que de ser superior al 50% se habría debido concretar en un resultado lesivo para alguno de los cinco trabajadores (la probabilidad de que un riesgo del 50% de riesgo no se materialice en un resultado lesivo para ninguno de ellos es, incluso en un solo día de trabajo, muy baja, de modo que la no producción del resultado podría alegarse como demostración de que el riesgo era realmente mucho menor del 50%).

c) La tercera propuesta consiste en tomar como referencia el esquema de infracciones que prevé la legislación administrativa y considerar que hay peligro grave a los efectos del art. 316 y 317 CP cuando haya infracción laboral grave o muy grave.¹⁸¹

No puede ocultarse que, en ausencia de criterios rectores generales, dado que las Instrucciones 1/2001 y 11/2005 del FGE referidas al delito del art. 316 CP no tratan sobre cuestiones dogmáticas o interpretativas, sino de organización, en la labor de la Fiscalía es la teoría más socorrida y utilizada, puesto que la Inspección de Trabajo habrá calificado ya la infracción y realizado un estudio sobre la misma, una vez ello llegue a manos del aplicador del derecho. El problema, sin embargo, es doble: en primer lugar, que hay supuestos en los que la Inspección de Trabajo no habrá calificado la infracción; en segundo lugar, que uno de los problemas de técnica legislativa en este ámbito es precisamente la dificultad de diferenciación entre ciertos ilícitos laborales graves y muy graves y el propio tipo penal, lo que hace difícil acudir a los primeros para precisar los elementos típicos de este último.

¹⁸¹ PURCALLA BONILLA. *Claves aplicativas*, p.1750 y MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 400 y 401 y nota a pie de p. 196 sostienen que tal es la posición de *Baylós Grau y Terradillos Basoco*. Sin embargo, tengo mis dudas al respecto: los autores citados señalan que para la gravedad del peligro hay que tener en cuenta la probabilidad del peligro y la lesión esperada, lo que en cierto modo constituiría una variante de la posición a). V. BAYLÓS GRAU y TERRADILLOS BASOCO. *Derecho penal del trabajo*, pp. 121 y 122.

Descartada por las razones expuestas la teoría c), por mi parte, y aunque con matices, entiendo que la teoría más aceptable es la teoría a). Mostraré el porqué mediante dos ejemplos extraídos ambos de la práctica de los Juzgados y Tribunales:

- Piénsese en primer lugar en la máquina de rodillos a la que se aludía en el caso expuesto en la p. 88. En el mismo, varios sujetos trabajaron períodos de tiempo equivalentes al que tardó el rodillo en romperse en la ocasión. Pongamos que se tratara de cinco sujetos, resultando accidentado uno de ellos. En este caso, el empresario podría alegar que la máquina sólo produjo el resultado en un 20% de los casos, y que inferir que el peligro era en realidad superior al 50% es una inferencia sobre los hechos en contra del reo, y por lo tanto inadmisibile. Así pues, conforme a la postura “b)” habría de absolverse. Conforme a la teoría “a)”, sin embargo, podía considerarse existente el peligro grave, toda vez que el resultado que se produjo ciertamente tiene la consideración de grave conforme a criterios penales y sociales. Así mismo, la probabilidad de que se produjera era elevada conforme al marco normativo de evaluación, que ha de ser la legislación de prevención de riesgos laborales que, si bien permite su existencia, también pretende rebajarlos lo más posible.

- Considérese ahora el caso de una obra en construcción a la que cada día debe acceder una máquina de grandes dimensiones que no puede hacerlo sin chocar con unos cables eléctricos colocados a menor altura de la que alcanza la citada máquina. No existe nada previsto al respecto desde un principio en los proyectos de seguridad, ni una vez detectado el problema se hace nada por darle una solución. Cada vez que la máquina debe acceder a la obra, se eleva a un trabajador en la pala de una excavadora sin sujeción o protección alguna y éste con ayuda de un instrumento metálico aparta los cables. Tres meses después del inicio de la obra aparece por la misma la Guardia Urbana a fin de solicitar la licencia urbanística y pone fin a dicha práctica.

Si adoptamos la tesis a), cabría considerar la posibilidad del daño como grande, habida cuenta la repetición del comportamiento. Asimismo, sería también elevada la (probabilidad de) severidad del daño teniendo en cuenta respecto al riesgo de caída en altura que dicha altura es de entre tres y cuatro metros. El trabajador puede caer de cabeza y habría riesgo mortal (138 CP), de espaldas o sobre su abdomen y habría riesgo de paraplejia (149 CP) o de afectación de órgano principal o no principal (149

ó 150 CP) y, en el mejor de los casos, si cayere de pie, al menos riesgo de rotura de la pierna o de ligamentos (art. 147 CP). De otro lado, también sería grande la (probabilidad de) severidad del daño respecto al riesgo de electrocución dado que la posibilidad sería de muerte (138 CP)¹⁸² si hay electrocución por el contacto de un instrumento metálico con los cables.

En cuanto a la tesis b), lo cierto es que, a pesar de que el obrero se subió a la excavadora cada día desde que comenzó la obra y durante tres meses el accidente no llegó a producirse, por lo que de seguir la misma el supuesto sería atípico por resultar prácticamente imposible argumentar que un peligro del 50% no se materializó en tres meses, esto es, en unas 60 exposiciones al mismo (en términos estadísticos, esto sería equivalente a que una moneda fuera arrojada al aire en 60 ocasiones, cayendo las 60 de cara: en un supuesto tal sería muy difícil que se nos convenciera de que la moneda no estaba trucada y tenía tantas posibilidades de caer de cara como de caer de cruz).¹⁸³

Así pues, y en atención a sus consecuencias prácticas, entiendo que para determinar la existencia de un peligro grave es preferible optar por la teoría “a”.

B) Peligro abstracto o peligro concreto

Siguiendo a toda la doctrina y al legislador, dentro de los delitos de peligro cabe diferenciar entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Para mostrar las diferencias entre ambas clases de delitos seguiré, una vez más, a *Mir Puig*.¹⁸⁴

¹⁸² No ignoro que de producirse el resultado se imputaría a título de imprudencia. La alusión a los tipos dolosos es sólo ilustrativa por ser en éstos donde se describe con mayor precisión el resultado (mientras que los delitos imprudentes se suelen limitar a referirse a la descripción de los dolosos).

¹⁸³ De nuevo parece que la versión de *Aguado López* da alguna opción imputativa más. Sólo por azar o por el medio extraordinario o casual de la aparición de la Policía Local por una cuestión administrativa, no cayó el trabajador, o sea, quizá hubo más probabilidades contando el azar diario de caída que de no caída. Operaría así el azar como una especie de cláusula de cierre. Por mi parte, mi apoyo a la teoría a) se realiza con la esperanza de reducir la arbitrariedad en la aplicación del precepto. Así, la jurisprudencia puede resumirse con la STS, Sala 2ª, de 4 de junio de 2002 (ponente Aparicio Calvo-Rubio), cuando señala que es difícil asentar un criterio apriorístico técnico y de validez general, debiendo resolverse la cuestión casuísticamente.

¹⁸⁴ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, pp. 208 y ss.

En los delitos de peligro concreto se requiere la creación de una efectiva situación de peligro (se exige un “resultado” de peligro), mientras que en los segundos la sanción se impone porque normal o estadísticamente dichas conductas producen un peligro. Es decir, los delitos de esta segunda clase deben ser sancionados a menos que de antemano esté excluido el peligro, sin que quepa en ningún caso remitir la cuestión a la fiabilidad del autor, pues entonces se cometerían muchos de estos delitos en la confianza de que el resultado no se iba a producir.

Aplicando el anterior razonamiento al delito que nos ocupa, es cierto que el delito contra el derecho de los trabajadores a desarrollar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal sería un delito de los denominados doctrinalmente de peligro concreto, conforme al criterio dominante mayoritariamente en la doctrina que he citado, en cuanto que exigiría la creación de una efectiva situación de peligro: “[...] de forma que pongan en grave peligro la vida, salud o la integridad física [...]”

Por su parte, también con carácter general, *Ragués i Vallès*¹⁸⁵ señala cómo cuando se entienda que un tipo es un delito de peligro concreto será necesario acreditar en cada caso que la vida o salud de la víctima en particular se ha visto amenazada. Desde el punto de vista de la acusación, ello exige demostrar en el acto del juicio de qué manera la conducta o conductas concretas que se atribuyen a dicho acusado han podido repercutir en el resultado de lesión del sujeto pasivo, algo que a menudo será muy difícil. Por el contrario, continúa diciendo el citado autor, si se interpreta que el delito es de peligro abstracto bastará con demostrar en juicio conductas que, más allá de sus efectos en el caso en particular, resulten en general aptas para poner en riesgo la vida o salud de aquellos sujetos a quienes se apliquen.

La mera interpretación gramatical (“pongan en peligro”) no resuelve las dudas planteadas. De hecho, no cabe ignorar que cuando el legislador ha querido en otras figuras delictivas exigir una puesta en peligro concreta lo ha manifestado explícitamente, como en el caso, por citar sólo un ejemplo, de la conducción temeraria (art. 382 CP). Por otra parte, conviene tener en cuenta que otras infracciones redactadas con una cierta ambigüedad son valoradas como de peligro abstracto por los tribunales: el ejemplo más claro al respecto es el delito contra el medio ambiente del art. 325 CP, en el que la expresión “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” es interpretada por la Sala

¹⁸⁵ RAGUÉS I VALLÈS. *El delito de dopaje*, pp. 3 y 4.

Segunda del Tribunal Supremo en su jurisprudencia mayoritaria como la exigencia de un mero peligro *in abstracto*.¹⁸⁶

Sin embargo, pese a estos argumentos en contra de la exigencia de peligro concreto, existen otras razones que parecen apoyarla, como el hecho de que se mencione expresamente la “puesta en peligro” a diferencia de lo que sucede con delitos que indiscutiblemente son de peligro abstracto como, por ejemplo, el tráfico de drogas (art. 368 CP) o la conducción etílica (art. 379 CP).

Si se analiza la doctrina específica, tras prolijas explicaciones, *Aguado López* se acaba decantando por el delito de peligro concreto de resultado y no de mera actividad. Dicho delito, por tanto, trae aparejado, según la citada autora, el inconveniente de tener que admitir la tentativa del delito, lo que lo asemeja a las infracciones de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), diciendo que cabe su diferenciación porque estas últimas no necesitan de dolo.¹⁸⁷

Por su parte, *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, tras estudiar la doctrina y jurisprudencia al respecto, acaban decantándose por considerar que el peligro ha de ser concreto porque es la interpretación más favorable al reo y, en ausencia de mejores argumentos, ha de ser preferida.¹⁸⁸

En cuanto a la jurisprudencia, la citada e importante SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ponente Puente Segura) opta por el peligro concreto, señalando además que la forma más habitual de presentación del tipo del art. 316 CP será por dolo eventual, bastando que los acusados se representaran o tuvieran conciencia del alto grado de peligro que su comportamiento acarrearía, aceptando el peligro concreto para el caso que éste (como efectivamente ocurrió) se produjera. Con posterioridad, y con una argumentación distinta de los tres planteamientos doctrinales ya vistos para medir la gravedad del peligro, la SAP de Cantabria de 31

¹⁸⁶ Cfr., entre otras, la STS, Sala 2ª, de 24 de febrero de 2003 (ponente Granados Pérez) y la STS, Sala 2ª, de 1 de abril de 2003 (ponente Conde-Pumpido Tourón).

¹⁸⁷ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 92. Así también HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p. 72, que alega también razones de necesidad de pena.

¹⁸⁸ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 398 y 399. Entiendo que los citados autores utilizan implícitamente el principio *odiosa sunt restringenda*, lo que no creo acertado. Mi punto de vista es que fuera del *in dubio pro reo* para interpretación de pruebas y la presunción de inocencia, no hay ningún principio general que obligue a interpretar a favor del reo.

de mayo de 2005 (ponente Ilaria Ibáñez) y con idéntica formulación la SAP de Burgos de 22 de marzo de 2007 (ponente Marín Ibáñez) sostienen que el tipo es de peligro concreto, pues lo que se sanciona penalmente no es la desobediencia a las normas de seguridad, sino la puesta en peligro de los trabajadores por infracción de dichas normas, considerándose en relación a esta puesta en peligro, que el tipo exige *ad casum* que desde una perspectiva *ex ante* y teniendo en cuenta las circunstancias cognoscibles por una persona inteligente colocada en la posición del autor, las circunstancias conocidas por el autor y la experiencia de la época sobre cursos causales, el autor aprecie que la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable, lo cual es más que previsible pero menos que probable, y dicho peligro ha de estar “causalmente relacionado” (sic) con la conducta omisiva del sujeto activo.

En contra, sosteniendo (con escasa argumentación) que es un delito de peligro abstracto, la SAP de Baleares de 17 de mayo de 2000 (ponente Gómez-Reyno Delgado), y con un argumento sistemático la SAP de Madrid de 6 de octubre de 2003 (ponente Fernández Entralgo), que señala que cuando el CP tipifica como delictiva una actividad generadora de riesgo, sólo se adjetiva el peligro creado cuando éste es concreto y que además si la ausencia de medios significa que los trabajadores tienen que realizar sus tareas en un “estado de peligro”, ello colma las exigencias del tipo, sin que sea necesario además que se hayan encontrado en una situación en la que concretamente corrieron peligro.¹⁸⁹

Faltaría, para acabar este epígrafe, plantearse la cuestión de si la clase de peligro sirve para distinguir el delito de las infracciones administrativas o no.

Ya se ha visto *supra* el criterio de *Aguado López*, quien entiende que se trata de un delito de peligro concreto porque en caso contrario se confundiría con las infracciones administrativas de la LISOS, planteamiento que secunda *Ramírez Barbosa*.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Entiendo, sin perjuicio del interés del elemento sistemático, que la citada sentencia en este punto peca de tautológica y de confusa. El trabajador (más aún en el ámbito de la construcción que estudia la sentencia) que trabaja en un “estado de peligro” ya está en peligro concreto, con independencia de que si no se produce el resultado lesivo no lleguen apenas supuestos a la vía penal o de cómo funcionen los servicios de inspección en España. Amén de que efectivamente en el art. 316 CP el peligro está adjetivado como “grave”.

¹⁹⁰ RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p. 81 y nota a pie de p. 100. En idéntico sentido SAP de Castellón de 3 de septiembre de 2002 (ponente Martín Ibáñez).

Por su parte, *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*¹⁹¹ se muestran contrarios a la conclusión de que si el tipo fuera de peligro abstracto se confundirían los ámbitos civiles y penales. Señalan dichos autores que la mayoría de las infracciones administrativas se configuran como infracciones formales o de actividad que no precisan para su consumación ninguna clase de peligro, ni siquiera abstracto. De otro lado, existen asimismo otras infracciones administrativas que requieren la existencia de riesgo grave, que siendo sinónimo de peligro grave, serían infracciones administrativas de peligro concreto, con lo que el criterio de la clase de peligro no sirve para distinguir la infracción administrativa y el delito.

Por mi parte, me adscribo plenamente a los autores últimamente citados. En el apartado correspondiente al *non bis in idem* trato ampliamente la cuestión que, como allí pongo de manifiesto, pasa por una serie de propuestas de *lege ferenda* con relación a la manera de reglamentar del poder ejecutivo y la administración, así como respecto a la actividad de la Inspección de Trabajo y la Fiscalía. Dichas propuestas, sin embargo, en ningún caso ponen en cuestión el carácter concreto del peligro típico ni proponen la legislación de un tipo de peligro abstracto en la materia.¹⁹² Y ello a pesar de, como señalaba *supra Ragués i Vallès*, sus evidentes ventajas para la acusación.

III.5 LA CONDUCTA TÍPICA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL RIESGO PERMITIDO/LA ADECUACIÓN SOCIAL

Antes de entrar a analizar qué papel deben jugar en los delitos objeto de estudio el riesgo permitido y la adecuación social, parece conveniente observar el tratamiento dado con carácter general por la doctrina a dichas instituciones.

¹⁹¹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 398 y 399.

¹⁹² TERRADILLOS BASOCO. *Delitos contra la vida*, p. 52, critica que el tipo sea de peligro concreto en vez de abstracto. A favor de un tipo penal de peligro abstracto se muestran también CORCOY BIDASOLO. *Delitos de peligro*, p. 228; MENDOZA BUERGO. *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, pp. 355 y ss. y GARCÍA ARÁN. “La protección penal de la seguridad en el trabajo en el CP vigente y en el proyecto de CP de 1992”, en TERRADILLOS BASOCO (coord.). *XIII curso de verano en San Roque* (Cádiz).

Así, en primer lugar y siguiendo a *Mir Puig*,¹⁹³ cabría hablar de riesgo permitido como aquellas situaciones de la vida moderna en las que se considera más útil la realización de acciones peligrosas que su prohibición. Siempre que se parta, en palabras del citado autor¹⁹⁴ de un concepto de tipo como aquél que cumple con la función de seleccionar comportamientos penalmente relevantes por su especial gravedad. El tipo debe describir, así, lesiones o puestas en peligro especialmente graves del bien jurídico. Igualmente, deberá ser tenido en cuenta el contexto social en que las situaciones de peligro se producen.¹⁹⁵

Existiría, por tanto, según el citado autor, el deber de realizar dichas acciones con la máxima atención, para evitar que el peligro se convierta en lesión, en cuanto dichas conductas se suelen permitir por ser peligrosas pero no lesivas.

El riesgo permitido es el límite máximo de la norma de cuidado. Así, en la imprudencia no actuaría como causa de justificación sino de exclusión de la tipicidad. No habría imprudencia alguna si la conducta se incluye en el riesgo permitido, quien actúa dentro de éste, no incurrirá en delito alguno aunque su conducta produzca un resultado.

De parecida opinión son *Muñoz Conde* y *García Arán* quienes sostienen: “[...] de ahí se desprende que, realmente, el riesgo permitido, más que causa de justificación, es causa de exclusión del tipo de injusto del delito imprudente, ya que lo que excluye la responsabilidad en estos casos no es que la actividad peligrosa esté permitida, sino que está permitida en la medida en que se realiza con la diligencia debida, es decir sin culpa ni imprudencia.”¹⁹⁶ Por lo tanto, el riesgo permitido sería una causa de exclusión del tipo, y por tanto, una causa de atipicidad.

Por su parte, *Quintero Olivares*¹⁹⁷ sostiene que la sociedad vive y así acepta un margen de riesgo necesario que es el riesgo permitido. Dicho elemento se convierte, pues, en una valoración inseparable de la realidad de la imprudencia. Por tanto,

¹⁹³ MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 276, 277, 530 y 532.

¹⁹⁴ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, p. 532.

¹⁹⁵ V. también sobre el tema HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 125 a 142.

¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 17ª ed., Valencia, 2007, pp. 518 y ss.

¹⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín y PRATS CANUT, Miguel. *Curso de derecho penal: Parte General (Acorde con el nuevo CP de 1995)*, Barcelona, 1997, p. 300.

según el citado autor, al valorar los límites entre lo prudente y lo imprudente, no cabe olvidar que la sociedad ha decidido pagar un tributo de peligro a cambio de un bienestar. Así, ese riesgo acaba formando parte de lo estructuralmente tolerable. Si en dicha situación sobreviene la desgracia, no parece justo hablar de imprudencia. Habrá que razonar de conformidad con dicho riesgo permitido que lo imprudente comenzará a partir del límite del riesgo consentido.

Por último creo conveniente asimismo citar la opinión que, respecto a los delitos imprudentes, sostiene *De la Cuesta Aguado*.¹⁹⁸ La citada autora pone de manifiesto que, aunque el riesgo permitido no puede ser elemento del tipo doloso y el principio de confianza debe jugar su papel sólo en los delitos imprudentes, no puede obviarse la importancia de la delimitación como elemento típico del riesgo permitido, pues es instrumento fundamental para permitir la adecuación del tipo a la evolución social, de forma que se constituye en uno de los elementos más activos de acercamiento de la ley a la realidad. Continúa señalando *De la Cuesta Aguado* cómo el riesgo permitido permite describir perfectamente una realidad social compleja fundamentada en la existencia de ámbitos de riesgos que, pese a su potencial eficacia lesiva, son admitidos y reclamados por la sociedad.

Una vez comprobado que la doctrina española mayoritaria considera que el riesgo permitido es una causa de exclusión de la tipicidad, hay que examinar la adecuación social.

Si seguimos en este punto a *Albin Eser*,¹⁹⁹ parece que al tratar de definir qué es la adecuación social habría que distinguir dos planos. De un lado, una base fáctica que vendría determinada por la habitualidad de esa clase de conductas y, siempre que no se dé en un grupo aislado, su carácter dado como observancia social. De otro lado, habría que ver también cómo a través de la exigencia de adecuación social, queda indudablemente asentado que en la conducta habitual es visto como normativo lo valorativamente aprobado o, en todo caso, socialmente tolerado.

Por otro lado, sigue diciendo el autor citado que debería tenerse en cuenta la clase de bienes jurídicos, respecto de los cuales puede hablarse de detrimentos habitualmente

¹⁹⁸ DE LA CUESTA AGUADO, Paz. "Tipicidad e imputación objetiva"

<http://www.geocities.com/icapda/index.htm> (última visita 25 de agosto de 2009).

¹⁹⁹ ALBIN ESER, M.J.C. "La adecuación social: ¿Figura superflua o necesaria? Reflexiones respecto a la concesión de ventajas socialmente habituales", en *Revista de Derecho Penal*, 2002, pp. 453 a 473.

sociales, generalmente razonables. Esto es más factible cuanto más fisonomía "intrasocial" tenga el bien jurídico, en el sentido de que a través de su profundo entretendido interno (*hineinverwobensein*), la vida misma en sociedad y las relaciones interpersonales condicionan socialmente su protección. Así, por ejemplo, los delitos contra la administración pública. En ello se diferencia de los bienes jurídicos "transociales", tales como la vida y la integridad corporal, cuya protección y alcance están mucho menos condicionados socialmente en cuanto a su constitución

Por último, una marca limitativa no menos importante, comparada con el recurso de la adecuación social, puede ser la voluntad expresa del legislador de poner término a una conducta hasta el momento socialmente habitual y, en consecuencia, de no tolerarla más. Querer introducir conscientemente una criminalización como tal a través de la apelación a la adecuación social implicaría no comprender que, para ésta, no alcanza con la mera habitualidad, sino que debe necesitar el merecimiento de aprobación.

En la doctrina española, para *Luzón Peña*²⁰⁰ la adecuación social supondría que algún caso concreto de una conducta en principio típica se considera un comportamiento correcto, normal, adecuado por la sociedad en su conjunto.

Por tanto, la adecuación social vendría así constituida en un criterio de interpretación típica que impediría incluir en los tipos aquellos comportamientos que resultan socialmente adecuados. Parece, asimismo, que habría que entender, de acuerdo con los principios que tradicionalmente han regido el derecho penal, que la adecuación social también actuaría como causa de exclusión de la tipicidad.²⁰¹

Por último, por sostener una postura intermedia o que defiende la casi total igualdad de ambas figuras, habría que hacer referencia a *Gil Gil*. Dicha autora expresamente

²⁰⁰ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Causas de atipicidad y causas de justificación", en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y MIR PUIG, Santiago (coords.). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona, 1995, p. 30.

²⁰¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o exclusión de la tipicidad penal", en *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, Madrid, 2008 en la que rectifica parcialmente su posición anterior favorable a su consideración como causa de justificación de la adecuación social. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 255 y 256. DE LA CUESTA AGUADO. "Tipicidad e imputación objetiva" <http://www.geocities.com/icapda/index.htm> (última visita 25 de agosto de 2009).

afirma que su idea del riesgo permitido tiene mucho que ver con la adecuación social de *Welzel*.²⁰² Así, *Gil Gil* señala que los únicos supuestos de adecuación social serían aquellos en que la conducta formalmente típica que supone una afección del bien jurídico es por sí misma valorada y también la propia afección que pasa a considerarse un uso adecuado del bien jurídico. Por tanto, para la citada autora la única diferencia (sutil, apunto yo) entre uno y otro institutos sería que en el riesgo permitido, la afección del bien jurídico no es consustancial a la realización de la actividad, la afección no es uso adecuado del bien. Pero ambos excluyen la tipicidad y ambos de la misma manera: negando el desvalor de la acción, la acción no es típica. Por tanto, ambos institutos podrían de acuerdo con *Gil Gil* quedar fusionados en una misma causa de atipicidad: ausencia de desvalor por su utilidad social.

Ciñéndome a la conducta típica del delito que se estudia y de acuerdo con lo observado en la doctrina analizada hasta ahora, parece que no plantea especiales problemas el tipo doloso del art. 316 CP. No obstante, sí puede plantearlos el tipo imprudente del art. 317 con relación al riesgo permitido y a la adecuación social de la conducta.

Así, en la doctrina *Ramírez Barbosa*²⁰³ señala que el riesgo permitido se constituye en un elemento fundamental para determinar la responsabilidad por imprudencia y para delimitar si existe una infracción del deber de cuidado. En ello con carácter previo había insistido *Hortal Ibarra*, quien señala la necesidad de establecer la delimitación entre riesgo permitido y deber objetivo de cuidado. El autor, siguiendo a *Corcoy Bidasolo*, entiende la infracción del deber objetivo de cuidado como concreción del general riesgo permitido. Ello le lleva a hacerse la siguiente pregunta fundamental: ¿Qué riesgo permitido debemos entender que existe en riesgos laborales con carácter general? *Hortal Ibarra*, a la vista de su planteamiento general anterior, responde que sólo los riesgos especialmente graves deben considerarse comprendidos en el tipo penal porque si no se deslegitima el derecho penal.²⁰⁴ Por mi parte, coincido con el sector doctrinal que entiende que el espacio de riesgo

²⁰² GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Barcelona, 2007, pp. 216 y 217. Como es sabido, para *Welzel* el riesgo permitido era un supuesto especial de adecuación social que se distinguía de ésta por el grado de peligro para el bien jurídico.

²⁰³ RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p. 335.

²⁰⁴ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 143 y 149.

permitido, como he puesto de manifiesto *supra* siguiendo a *Mir Puig*, coincidiría en su límite mínimo, en su inicio, con el límite máximo del deber objetivo de cuidado, con la parte superior de dicho deber y que a partir de ahí todo sería coincidencia con la imprudencia. O sea, se estaría haciendo referencia a la práctica coincidencia entre el límite superior de lo permitido y el inferior de lo prohibido. Es decir, las acciones u omisiones para las que existe un riesgo permitido, aunque socialmente aceptadas son peligrosas. Por tanto, si el que las lleva a cabo actúa con el máximo cuidado y a pesar de ello, produce con su conducta un resultado imprudente dañoso, vendrá cubierto por el riesgo permitido como causa de exclusión de la tipicidad. En cambio, dada la peligrosidad de las acciones u omisiones, aunque se actúe con cuidado, si no se actúa con el máximo cuidado, se responderá como autor del delito imprudente sin estar excluida la tipicidad.²⁰⁵ Es decir, entiendo que no habría un riesgo general permitido que hubiera que concretar en cada caso en relación al deber objetivo de cuidado.

Aplicando lo expuesto al caso que se estudia, hay que partir de la base de que el legislador, como vengo poniendo de manifiesto a lo largo del trabajo, ha querido una intervención especialmente intensa en esta materia. El riesgo permitido, por tanto, debe jugar un papel necesariamente reducido en los delitos objeto de estudio. No se cumplirían las características generales de aplicación de dicho instituto. De un lado, no se trata de un contexto social de escasa gravedad o trascendencia, en cuanto que usualmente los seres humanos dedican más del 40% de su tiempo a lo laboral. Tampoco los bienes jurídicos afectados son de escasa importancia. Asimismo, por último, el presunto resultado lesivo (de peligro) que puede derivar de una acción peligrosa tolerada socialmente no es de escasa entidad, puesto que si bien no se trata de un resultado lesivo *strictu sensu*, se trata de un riesgo grave para la vida, salud o integridad física de una persona en su puesto de trabajo.

Es decir, se trata de una materia en la que desde la LPRL el legislador entiende que el principio de riesgo permitido y el de adecuación social no deben jugar más allá de lo estrictamente necesario, pretendiendo asimismo que no queden lagunas de impunidad como resultaría de seguir la teoría indicada. No comparto la posibilidad

²⁰⁵ De acuerdo MARTÍNEZ ESCAMILLA. “Causalidad e imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación”, en *Causalidad e imputación objetiva*, CDJ, (nº 26). Madrid, 1994 pp. 83 y ss. y GIMBERNAT ORDEIG. “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)* 1994, pp. 5 y ss.

de, en aras al respeto a los principios generales del derecho penal, interpretar el tipo penal con añadidos que no se derivan, a mi entender, de los criterios ordinarios de interpretación. El tipo no señala que sólo los riesgos más graves deban quedar incluidos dentro del tipo y ya se sabe lo que señala la máxima: “Donde el legislador no distingue, no le es dable distinguir al intérprete.”

III.6 CONDUCTA TÍPICA DE IMPERFECTA REALIZACIÓN. TENTATIVA Y DESISTIMIENTO

A) La tentativa en los delitos de peligro

Con carácter general, la doctrina dominante viene manteniendo la existencia de la tentativa en los delitos de peligro concreto, en cuanto que éstos tendrán un “resultado”: el propio peligro.

Entiendo que el anterior argumento se realiza con base en la teoría objetiva de las fases anteriores a la consumación, mayoritaria en España, ya que según *Mir Puig*²⁰⁶ dicha teoría castigaría las fases anteriores a la consumación como puesta en peligro del bien jurídico protegido. Es el punto de vista de la denominada doctrina penal liberal del siglo XIX –el viejo y buen derecho penal liberal– en la expresión común en la doctrina alemana recogida por *Silva Sánchez*.²⁰⁷

De acuerdo con el postulado anterior, los actos preparatorios han de quedar impunes, del mismo modo que la tentativa inidónea, al no ser objetivamente peligrosa, y la tentativa ha de ser considerada menos grave que la consumación. Ello explicaría que se castiguen de forma diversa la preparación (cuando es punible, es decir, desde mi punto de vista la tentativa de los delitos de peligro concreto), la ejecución imperfecta (la tentativa de los delitos de resultado) y la consumación. La razón según el autor al que sigo, sería la mayor o menor proximidad de la lesión del bien jurídico.

²⁰⁶ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, p. 327.

²⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, p. 149.

Por último, en cuanto a la tentativa en los delitos de resultado de peligro, me adhiero plenamente a lo que manifiesta al respecto *Alcácer Guirao*,²⁰⁸ que señala cómo en los delitos de resultado (de peligro) tiene que existir un resultado separado y distinto de los actos realizados por el autor, así, aunque dicho resultado no sea la efectiva lesión del bien jurídico, sí constituiría una puesta en peligro del mismo. Dicha puesta en peligro, de conformidad con lo que manifestaba la doctrina, constituiría la tentativa.

B) La tentativa en el delito del art. 316 CP. ¿Cabe en el tipo imprudente del art. 317? Toma de postura

a) Posicionamientos doctrinales

En el caso concreto del delito del art. 316 CP, *Navarro Cardoso*, con el que se muestran de acuerdo *Landecho Velasco* y *Molina Blázquez*, *Queralt Jiménez* o *De Vicente Martínez*²⁰⁹ afirma que, dado que se trata de un delito de resultado, sería posible la tentativa.

Desde otro punto de vista, *Aguado López*,²¹⁰ a pesar de que no considera el tipo como delito de resultado, señala que desde un punto de vista teórico la tentativa no presenta problemas en el delito de peligro del art. 316. Ello, por las siguientes razones:

- Es un delito de peligro concreto, con lo que, a diferencia de lo que sucedería si se tratara de un delito de mera actividad, admite la tentativa.

- Cumple con los elementos subjetivo (dolo) y objetivo (puesta en peligro de un bien jurídico) que debe cumplir toda tentativa.

²⁰⁸ ALCÁCER GUIRAO. *Tentativa y formas de autoría*, pp. 24 y ss., 50 y 95 a 97.

²⁰⁹ NAVARRO CARDOSO. *Los delitos contra los derechos*, p.159. LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ. *Derecho Penal Español, parte especial*, Madrid, 1996, p.302. QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho Penal*, p. 621. DE VICENTE MARTÍNEZ. *Delitos contra los derechos*, p. 662.

²¹⁰ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 460 a 462. Como puede verse *infra*, en mi toma de postura, en líneas generales no comparto su punto de vista. Tampoco la mención que realiza la citada autora cuando señala que cuestión distinta es que su aplicación práctica [la de la tentativa, *scil.*] sea bastante difícil porque la tentativa requiere siempre dolo y los accidentes laborales son imprudentes, siendo que se está tratando ahora de la tentativa en los delitos de peligro concreto de los arts. 316 y 317 CP, no del delito imprudente de resultado que suele seguir a éstos.

- Es un delito de comisión por omisión, y en ellos cabe la tentativa.²¹¹

Cuestión distinta, para la citada autora es que la tentativa además coincidiría con las infracciones administrativas de la LISOS porque la tentativa acabada es precisamente la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales.²¹²

*Ramírez Barbosa*²¹³ escoge el criterio del bien jurídico para fundamentar su postura admisible de la tentativa en el tipo doloso de peligro. La citada autora señala que cabe la tentativa inacabada en aquellos supuestos en los que el autor no realice todos los elementos del tipo. Respecto al tipo imprudente, en cambio, se muestra contraria a su admisión, porque entiende que, por razones dogmáticas, tiene que señalarse la imposibilidad de reconocer la tentativa en los delitos de peligro imprudente, ya que la tentativa exige la resolución delictiva como elemento del injusto, es decir, el dolo de causar un determinado resultado, lo cual no se constata en el tipo penal del art. 317.²¹⁴

Por su parte, *Hortal Ibarra* apela a principios generales para descartar la tentativa en el tipo doloso. La cuestión no se plantearía en cuanto al tipo imprudente habida cuenta de que, por las razones que se expondrán, el citado autor excluye también la necesidad de su existencia. Así, *Hortal Ibarra*²¹⁵ señala que por el principio de fragmentariedad del derecho penal, que adquiere una especial relevancia en los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales por su incidencia sobre ámbitos de actividad en los que existe una duplicidad sancionadora, tanto la tentativa como la imprudencia deberían quedar excluidas, formulando el autor citado dicha propuesta de *lege ferenda*.

²¹¹ Nótese que es contradictorio afirmar que no es un delito de resultado y después decir que es un delito de comisión por omisión, que necesariamente tiene que ser un delito de resultado.

²¹² De acuerdo con que la tentativa coincide con las infracciones administrativas RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p. 429.

²¹³ RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 372 *in fine*, 426 y 427.

²¹⁴ RAMÍREZ BARBOSA. *Ibidem*

²¹⁵ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p. 72.

b) Toma de postura

Se ha visto como, con la excepción de *Hortal Ibarra*, la doctrina se muestra casi unánime en la admisión de la tentativa en el delito doloso y mayoritariamente de acuerdo, sin profundizar en exceso, en cuanto a la exclusión en el tipo imprudente.

Conceptualmente, valorando la naturaleza del delito y el bien jurídico protegido, si se sigue a los autores partidarios de lo que en el apartado II.3 se denominaba “primer grupo”, aquellos que defienden un bien jurídico constituido por la vida, salud e integridad física, el propio tipo establecido en el art. 316 CP no sería más que una tentativa de dichos delitos de resultado lesivo. Por tanto, no cabría conceptualmente en dicho caso la tentativa de la tentativa, dado que los actos preparatorios son impunes. Sí cabría para el caso de que admitiéramos, cómo sostengo, un bien jurídico diferenciado de la vida, la salud y la integridad física del sujeto pasivo, es decir, lo que se veía *supra* que sostenía el denominado “segundo grupo”. Incluso cabría la posibilidad conceptual de sostener dentro del enfoque de este “segundo grupo”, que el peligro grave no es un resultado, sino el elemento valorativo del tipo, el elemento en torno al cual el aplicador del derecho debe efectuar la valoración ético-social de su gravedad.²¹⁶

No obstante lo cual, y pese a adscribirme a dicho segundo grupo de autores, creo que en la cuestión de la tentativa hay que partir tanto de lo expuesto por la doctrina en el subepígrafe anterior como de la teoría de los actos intermedios para los delitos de resultado (de peligro) y del hecho innegable de que el tipo, pese a lo que manifestaban algunos autores, contiene un elemento resultativo cuando exige el peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

Por ello creo poder afirmar con carácter general para el delito objeto de estudio que éste efectivamente admite la tentativa. Así, desde que se realiza el acto de inicio del delito por el autor, “no facilitar los medios”, hasta que la vida, salud o integridad física del trabajador es puesta en peligro grave, se produce el acto intermedio

²¹⁶ ALMELA VICH. *Delitos contra la vida*, pp. 509 y 510, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Introducción al derecho penal*, p.802 con carácter general para éste y otros delitos cuando señala que es un elemento valorativo del tipo a colmar por el Juez; para el delito contra el medio ambiente, LLANZA PRIMO DE RIVERA. “El delito acústico”, en http://www.ruidos.org/Documentos/Llanza_sobre_chapo.html (última visita 25 de agosto de 2009).

esencial de comenzar de modo efectivo a trabajar sin medidas de seguridad. Existe, por tanto, un *iter* que permitiría admitir la tentativa. Existe un resultado típico de peligro comenzando a lesionarse el bien jurídico cuando se inicia la ejecución realizando todos o parte de los actos típicos por no facilitar medios viéndose la misma interrumpida por causas ajenas a su voluntad.

En la práctica, dada la escasa eficacia preventivo-general del delito que reiteradamente vengo poniendo de manifiesto, los supuestos en los que la cuestión se plantea son escasos. Es decir, la mayoría de los supuestos llegan a la vía penal como consecuencia de haberse producido ya un resultado lesivo por imprudencia grave.²¹⁷ No obstante, si, como sería de desear, los supuestos de iniciación de la vía penal en función de la actividad de otros operadores jurídico-prácticos se generalizaren,²¹⁸ podríamos encontrarnos con algún caso límite o cuanto menos dudoso.

Así, si se recuerda el ejemplo citado con anterioridad del obrero que periódicamente apartaba cables del tendido eléctrico desde la pala de una excavadora sin sujeción o medida de seguridad alguna, no parece que quepa duda de que está en peligro concreto de caída, peligro por tanto y en principio grave para su vida, salud o integridad física. Sin embargo, con una adecuada argumentación sería quizá posible tratar de defender con algún acierto la existencia de tentativa. No obstante lo cual, sigo considerándolo difícil habida cuenta de que, como se ha visto *supra*, es necesario el *iter* delictivo y el acto intermedio relevante, para la apreciación de la tentativa. En supuestos como el propuesto, en cambio, desde el inicio de ejecución cuando no se evalúa el riesgo ni se adopta medida correctora alguna una vez verificado hasta que se produce el resultado de peligro por subida con instrumento metálico del trabajador a la pala de la excavadora, no se produce acto intermedio relevante alguno. La aparición en escena del trabajador determina su puesta en peligro sin que afecte al delito el que otros trabajadores desarrollen sus funciones en

²¹⁷ Alguna mejora se atisba si se observa que en la Memoria de la FGE se especifica que hubo en 2007, 208 infracciones sin resultado.

²¹⁸ Algún optimismo, que ya se encargará de desmentir la realidad, nos hace albergar el RD 689/2005 por el que se modifica la organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 10 de junio. El mismo recoge las nuevas funciones que asumirán los técnicos de prevención de riesgos laborales dependientes de las CCAA, funcionarios de grupos A y B con capacitación en la materia y que podrán proponer sanciones a la Inspección de Trabajo.

otra parte de la obra. Habría por tanto, en este ejemplo real, consumación y no tentativa.

C) Desistimiento

El art. 16.2 CP, a continuación de la regulación de la tentativa, señala que: “Quedaría exento de responsabilidad penal por el delito intentado quién evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado [...]”

Como señala *Mir Puig*,²¹⁹ a diferencia de otros derechos donde la tentativa no desaparece por el hecho de que el curso causal se detenga voluntariamente, sino que deja de ser punible, en el derecho penal español, el desistimiento siempre se ha considerado como un elemento negativo del tipo de la tentativa. Es decir, para que exista tentativa debe haber ausencia de desistimiento voluntario.

Al respecto, hay que poner de manifiesto que en las aportaciones doctrinales se tiende a considerar que sólo será estimable la voluntariedad del desistimiento si obedece a una valoración positiva, entendiendo la misma no como valoración ética sino como valoración jurídica.

Así, en la doctrina alemana, *Roxin* identifica la valoración jurídica con el criterio de la racionalidad del delincuente. Tendrá sentido que sea impune el desistimiento contrario a la racionalidad del delincuente, no el favorable.²²⁰

En la española, por su parte, *Muñoz Conde*²²¹ identifica la valoración jurídica del desistimiento en función de los fines de prevención general y especial de la pena. Si el desistimiento elimina el mal ejemplo para la sociedad, en dicho caso ya no hay necesidad de pena por razones de prevención general. Si el sujeto vuelve a la legalidad por su desistimiento, tampoco es necesario penar por razones de prevención especial.

²¹⁹ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, pp. 349 a 351.

²²⁰ ROXIN. “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista Penal*, nº 2, Madrid, 1998, pp. 61 a 66.

²²¹ MUÑOZ CONDE. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972, p. 161.

Para valorar la posibilidad de que exista o no desistimiento en el delito objeto de estudio, debe valorarse de nuevo el famoso ejemplo de *Lascurain Sánchez* citado *supra*: El de aquel jefe de una mina que envía un montacargas lleno de mineros a una galería que sabe que no está debidamente entibada pero después se arrepiente, lo comunica a los mineros y éstos paran a medio camino el montacargas no llegando a estar en peligro.

Conceptualmente, con un bien jurídico concretado en la vida y la integridad física de los trabajadores, como hacen varios autores (*Lascurain Sánchez, Aguado López, Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno* o *Ramírez Barbosa*),²²² existiría la tentativa y, en un ejemplo como el presente, el desistimiento voluntario del jefe de la mina merecería una valoración jurídico-positiva. Coherentemente, y según los casos, para estos autores habría tentativa y desistimiento.

Partiendo del bien jurídico propuesto, en el ejemplo citado, parecería indiferente que el ascensor se pare por una orden dada por el jefe de la mina o porque se ha estropeado. El delito no protege mediatamente la vida de los trabajadores, sino directamente los ataques a los derechos de los mismos en la vertiente de facilitación de medios –por quién está legalmente obligado a prestarlos y ocupa el vértice de la pirámide jerarquizada de la organización laboral– para evitar morir o sufrir graves lesiones en el trabajo. Ello supera obviamente el umbral mínimo de seguridad personal de cualquier trabajador, cualquiera que sea el puesto de trabajo que el mismo ocupe. Conceptualmente, pues, con un bien jurídico como el que propongo, concretado en un derecho de los trabajadores, la evitación voluntaria del elemento valorativo del tipo (el resultado de peligro grave) merecería o no una valoración jurídico-positiva según los casos.

En la práctica, prescindiendo de valoraciones conceptuales, entiendo que la cuestión del desistimiento depende una vez más del acto intermedio relevante. Si se desiste después de éste, no podría considerarse desistimiento (aunque pueda caber la aplicación de la atenuante del art. 21.5), mientras que, si se desiste antes y con respeto a lo manifestado por la doctrina sobre la valoración que deba merecer dicho desistimiento, sí.

²²² V. epígrafes II.3 y II.5.A)

En el ejemplo, el comienzo del trabajo se produciría cuando los trabajadores alcanzaran la galería. Si la galería es la no entibada, el desistimiento sería válido, por ser anterior al acto relevante de comienzo a prestar el trabajo coincidente en este caso con la consumación. Si en cambio, además de la galería, fuera también la bajada del ascensor la que no estuviera entibada, desde el momento de arranque del ascensor habría peligro grave y por tanto, consumación.

IV. SUJETO ACTIVO

IV.1 INTRODUCCIÓN

La denominada “sociedad del riesgo”,²²³ parece haber dado lugar, a través del uso irregular o ilegítimo de figuras que provienen del Derecho Mercantil, a lo que por parte de la doctrina ha dado en denominarse “irresponsabilidad organizada”.²²⁴

Cómo se ha llegado a esta situación es algo que explica muy bien la antes citada SAP de Madrid de 6 de octubre de 2003 (ponente Fernández Entralgo), cuando hace referencia a que “en Alemania a mediados del siglo pasado [s.xx, *scil.*], se inició la preocupación por delimitar las responsabilidades en el caso de intervención, simultánea o sucesiva, de una pluralidad de profesionales sanitarios. En esos años se generó la convicción de que la Medicina actual, se rige por el “principio de la división del trabajo” (“Arbeitsteilung”), horizontal o vertical. La Medicina actual es una actividad interdisciplinar, compartida por especialistas de muy distintas materias, que se sirven de un material altamente sofisticado. Ninguno controla la actividad en su totalidad, y trabaja bajo los principios de “complementariedad” y de “confianza” (“Vertrauensgrundsatz”) en la normalidad y la corrección del cometido encomendado a los demás. Ello provocó un replanteamiento del tratamiento jurídico de la exigencia de la responsabilidad personal de cada interviniente en una actividad compleja, desarrollada por una pluralidad de personas, porque la perspectiva tradicional parte tópicamente del análisis de un comportamiento individual perfectamente concretado. Es preciso dar una respuesta adecuada para evitar tanto que se diluyan las responsabilidades como que se exaspere insoportablemente el deber de vigilancia y control del jefe del equipo.”

²²³ Acepto su existencia resignadamente, o al menos la de su denominación, por haberse impuesto de manera mayoritaria. No obstante, dudo de ello, entiendo que, evidentemente existen nuevos riesgos, pero que otros van desapareciendo, sin que por ello se excluyan del Código Penal delitos que a día de hoy han perdido su razón de ser. Un planteamiento muy similar al que definiendo sostiene DÍEZ RIPOLLÉS en “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado” <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> (última visita 25 de agosto de 2009).

²²⁴ MENDOZA BUERGO. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, p. 116.

Estando de acuerdo en lo esencial con lo expuesto por la sentencia, creo no obstante que el principio de confianza no es aplicable *strictu sensu* en la materia abordada, por la especial intensidad que en la misma muestra la intervención del legislador, que provoca que el riesgo permitido en este delito sea escaso y que las imprudencias no temerarias del trabajador deban ser objeto de vigilancia constante. De otro lado, también entiendo que se dan supuestos en los que se busca de propósito una diversidad de cargos directivos, intermedios, administradores o socios-empresarios con la intención clara de eludir las responsabilidades, tanto penales como de otra índole, que pudiera acarrearles su conducta.²²⁵

IV.2 EL ART 316 CP, ¿UN DELITO ESPECIAL? ESTUDIO DE LA POSIBLE LIMITACIÓN DE LA AUTORÍA A TRAVÉS DE LA CLAÚSULA “LEGALMENTE OBLIGADOS”

A) El carácter de delito especial y la supuesta limitación legal de la autoría en la doctrina

En la doctrina, si bien hay que comenzar afirmando que es muy mayoritaria la consideración de que efectivamente se trata de un delito especial, que asimismo casi todos los autores califican como propio, unos autores insisten más que otros en la limitación legal de la autoría jurídico-penal.

El más claro exponente del intento de inferir limitaciones legales a la autoría jurídico-penal viene constituido por *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, por lo que comenzaré el estudio con dichos autores.

*Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*²²⁶ señalan que el catálogo de posibles responsables sufre una primera criba por la exigencia de que sobre el sujeto que lleva a cabo la conducta recaiga una obligación legal. A ello añaden los citados autores que el contenido obligacional de dicho deber legal se concreta en la

²²⁵ Revelador al respecto lo señalado por RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p. 198 y nota a pie de p. 379: “[...] los sujetos que intervienen en las estructuras jerárquicamente organizadas, es decir, los directivos, mandos intermedios y subordinados, realizan el hecho conjuntamente.”

²²⁶ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 402 y 403.

facilitación de los medios idóneos para garantizar la seguridad en el trabajo. Luego, según *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, el catálogo de autores vendrá definido por dos expresiones típicas “el que estando legalmente obligado” y “no facilitare los medios”, lo que implica que deberán tenerse en cuenta las funciones específicas que tenga legalmente encomendadas el sujeto y no su condición. Los citados autores concluyen que dichas obligaciones, en su ya conocida postura, no incluyen las de vigilancia de los medios facilitados,²²⁷ y para evitar que se restrinja de dicha manera excesivamente el número de posibles sujetos activos recurren a la delegación de funciones y al juego de los arts. 31 y 318 CP.

En una línea similar a la de los autores citados pero algo más amplia se pronuncia *Ramírez Barbosa*,²²⁸ que señala que el art. 316 CP se configura como un delito especial propio de los que tienen obligación de facilitar medios. Añade que en este tipo de delitos resulta inadmisibles que un extraño pueda ser autor mediato del tipo penal, ya que no reúne condición de “legalmente obligado”, requisito indispensable del delito. Por último, la autora propone derivar dicha conducta al ámbito de las infracciones administrativas. En todo caso, parece que según *Ramírez Barbosa* la limitación por la cláusula legal no opera tan estrictamente, en cuanto que añade que se precisa que el sujeto responsable en este tipo de delito posea cierta competencia y capacidad institucional.

Por su parte, *Aguado López*²²⁹ aborda la cuestión desde otro punto de vista. Así, la citada autora señala cómo la doctrina ha entendido que el delito contra el derecho de los trabajadores a desarrollar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal es un delito especial propio basándose en la relación especial que tiene el sujeto obligado a adoptar medidas de seguridad e higiene con el bien jurídico protegido (seguridad en el trabajo) y en la naturaleza de delito de peligro de los preceptos. *Aguado López* sólo comparte la primera de las premisas. Ello le lleva a

²²⁷ V. *supra* III.3.A)c) para mi postura contraria sobre el deber de vigilancia. Tampoco estoy completamente de acuerdo en que los sujetos queden determinados necesariamente por su obligación legal y no por la función o condición desempeñada, ya que entiendo que una cosa es inseparable de la otra. V. *infra* IV.2.C)

²²⁸ RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 153, 209 y 210 y nota a pie de p. 271. No creo que se acierte con el envío de dichas conductas a la vía administrativa: o se consideran incluidas en el tipo o, si se opta por la limitación legal, son impunes en cualquier orden jurisdiccional. Basta con echar un vistazo somero a los arts. 12 y ss. de la LISOS para observar que dichas infracciones no están previstas, en ningún caso, para terceros.

²²⁹ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 262,269 y 291.

afirmar que la LPRL en su art. 14.2 contempla como sujeto obligado a facilitar los medios necesarios de seguridad únicamente al empresario, planteándose asimismo en su opinión el problema de que al ser el art. 316 CP un delito especial propio, la persona física que actúe en nombre de la persona jurídica ha de estar también legalmente obligada por las normas de seguridad e higiene para ser sujeto activo de estos delitos.²³⁰

Sin negar la característica de delito especial propio ni que la expresión “estando legalmente obligados” resulte decisiva, en cuanto sólo pueden ser sujetos activos los que tienen el deber de seguridad de facilitar los medios necesarios, *De Vicente Martínez* se muestra partidaria de la autonomía del derecho penal.²³¹ Así, la citada autora señala cómo el hecho de que el art.14 LPRL otorgue dicho deber en exclusiva al empresario lo único que provoca es que quede determinado el autor de la infracción administrativa. En lo penal es evidente, sigue diciendo, que el concepto de autor es aquí del todo independiente o autónomo y puede afirmarse que los legalmente obligados son tanto el empresario como el resto de delegados, encargados o personal directivo, llegándose a idéntica conclusión (en lo que coincidirían por tanto *Martín Lorenzo* y *Ortiz de Urbina Gimeno*) a través de los arts. 31 y 318 CP.

Para finalizar este epígrafe, terminaré señalando que entiendo que también muestra una postura amplia al respecto *Lascuraín Sánchez*.²³² Así, el citado autor señala que el tipo del art. 316 CP se configura como un peculiar delito especial en el que la delimitación de los potenciales autores del delito se hace por remisión: serán aquellos a los que la ley obligue a facilitar los medios. Es decir, para *Lascuraín Sánchez* el rodeo remisivo termina en el empresario y sus delegados, afirmando que ello se podía haber dicho directamente evitando así lagunas y ganando en precisión y en fuerza preventiva.

²³⁰ Por mi parte creo contradictorio con el bien jurídico que defiende *Aguado López* (“la vida, salud e integridad física”) defender la primera premisa, que conlleva el bien jurídico seguridad en el trabajo. Creo además, y ahí radica mi diferencia fundamental con la autora, que, si bien es cierto lo que señala respecto al empresario con relación al art.14.2 de la LPRL, dicho artículo, en su apartado 4, establece asimismo las posibilidades del empresario para cumplir con sus obligaciones en materia de prevención, por lo que está incluyendo, legalmente, otros autores.

²³¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal* Barcelona, 2001, pp. 72 a 74.

²³² LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas”, en CARBONELL MATEU, DEL ROSAL BLASCO, MORILLAS CUEVA, ORTS BERENGUER y QUINTANAR DÍEZ (coords.). *Estudios en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2006, p. 575.

B) El tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia

Si se examina la cuestión en la jurisprudencia, en las escasas ocasiones en que la cuestión se plantea se acepta el carácter de delito especial, sin que haya en cambio acuerdo sobre el alcance limitativo de la autoría jurídico-penal de la cláusula “[...] los que estando legalmente obligados.”

Así, la ya citada con anterioridad SAP de Madrid de 27 de septiembre de 2005, (ponente Jorge Barreiro) se inclina por sostener ambas posturas cuando mantiene que: “[el tipo es *scil.*] Un delito especial propio, por cuanto el precepto refiere como sujetos activos a quienes estuvieren legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Aparece así caracterizado además el tipo por la infracción de un deber específico centrado en las obligaciones que al empresario le impone, fundamentalmente, la LPRL.”

Por su parte, acepta la especialidad pero no la limitación en cuanto a los autores el AAP de Vitoria de 22 de septiembre de 2004, (ponente Arnal Lara) cuando señala que: “Estamos, finalmente, ante un delito especial propio, cuyo sujeto activo sólo puede ser quien esté «legalmente obligado» a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desarrollen su tarea en las adecuadas condiciones de seguridad, lo que obliga a acudir a la citada normativa extrapenal a fin de delimitar el ámbito de los deberes generadores de una posición de garante y, por consiguiente, de la autoría. Personas legalmente obligadas a facilitar dichos medios y las condiciones de seguridad necesarias son, tanto el empresario, como las personas con facultades directivas o de organización que dependan del mismo y gocen de competencia en materia de seguridad e higiene en el trabajo, a través del control funcional de las condiciones en las que se desarrolla la actividad laboral teniendo, en definitiva, capacidad decisoria sobre la fuente de peligro y su concreta actuación. Cabe por lo demás, la concurrencia de varias personas a la producción del hecho típico, distinguiendo entre el autor, en cuya esfera de competencia se encuentra la evitación del riesgo y el control inmediato de la fuente de peligro, y el partícipe, en cuya esfera de competencia, la actuación encuentra la posibilidad de instar la evitación del hecho.”

Tal y como se ha podido apreciar, la doctrina se muestra mayoritariamente favorable a la existencia de la cláusula limitativa, lo que lleva a los distintos autores a considerar sujeto activo del delito al empresario y según qué autores también a algún colaborador de éste por delegación. En todo caso y aun en el supuesto de que se opte como yo hago por un concepto amplio de sujeto activo, surge la necesidad de qué deba entenderse por empresario.

Ello puede analizarse a través de la jurisprudencia al respecto.

Así, la SAP de Barcelona, Sección 3ª, de 14 de mayo de 1999, (ponente Ingelmo Ruiz) absuelve a quién había contratado a un trabajador para llevar a cabo una obra en su finca (no empresario sino particular, por tanto que contrata una reforma casera) falleciendo el trabajador por falta de medidas de seguridad.

La SAP de Lérida, Sección 1ª, de 13 de noviembre de 2002, (ponente Segura Sancho), condena a un empresario que trataba de demostrar que en el momento del suceso que produjo la muerte el trabajador, éste no estaba allí en condición de tal, sino como gesto altruista o de buena voluntad. Se condena porque hay indicios suficientes para probar lo contrario, pero *obiter dictum* se afirma que, en caso de probarse que no trabajaba para él de forma habitual,²³³ se habría absuelto.

Sobre el tema también resulta de interés la SAP de Tenerife de 21 de mayo de 2004, (ponente Toro Alcaide). Ésta declara como probados los siguientes hechos:

“Gerardo, prestaba servicios para el empresario individual Manuel, como dependiente con antigüedad de 7 de febrero de 1995. Además de realizar las tareas propias de su categoría, ocasionalmente ayudaba al montaje de los equipos de imagen y sonido que comercializaba la empresa. En la tienda se estaba habilitando el altillo como sala de audición, por lo que éste tenía los cables eléctricos encintados y enrollados y un automático para desconectar la electricidad. El 23 de marzo de 2001, acudió al local un carpintero para colocar la madera de insonorización del altillo, hallándose el acusado Manuel de viaje y ofreciéndose Gerardo por razones de amistad a ayudarlo. Sobre las 19’30 horas, mientras el carpintero estaba ocupado en

²³³ Nótese que en todo caso la sentencia es confusa, porque se puede ser trabajador no habitual (fijo discontinuo o por obra o necesidades de la producción) y no haber duda sobre su sometimiento al TRET.

sus tareas, Gerardo tocó con las manos los cables y falleció instantáneamente por electrocución.”

La citada resolución razona que al suceder el luctuoso accidente ni el fallecido tenía encomendado el trabajo de ayudante de carpintería ni le habían sido encargados por el empresario en ocasiones similares trabajos, siendo la realización de tal trabajo de carácter espontáneo y voluntario, lo que impidió adoptar medida alguna de protección de un inexistente riesgo, rompiéndose el nexo causal²³⁴ de la voluntaria y no ordenada labor de la víctima y su fatal resultado.

La SAP de Tenerife, Sección 2ª, de 8 de enero de 2006 (ponente Ástor Landete), condena a un empresario que aunque tenía contratados unos trabajadores, realmente, utilizaba otros sin contrato.²³⁵

Por último, la SAP de Alicante, Sección 2ª, de 11 de febrero de 2008 (ponente De Urquía Gómez), condena a dos empresarios clandestinos del calzado, que hacían utilizar a las trabajadoras un pegamento tóxico sin ventilación, por lo que diez de ellas contrajeron una enfermedad de parálisis degenerativa.

Por tanto, la pregunta a plantearse es ¿son merecedores de la protección de la norma penal aquellos trabajos al margen de los requisitos del TRET?

Desde mi punto de vista, la respuesta tiene que ser necesariamente positiva. Desde el momento en el que una persona desarrolle un trabajo remunerado es un trabajador (irregular si se quiere), que tiene derecho a ser protegido en sus condiciones mínimas de seguridad personal como tal trabajador, no pareciendo en absoluto descabellado el hacer recaer en quien (incluso verbalmente) lo contrate, la función de velar porque desempeñe su trabajo con las normas de seguridad adecuadas.²³⁶

²³⁴ Nótese tangencialmente que se trata de una autopuesta en peligro y que, como decimos más adelante, la misma debe resolverse por la teoría de la imputación objetiva, valorando la concurrencia o no de riesgos y no por medio del análisis de la causalidad, como hace la resolución comentada.

²³⁵ A favor de la condena en este tipo de casos, AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 277 y 278.

²³⁶ Aunque no se me escapa que muchas veces no toda la realidad es susceptible de ser aprehendida en un código penal, pues o bien se contrata la reforma con un empresario que conforme a lo expuesto sería el responsable de la prevención de riesgos laborales para con sus empleados o bien con un autónomo, en cuyo caso sería igualmente problemático considerar un domicilio particular como centro de trabajo. Por la impunidad de estos supuestos se decanta SÁNCHEZ DE LA ARENA, Miguel Ángel. *Seguridad y salud en las obras de construcción*, Madrid, 2001, p. 97.

Por otra parte, en cuanto al sujeto activo en los supuestos que comento, y si bien el tipo y la jurisprudencia no señalan que el delito tenga que integrarse con los conceptos de empresario mercantil o laboral, lo cierto es que en dichos supuestos el sujeto activo no sería empresario, cuestión que desde nuestro punto de vista no sería tampoco excesivamente problemática, dado que existe una amplia literatura científica y jurisprudencial (si bien falta de uniformidad, sobre todo la primera) sobre el tema de la participación de los *extranei* en los delitos especiales.

C) Toma de postura

La doctrina entiende por delito especial aquél en el que sólo quien reúne las propiedades de la autoría descrita en el tipo (quién pertenezca al círculo de personas así determinado) puede ser autor.²³⁷

Partiendo por tanto de dicha definición, el delito contra los derechos de los trabajadores del art. 316 CP sí sería un delito especial. Pero el problema se plantea cuando, analizado el tipo, éste es tan amplio que sólo señala “[...] los que estando legalmente obligados [...]” por lo que evidentemente, alguien que no tenga algún tipo de relación profesional con la empresa donde el trabajador desarrolla su trabajo, no está legalmente obligado a facilitar medios, por lo que no podrá ser autor del delito.²³⁸ Sin embargo, no parece al menos inicialmente que ello lleve a limitar la autoría sólo al empresario.

Lo que ya no está en absoluto claro partiendo del art. 316 CP y la definición antes enunciada es que, como afirman *Villacampa Estiarte* y *Valle Muñiz*,²³⁹ sea un delito especial del empresario y que para los no empresarios haya que considerar que el art. 350 CP puede funcionar como cláusula de cierre.

Como se verá en el desarrollo del estudio de los distintos autores del delito en los epígrafes siguientes, entiendo, por un lado, que no sólo el empresario está

²³⁷ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*, Barcelona, 1974, p. 66.

²³⁸ Nótese que mi posición respecto a terceros es más amplia que la defendida por RAMÍREZ BARBOSA. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 98 y 99 y nota a pie de p. 208

²³⁹ VILLACAMPA ESTIARTE y VALLE MUÑIZ. *Comentarios al nuevo CP*, p. 1589.

legalmente obligado a facilitar medios y, por otro, que el art. 350 CP exige el peligro de riesgos catastróficos, con lo que para aquellos supuestos que quedaran fuera del art. 316 CP se estarían exigiendo requisitos muy superiores a los exigidos para los que quedaran dentro de su ámbito. Es decir, se exigiría menos requisitos para ser autor cuando se es empresario que cuando no se es, lo cual si bien puede parecer en principio una interpretación protectora de los dependientes del empresario, lo cierto es que en aquellos supuestos harto frecuentes en la práctica, de dificultades para dar con el empresario, dejaría a los trabajadores desprotegidos. En consecuencia, en los casos de personas jurídicas de una cierta magnitud habría que optar por acusar y si concurrían los demás requisitos probatorios condenar a “lejanos” empresarios aunque no tuvieran el dominio del hecho. En caso contrario no habría protección penal para los trabajadores si se derivara la imputación al art. 350 CP de todos los delegados y personal del empresario que se estudiarán con posterioridad. Ello sin olvidar que dicho artículo exige también que se ponga en peligro a sujetos pasivos no trabajadores, por lo que estamos ante un tipo de muy improbable aplicación práctica.²⁴⁰

En resumen, entiendo que:

a) El tipo es un delito especial propio en el que, como *supra*²⁴¹ afirmaba *Lascuraín Sánchez*, el legislador ha dado un absurdo rodeo remisivo para fijar la especialidad mencionada.

b) La mención a “[...] los que estando legalmente obligados [...]” lleva *prima facie* al empresario, pero éste no puede ser el sujeto único del delito ni el derecho penal en cuanto a su vertiente de decisión de una autoría jurídico-penal puede venir limitado

²⁴⁰ Opinión contraria a la que defiendo y a mi entender no exenta de contradicciones es la de MONGE FERNÁNDEZ. *La responsabilidad penal por riesgos*. En la p. 53, dicha autora comienza afirmando que “el sujeto activo del tipo del art. 350 CP por ser norma penal en blanco se extiende sobre empresarios, constructores y aparejadores e incluso el encargado de la obra, jefe técnico y subcontratista”. Después añade (p. 94) que “en una primera fase, el legislador protege el derecho a la seguridad colectiva en un sector muy concreto; el de la construcción, a través de un tipo de peligro”, para concluir (p. 126) que “[...] la puesta en peligro de los trabajadores se resolverá a través del 316”. En la obra citada no se justifican las afirmaciones ni por qué la construcción debe tener un tratamiento diferenciado del resto de sectores productivos, que por otra parte y de conformidad con mi exposición produciría el efecto contrario de convertir paradójicamente a la construcción en el sector más desprotegido.

²⁴¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *La prevención penal*, p. 575.

por la legislación administrativa (LPRL y reglamentos derivados), como también *supra* ponía de manifiesto *De Vicente Martínez*.

El propio art. 14.4 de la LPRL da al empresario diversas posibilidades que incluyen otras personas físicas o jurídicas para garantizar el cumplimiento del deber de seguridad que le impone. En consecuencia, no es un delito especial propio cuyo único posible autor sea el empresario, en cuanto podrán ser autores otras personas.

IV.3 LA SISTEMÁTICA DEL ART. 14 LPRL Y CONCORDANTES Y EL ESTUDIO DE LOS SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO CONTENIDO EN EL ART. 316

A diferencia de la generalidad de la doctrina, que estudia al empresario y con posterioridad al resto de posibles autores, la mayoría de manera muy limitada, en mi caso prefiero estudiar los posibles sujetos activos del delito partiendo de la propia sistemática del art. 14 y concordantes de la LPRL.

Como ya anunciaba, ello satisface plenamente la especialidad del delito y la pretendida limitación a la autoría jurídico-penal por la cláusula “[...] los que estando legalmente obligados [...]” Del mismo modo, en cuanto que es el precepto que contiene las posibilidades legales de cumplimiento empresarial del deber de seguridad (de acuerdo con el tamaño de la empresa, número de trabajadores y alguna otra circunstancia que debe ser tenida en cuenta), entiendo que sienta las bases para la autoría de sujetos distintos del empresario.

Desde mi punto de vista, el realizar el estudio desde la óptica prácticamente exclusiva del empresario, como hace la doctrina mayoritaria, puede dar lugar a una imputación excesivamente amplia²⁴² o restrictiva.²⁴³

²⁴² JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, Luis. “Art. 316” en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.) *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1997, p. 3150, propone considerar autor del delito a todo aquél que conforme al art. 1.2 del TRET sea empresario.

²⁴³ Vendrían aquí incluidos AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p.279 “Sólo el empresario y el encargado”; MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 406 a 415 “empresario y a través de los arts. 31 y 318 CP otras personas mediante el mecanismo de la delegación” o

IV.4 EMPRESARIO PERSONA FÍSICA

A) Empresario directamente encargado de la prevención de riesgos laborales

El empresario persona física con una plantilla inferior a 6 trabajadores y con desarrollo de la propia actividad profesional del empresario en el propio centro de trabajo puede asumir él mismo las funciones de prevención (art. 30.5 LPRL), supuesto en el que la posibilidad de ser sujeto activo del delito no plantea ninguna duda. Cuestión diferente es la de la delegación o la existencia de un “delegado”, de lo que trataré con posterioridad.

B) Empresario que nombra uno o varios trabajadores para que se encarguen de la prevención de riesgos. Los trabajadores como autores del delito. Posible existencia de una laguna y estudio del modo de colmarla

De conformidad con los arts. 30.4 y 31.1 LPRL, el empresario persona física puede designar a uno o a varios trabajadores para las funciones de prevención. Siguiendo el razonamiento que he establecido con anterioridad al tratar sobre la especialidad del delito y la supuesta limitación legal de la autoría jurídico-penal, es evidente que en dicho caso los trabajadores, siempre que dispongan del tiempo y de los medios precisos y sean suficientes en número (art. 30.2 LPRL) y asimismo tengan la competencia técnica adecuada al nivel de responsabilidad que adquieren y sean dotados de mando suficiente, serán sujetos activos del delito.²⁴⁴

Para el empresario persona física que haya optado por designar trabajadores y en el supuesto de que, conforme al razonamiento del párrafo anterior, los mismos sean autores, no puedo sino suscribir la postura de *De Vicente Martínez*.²⁴⁵ La citada

NAVARRO CARDOSO. *Los delitos contra los derechos*, p.155 “Empresario y servicios de prevención externa si delegó en ellos.”

²⁴⁴ En contra MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 411. “[...] El art. 30 no establece una obligación directa en materia de seguridad y salud en el trabajo y, menos aún, el deber de facilitar los medios precisos para su garantía para sujetos distintos al empresario.” En contra asimismo RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p. 270, para quién los delegados de prevención sólo coadyuvan al empresario, con lo que no cumplen el requisito de los arts. 316 y 317 CP y sólo podrán ser penalmente responsables por delegación.

²⁴⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ. *Sujetos responsables*, p. 9.

autora señala que, al tratarse de empresario persona física, éste sigue siendo el responsable de la prevención de riesgos laborales. Por ello, en estos casos, entiendo que su responsabilidad penal vendrá en su caso por la vía de la falta del debido control de la delegación que estudio en su apartado correspondiente. No obstante, en aquellos supuestos en los que cumplió perfectamente el empresario persona física con los deberes del delegante, cabría considerar que subsiste igualmente responsabilidad por *culpa in eligendo*, lo que nos remitiría al ámbito del art. 317 CP. En el caso de que por carecer de medios o capacitación técnica, los trabajadores designados no puedan ser autores, el empresario persona física sería autor por no facilitar los medios a los trabajadores que van a desempeñar por él dicha actividad.²⁴⁶

Habría que analizar ahora qué ocurre si la situación de peligro grave para el trabajador viene provocada por la negativa de éste a cumplir con la orden recibida de utilización o implementación de medidas de protección recibida. Con carácter general, si se tratara del empresario persona física que directamente da la orden, me adscribo de nuevo a la postura de *De Vicente Martínez*²⁴⁷ cuando señala que, si éste quiere quedar preservado de responsabilidad en los casos de negativa del trabajador a adoptar las medidas que se le ordenan, debe utilizar la vía disciplinaria, llegando como última posibilidad (y, añadido, sólo cuando fuera estrictamente necesario como única manera de solucionar la cuestión sin riesgo grave para la vida, integridad física o salud del trabajador) al despido disciplinario por la vía del art. 54. 2. D) TRET.

Supuesto límite aún dentro de éste apartado sería la cuestión de aquellos casos en los que el trabajador o trabajadores designados son los que tienen que transmitir la orden y carecen de mando para ordenar el cumplimiento de las medidas preventivas cuando su compañero trabajador se niega a adoptarlas.

²⁴⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ. *Sujetos responsables*, p. 9, lo denomina comprobación efectiva de los requisitos de los arts. 34 y ss. de la LPRL. A mi juicio es una postura más restrictiva que la mía, en cuanto no incluiría los medios o el mando. Sin perjuicio de no ignorar y dar más amplio tratamiento en el epígrafe IV.6 que no deja de plantear algún problema la cuestión del mando y la delegación *strictu sensu* o no, conforme al art. 318 CP.

²⁴⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ *supra*, p.3. En contra QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho Penal Parte Especial*, p.465, entendiendo que no es trasladable al derecho penal el paternalismo protector propio del derecho laboral de proteger al trabajador hasta de su propia imprudencia.

Para el caso de que la orden incumplida provenga del trabajador o trabajadores designados, son varias las posibles soluciones:

a) Estimar que no dar mando a los trabajadores designados es delito para el empresario por no facilitar medios. Sin embargo, me parece una interpretación que superaría el tenor literal del art. 316 CP, siendo que la delegación es una facultad y nunca una obligación para el empresario. Además, no viene impuesta la obligación de dar mando por el art.30.2 de la LPRL que sólo hace referencia a tiempo, medios y número suficiente de trabajadores obligando asimismo el art. 30.3 a facilitar el empresario a los trabajadores designados la documentación necesaria para su cometido.

b) Considerar que se trata de un supuesto de infracción de la norma de cuidado mediante una conducta omisiva por parte del trabajador o trabajadores designados. Es decir, si con conocimiento de la situación de riesgo al no haber sido obedecidos por sus compañeros, los trabajadores designados no lo comunicaron al empresario para que éste realizara la conminación a la que se hacía referencia *supra*, de manera personal, o impusiera la correspondiente sanción, o en casos extremos procediera al despido por desobediencia, entiendo, como hacía en el párrafo anterior, que la conducta del empresario será impune. Sin embargo, el trabajador o trabajadores designados serán responsables del delito de resultado lesivo por omisión, es decir del delito de homicidio por imprudencia grave, el delito de lesiones por imprudencia grave o la falta de lesiones por imprudencia grave. Entiendo, por el contrario, que en este supuesto en el que los trabajadores designados carecen de mando, por tanto, no pueden observar otra conducta que la de comunicar el incumplimiento de la adopción de medidas de prevención por su compañero trabajador al empresario y que no puede considerarse que no facilitaron los medios, y por tanto, no serán autores del delito del art. 316 CP.

No obstante, si los trabajadores designados cumplieron con su función de detectar el incumplimiento de medidas de seguridad, advertir aun sin mando a su compañero para que utilizara dichas medidas, y por último pusieron en conocimiento del empresario la situación, entiendo que, si éste no actúa sobre el trabajador que sostiene la negativa, será autor del delito del art. 316 CP, siendo impune la conducta de los trabajadores designados.

Planteada la cuestión en estos términos, parecería *ab initio* que en los supuestos en los que los trabajadores designados no tienen mando para imponer coactivamente a sus compañeros el cumplimiento de las medidas y en que no lo comunican al empresario y no tienen posibilidad real de obligar a éste a adoptar las medidas que echen en falta, ni los trabajadores incumplirían la obligación de facilitar medios ni puede considerarse que lo haría el empresario sin forzar el tenor literal típico. De este modo existiría una laguna de punición en el tipo del art. 316 CP. Como puede observarse, en el presente supuesto no aparece claro que los trabajadores de empresas de seis o menos trabajadores en las actuales condiciones de mercado merezcan la pena del art. 316 CP. En cambio, entiendo que sí la merece, por el contrario y de manera evidente, el empresario. Un empresario que cede el control permanente de la prevención de riesgos laborales a trabajadores que le están subordinados jerárquica y económicamente y que no les da mando para adoptar decisiones ni controla si ellos efectivamente le informan o no de las deficiencias en materia de seguridad, no puede quedar impune.

Para ver si la laguna tiene o no solución comenzaré siguiendo a *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,²⁴⁸ quienes señalan que este tipo de sujetos (trabajadores o técnicos encargados de tareas de protección frente a riesgos laborales) pueden ser sujetos activos del delito, tal y como sugiere la ley al normar su existencia, pero con los requisitos propios del sujeto en el que se delega un deber. Asimismo, *De Vicente Martínez*²⁴⁹ señala cómo a la cabeza de los sujetos activos del delito debe figurar el empresario, sin que ello excluya la responsabilidad complementaria de otras personas que podrán responder a través de la cláusula final del art. 318 CP.

En definitiva, puede verse cómo los escasos autores que se plantean la punición de supuestos como el que se estudia, señalan su posible castigo a través de la delegación o la cláusula final del art. 318 CP.

No obstante, como se verá ampliamente con posterioridad, no entiendo la delegación al modo en que lo hace la generalidad de la doctrina. Desde mi punto de vista la delegación no es sino aquella posibilidad por las dos partes (delegante y delegado) de decidir dentro de un orden las competencias de cada parte y los términos de la citada delegación. Por ello, no sería aplicable dicho instituto a supuestos como el

²⁴⁸ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 412.

²⁴⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ. *Seguridad en el trabajo*, p. 75.

presente, dado que en los mismos no hay ninguna asunción libre de competencias dentro de un orden, sino un trabajador de una pequeña empresa que no tiene otro remedio que aceptar la orden que le viene impuesta por el empresario, desempeñando su nueva tarea de la mejor manera posible. No se juega sólo su posible responsabilidad penal, sino también su puesto de trabajo.

Por ello, en el supuesto en el que el trabajador no llevó a cabo la comunicación de la falta de medidas de seguridad y el empresario previamente no le había otorgado mando, se da, por tanto, una auténtica laguna de punibilidad que sólo por el legislador puede ser colmada. Para ello, de *lege ferenda*, efectúo tres propuestas:

- a) El establecimiento claro de una definición de medios que incluya el deber de vigilancia de las medidas adoptadas (lo que superaría además la enojosa discusión de su inclusión típica o no).
- b) El establecimiento de la obligación *ex lege* del empresario de dotar de mando en estos supuestos al trabajador.
- c) El establecimiento de la sanción directa al trabajador (el supuesto menos deseable) por considerar asimismo *ex lege* como falta de medios, la no comunicación.

IV.5 EMPRESARIO PERSONA JURÍDICA

A) Su responsabilidad penal en general y en el ordenamiento jurídico español en particular

Tradicionalmente, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha venido marcada por el principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, la insatisfacción político-criminal con los resultados de la aplicación estricta de tal principio ha llevado a tener que elaborar doctrinal y jurisprudencialmente algunas teorías, finalmente consagradas a nivel legislativo, que permitan estimar por diversas vías la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Según *Robles Planas*,²⁵⁰ autor al que sigo en este apartado, la cuestión, hoy por hoy, no es ya si puede o no reaccionarse sancionando a una persona jurídica en el seno de la cual se ha cometido un delito, sino cómo articular la respuesta sancionadora.

De acuerdo con el citado autor, la situación puede describirse aislando tres grandes grupos: los ordenamientos jurídicos que prevén sanciones propias del núcleo del derecho penal, como lo es la pena de multa (Holanda, Francia, países anglosajones, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Bélgica y Suiza), entre los que desde mi punto de vista por su severidad y claridad destacan poderosamente las regulaciones vigentes en Francia y Holanda, los países que optan por sanciones administrativas (Alemania y Portugal) y, finalmente, los países que optan por sanciones (cuya naturaleza es discutida) en todo caso no pertenecientes al núcleo del derecho penal y que podríamos denominar “accesorias” (Suecia y España)²⁵¹ o bien optan por sanciones cuasipenales (Polonia e Italia). Estas últimas pueden caracterizarse como sanciones que, no siendo penas, sino sanciones pecuniarias de carácter jurídico-público, se imponen por un juez.

La legislación española se encontraría, por tanto, desde mi punto de vista, en el grupo que permite imponer consecuencias derivadas del delito, medidas accesorias sobre el patrimonio o las personas jurídicas o, en palabras de *Robles Planas*, sanciones en todo caso no pertenecientes al núcleo del derecho penal.²⁵²

Esta opinión se ve reforzada por el legislador cuando ha añadido al art. 318 CP por LO 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los inmigrantes un párrafo que presenta el siguiente tenor literal:

²⁵⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. “¿Delitos de personas jurídicas?”, en *InDret*, Barcelona, 28 de abril de 2006, pp. 3 y 4.

²⁵¹ Desde mi punto de vista, son aquellos países que optan por una senda intermedia entre el derecho penal y el administrativo, sin imponer penas reales, pero sí medidas accesorias sobre el patrimonio o la actividad de las citadas personas.

²⁵² En contra PURCALLA BONILLA. *Claves aplicativas*, p. 1754, quién considera que lo que se impone es responsabilidad civil.

“En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.”²⁵³

Además, no deben olvidarse los positivos efectos preventivos a los que hace referencia *Gracia Martín*²⁵⁴ cuando señala: “Son las personas jurídicas efectos configuradores del contexto favorecedor de la realización de hechos delictivos para los cuáles deben aplicarse medidas preventivas de carácter asegurativo, como cierre de establecimientos o locales, y medidas de carácter puramente coercitivo, como multas sin finalidad represiva, sino coercitiva, para vencer así la resistencia del obligado a modificar una situación jurídicamente indeseable.”

Sin que parezca, por último, que pese a ser un paso más en la persecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haya cambiado en exceso la cuestión el art. 31.2 CP al reconocer a las personas jurídicas como responsables directas y solidarias de la multa que se imponga a la persona física autor del delito conforme al art. 31 CP.

Es cierto, no obstante, que la citada reforma plantea algunos problemas, sobre todo de índole procesal, sobre la posición que tendrán que ocupar en el proceso las personas jurídicas, habida cuenta que la multa impuesta es pena y no consecuencia accesoria o responsabilidad civil. Esto podría hacer pensar que si van a ser imputadas es porque se les va a imponer una pena. Sin embargo, no es menos cierto, entiendo, que lo que pretende conseguir la reforma es el aseguramiento del pago evitando declaraciones de insolvencia y no una verdadera declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

²⁵³ Un interesante estudio sobre el art. 129 CP lo encontramos en GUILLAMÓN SENENT, José Vicente. “Las consecuencias accesorias del art. 129 CP y el principio *societas delinquere non potest*”, en *Revista del Ministerio Fiscal (RMF)*, nº12, Madrid 2004, pp. 225 a 272.

²⁵⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en MIR PUIG y LUZÓN PEÑA (coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona 1996, pp. 35 a 73.

Alguna de estas dudas tiene un atisbo de solución²⁵⁵ por la SAP de Asturias, Sección 8ª, de 28 de septiembre de 2006, (ponente Donapetry Camacho), que señala: “Por tanto, con la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de la materia, ha de entenderse que el art. 31.2 debe operar sólo en los casos en que se trata de un delito especial en el que la persona física es hecha responsable en virtud de la cláusula de transformación del art. 31.1.” Esta solución es asimismo asumida por la FGE, que en su Circular 2/2004 insta a los miembros del Ministerio Fiscal a buscar la aplicación de la regla contenida en el art. 31.2 sólo en el caso de los delitos especiales.

En la doctrina, la reseñada es también la solución mayoritaria. Así lo indican Silva Sánchez y Ortiz de Urbina Gimeno,²⁵⁶ o con referencia específica al delito objeto de estudio, Morales García.²⁵⁷

B) Posibilidad de aplicación del art. 129 CP a las personas jurídicas en el ámbito del delito objeto de estudio

El art. 129 CP establece como novedad en la legislación española la posibilidad de imponer en sentencia firme a las personas jurídicas las cinco consecuencias jurídicas accesorias a las que hace referencia.

²⁵⁵ Hablo de atisbo, porque no puede pensarse que exista una clara doctrina jurisprudencial al respecto. Ello viene motivado por el hecho de que en la única resolución que lo ha abordado en el TS, la S., Sala 2ª, de 7 de febrero de 2005 (ponente Colmenero Menéndez de Lurca) se limite a señalar ante la pretensión del recurrente de que se aplicara para garantizar una responsabilidad civil que se decretó a su favor por la sentencia de instancia que: “En este sentido, la pretensión del recurrente no es atendible, pues el artículo 31.2 se refiere exclusivamente a las penas de multa impuestas al autor de un delito, y no a las responsabilidades civiles, que responden a criterios y consideraciones totalmente diferentes. Es claro, por otra parte, que no procede extender por analogía la responsabilidad derivada de la imposición de una pena”. Asimismo, también vendría motivado porque en las Audiencia Provinciales, amén de la ya citada, sólo entra en el fondo del asunto el AAP de Madrid, Sección 5ª, de 16 de septiembre de 2007 (ponente Beltrán Núñez) que opta por el criterio de la subsidiariedad cuando señala aceptando el recurso de una mercantil contra la que se incoa procedimiento abreviado que “incluso de la desafortunada redacción del artículo 31.2 del CP se desprende que, de haber alguna responsabilidad criminal de las personas jurídicas, ésta queda supeditada a la autoría de la acción delictiva de su administrador o representante legal.”

²⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “El art. 31.2 CP. Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa”, en *InDret*, pp. 5 y 6 (Última visita 25 de agosto de 2009).

²⁵⁷ MORALES GARCÍA, Óscar. “Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral.” Ponencia en el Seminario de la *Universitat Oberta de Catalunya La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, febrero de 2005, p. 21.

Centraré mi estudio en tratar de establecer, dado que existe doctrina que abarca todas las posibilidades, su naturaleza jurídica y después en ver si todas o alguna de ellas son realmente aplicables a los tipos que se estudian.

Así, en cuanto a cuál sea el fundamento de dichas consecuencias accesorias, existen dos posturas en la doctrina. De un lado, se hallan los autores que consideran que la fundamentación estriba en razones de prevención especial, delimitadas en el apartado 3 del art. 129 del CP, constituyendo al unísono el objeto de la motivación de su imposición.²⁵⁸ Otros autores, en cambio, entienden que el contenido de la motivación consiste en poner de relieve la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, basada en un defecto de organización que facilita la comisión de delitos.²⁵⁹

Respecto a su naturaleza jurídica, como comentaba, la doctrina ha barajado todas las opciones posibles. Para su mejor comprensión, seguiré en este punto la clasificación elaborada por *Martínez Ruiz*.²⁶⁰ Así, el citado autor distingue entre las denominadas opiniones puras que defienden naturalezas jurídicas preexistentes a las consecuencias accesorias en nuestro ordenamiento jurídico y las opiniones que dan por válida la nomenclatura empleada por el legislador.

En el primer sector habría que encuadrar a *Zugaldía Espinar*,²⁶¹ quién afirma que las consecuencias accesorias del artículo 129 CP deben ser tratadas como si fuesen penas, “porque, en realidad, son penas”, añadiendo por su parte *Bacigalupo Saggese*,²⁶² que “su aplicación debe revestir las mismas garantías que la imposición de una sanción penal a un sujeto individual.” Otro sector doctrinal de los denominados de opinión pura, opta por considerar que las medidas a las que hacemos referencia constituyen verdaderas medidas de seguridad, apelando a tal

²⁵⁸ GUINARTE CABADA, Gumersindo. “Art. 129”, en VIVES ANTÓN (ed.). *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 665.

²⁵⁹ GRACIA MARTÍN. *La cuestión de la responsabilidad penal*, p. 463.

²⁶⁰ MARTÍNEZ RUIZ, Jesús. “Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP” ” <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> (última visita 26 de agosto de 2009).

²⁶¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)”, en MORALES PRATS, Fermín y QUINTERO OLIVARES (coords.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 885 a 908.

²⁶² BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, p. 286.

efecto al apartado 3 del artículo 129 del CP.²⁶³ Aún dentro del citado sector de opiniones puras, nos encontramos por último con una tercera línea interpretativa que, partiendo de la propia incapacidad de acción o de omisión de las personas jurídicas, en el sentido del derecho penal, defiende la naturaleza de medidas de carácter administrativo.²⁶⁴

Frente a las concepciones anteriores, de acuerdo con *Martínez Ruiz*, la mayoría de la doctrina se sitúa en el segundo sector, que da por válida la nomenclatura de consecuencias jurídicas accesorias empleada por el legislador en la rúbrica del Título VI del CP de 1995, afirmando, incluso,²⁶⁵ que estamos en presencia de una “tercera categoría de consecuencias derivadas del delito”, situada junto a las penas y las medidas de seguridad.

Por mi parte, me encuadro en este sector mayoritario. Entiendo que no son penas, fundamentalmente porque procesalmente y más allá del respeto absoluto al derecho de defensa, no traen consigo los efectos que sí conlleva la posición de imputado, acusado o procesado. Tampoco son medidas de seguridad, en cuanto que no se cohonestan bien con la naturaleza esencialmente preventiva y de reinserción de las mismas y que hace pensar en personas físicas y no jurídicas. Son por tanto un tercer tipo de sanción, que se impone, como decía *Guinarte Cabada*, por razones de prevención especial y que, como también señalaba *Robles Planas*, no pertenece al núcleo del derecho penal.

Para observar cuáles son las aplicables a los tipos objetos de estudio, entiendo que debe ser tenida en cuenta la dicción literal del art. 129 CP, lo que desde mi punto de vista nos dejaría las siguientes medidas:

²⁶³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO. “Comentario al artículo 129 CP”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, p. 1563.

²⁶⁴ DÍEZ ECHEGARAY, José Luis. *La responsabilidad penal de los socios y administradores*, Madrid, 1997, p. 57. Respecto a las medidas previstas en el artículo 129 del CP sostiene este autor que se trata de medidas graves que pueden adoptarse contra las personas jurídicas, como consecuencias accesorias del delito; afirmado lo anterior, concluye que “no se trata de penas, ni de medidas de seguridad, sino de medidas de carácter administrativo que pueden imponer los jueces penales, si se dan las circunstancias previstas para ello.”

²⁶⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón y GARCÍA RIVAS, Natalia. *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona, 1996, p. 361.

“[...] b) la disolución de la sociedad, asociación o fundación;²⁶⁶ c) la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años y d) la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito [...]”

Una vez establecidas las medidas aplicables, para ver si efectivamente tienen que aplicarse debería tenerse en cuenta los siguientes factores:

- La postura adoptada sobre su naturaleza.
- La opinión expresada en el anterior subepígrafe por *Gracia Martín* sobre los positivos efectos criminógenos de la imposición de las consecuencias jurídicas accesorias.
- Lo establecido en el propio art. 129.3 CP en el sentido de que dichas medidas se orientan a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma y que puesto en conexión con el art. 31.1 LPRL que establece requisitos especialmente rigurosos para aquellos empresarios con alto índice de siniestralidad laboral.

Por tanto, con todo ello y la notificación del escrito de acusación a la persona jurídica para que comparezca si lo estima oportuno, debería bastar para la aplicación de dichas medidas en aquellos casos en los que no se trate del primer supuesto de siniestralidad laboral en la empresa. No obstante lo cual, de manera general, estoy convencido de que el carácter potestativo del nuevo párrafo (“podrá”) llevará, como ha sucedido en otros delitos, a la inaplicación del mismo, sobre la base de las gravísimas consecuencias patrimoniales que de aplicar el precepto, podrían recaer incluso sobre los propios trabajadores a los que se trataría de proteger.

C) Estudio de la relación entre los arts. 31 y 318 CP

a) Planteamientos doctrinales

²⁶⁶ Conceptualmente posible pero de nula relevancia práctica. Es absurdo disolver la sociedad y no prohibir que los mismos sujetos constituyan otra.

Sentado lo anterior, llega el momento de analizar los arts. 31.1 y 318 CP, y tratar de establecer si regulan o no idéntico supuesto y de incardinar en el art. 318 CP la figura jurídica del denominado por la jurisprudencia “encargado”.

El art. 31.1 CP establece:

“El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.”

Antes de comenzar con la interpretación del mismo con relación al delito objeto del presente estudio hay que tener claro respecto al citado artículo que, como dice el ATS, Sala 2ª, de 24 de julio de 1992 (ponente Ruiz Vadillo), dicho artículo implica necesariamente la ejecución de una acción típica de manera directa o indirecta. Se trata de una disposición que no compensa la falta de una acción, sino la ausencia de características típicas de la autoría en la persona del autor.

El art. 318 CP, por su parte, establece:

“Cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.”²⁶⁷

A la hora de analizar estos preceptos, en la doctrina cabría distinguir dos tendencias:

- Los que consideran más limitado el art. 318 CP que el 31 CP y por tanto, siendo el art. 31 cláusula general, lo consideran innecesario.

²⁶⁷ El Anteproyecto de ley Orgánica que modificaría el vigente CP establece como novedad en el art. 318 la multa proporcional tanto con relación a la impuesta en las infracciones muy graves de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) como a la cantidad de trabajadores afectados.

Autor destacado de este primer sector doctrinal es *Terradillos Basoco*.²⁶⁸ Así, señala que el art. 318 CP es incompleto e inidóneo. Incompleto porque olvida cuestiones que por el contrario sí vienen reguladas en el aparentemente más general art. 31 CP, e inidóneo porque señala que, por mucha jurisprudencia al respecto que exista, los denominados encargados, o bien actúan en nombre del empresario, en cuyo caso pueden ser incardinados en el general art. 31 CP, o bien sólo pueden ser autores, por obligados directos del art. 316 CP. Según este autor, resulta cuestionable acudir al 318 CP, cuando se admite con carácter previo, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia al respecto, que el sujeto está directamente obligado a prestar seguridad. Su responsabilidad sería, por tanto, originaria y no derivada, concluye *Terradillos Basoco*. Apunta también este autor que, dado que el art. 318 CP es omisivo, la conducta del encargado del servicio podría fundamentarse con ventaja en el art. 11 CP.

Señala por último *Terradillos Basoco* que admite la responsabilidad de “[...] quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello”, pero divergiendo en que pueda la misma estar fundamentada en el propio art. 318 CP, subyaciendo la idea que expresaba con anterioridad, esto es, que si los autores de la puesta en peligro grave son extraños que conocen y pueden evitarlo, son garantes y por tanto reconducibles al art. 11 CP.

En igual o similar postura habría que encuadrar a *Navarro Cardoso* y *Losada Quintás*,²⁶⁹ que sostienen también que el art. 318 CP es más limitado que el art. 31 CP y que efectivamente cabe la utilización en el delito que nos ocupa de la cláusula de comisión por omisión del art. 11 CP, y a *Villacampa Estiarte* y *Valle Muñiz*,²⁷⁰ quienes niegan virtualidad al art. 318 CP y opinan que la cuestión debió remitirse al art. 31 CP.

Para *Aguado López*,²⁷¹ el art. 318 CP es un precepto reiterativo respecto al art. 31, que además presenta más inconvenientes que ventajas. En referencia a la fórmula final del art. 318 CP, la citada autora se inclina por entender que consagra la

²⁶⁸ TERRADILLOS BASOCO. *Delitos contra la vida*, pp. 68 a 71. Se adhiere al citado autor DE VICENTE MARTÍNEZ. *Seguridad en el trabajo*, pp. 79 a 82.

²⁶⁹ NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS. *La autoría*, p. 967.

²⁷⁰ VILLACAMPA ESTIARTE y VALLE MUÑIZ. *Comentarios al nuevo CP*, p. 622.

²⁷¹ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 289.

comisión por omisión del encargado y del administrador, que sólo responderán conforme al art. 11 CP por hechos de un tercero si tuvieran posición de garante.

Como puede verse, estamos ante un sector doctrinal muy crítico con la técnica legislativa utilizada, llevando alguno de los autores del citado grupo sus críticas hasta el extremo de considerarlo totalmente rechazable.²⁷²

- Otro sector considera que el art. 318 CP abarca ámbitos o realidades distintas que el art. 31, debiendo a mi entender incluirse en este grupo a aquellos que entienden que el art. 318 viene justificado por la existencia de la figura de creación jurisprudencial del encargado.

Dentro de esta segunda postura encontramos autores como *González Soler*,²⁷³ quien apuesta por una consideración distinta e independiente del art. 318 CP sobre la base de la amplísima jurisprudencia existente sobre la figura del encargado²⁷⁴ o incluso del encargado de hecho,²⁷⁵ siendo necesario, como señala el autor citado, que se tenga en cuenta el proceso de riesgo concreto que ha llevado al resultado lesivo penal, siempre relacionado con el fin de protección de la norma en orden a la atribución del resultado.

Especialmente interesante me parece en esta cuestión la aportación de *Fernández Fernández, Ellacuría Berrio e Iturrate Andechaga*, que señalan que el art. 318 CP debe ser interpretado con relación al art. 316 CP, debiendo ser entendido como sujeto activo todo aquél que, teniendo la posibilidad práctica de evitar el

²⁷² Es el caso de DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados de servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores atribuidos a una persona jurídica. Consideraciones de *lege ferenda*”, en *RGDP*, nº 9, 2008, pp. 49 y 50 cuando sostiene que: “El primer inciso del art. 318 es dudoso que tenga utilidad alguna en relación con los arts. 316-317. Las posibles necesidades que se quisiesen cubrir con él, si es que existen, son más razonablemente atendibles mediante mínimas modificaciones de los tipos citados. Respecto de los demás delitos contra los derechos de los trabajadores, carece de la más mínima utilidad.”

²⁷³ GONZÁLEZ SOLER, Olayo Eduardo. “Muerte y lesiones por imprudencia laboral”, en *EMF*, Madrid, 2001, pp. 234 a 240.

²⁷⁴ El TS viene admitiendo con unos perfiles propios y diferenciados la figura del encargado desde la STS de 13 de marzo de 1974.

²⁷⁵ Concepto de creación jurisprudencial a partir de la STS de 24 de junio de 1975. Puede encontrarse un magnífico resumen de dicha evolución jurisprudencial en la SAP de Sevilla de 12 de marzo de 2004 (ponente Malpica Soto).

incumplimiento de medidas y estando jurídico-laboralmente obligado (art. 14 LPRL), no lo hace.²⁷⁶

Para *Lascuraín Sánchez*,²⁷⁷ el art. 318 CP se refiere sólo a los supuestos en los que la imputación inicial recaiga sobre una persona jurídica y el art. 11 CP circunscribe su ámbito de aplicación “a los delitos que consistan en la producción de un resultado.” Por tanto, para el citado autor los delegados del empresario pueden ser sujetos activos del tipo en los casos en los que el empresario sea una persona jurídica a través del art. 318, pero no en los demás casos, en los que sólo será posible si tales delegados aparecen en las leyes como obligados a la seguridad. Señala así mismo el autor citado que, para llenar la laguna que se produce, habrá que acudir al art. 31 CP, con lo que el legislador de nuevo causa un rodeo indeseable, en este caso, para encontrar un círculo de autores razonable.

b) Planteamientos jurisprudenciales

Dado el sistema vigente en el ordenamiento jurídico español, que no obliga a los Jueces y Tribunales a seguir la jurisprudencia del TS, el hecho de que como se ha visto *supra* exista una amplia jurisprudencia del TS sobre la figura del encargado del servicio o encargado de hecho, que además posibilita a un sector doctrinal asegurar la diferencia entre los arts. 31 y 318 CP, no implica que las resoluciones judiciales tengan que optar necesariamente por ese criterio.

Así, el TS, modernamente, se ha ocupado de la cuestión en la STS de 29 de julio de 2002 (ponente Giménez García).²⁷⁸ En ella, ante un recurso en el que se alegaba infracción del principio acusatorio por haberse condenado por el art. 318 CP sin que el Ministerio Fiscal hubiese acusado por el mismo, el TS afirma que el art. 318 CP no es una tipificación autónoma e independiente del delito contra los derechos de los trabajadores en su modalidad dolosa o imprudente, sino que resuelve el tema de la

²⁷⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Indalecio; ELLACURÍA BERRIO, José Manuel e ITURRATE ANDECHAGA, José Manuel. *La responsabilidad penal en los accidentes de trabajo*, Valencia, 1999, p. 52.

²⁷⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Prevención penal de la seguridad*, p. 579.

²⁷⁸ Hasta donde alcanzo a saber, sólo se ha ocupado del tema, además de la STS citada en el texto, la STS, Sala 2ª, de 8 de marzo de 2004 (ponente Soriano Soriano), si bien se trata de un pronunciamiento *obiter dictum* para señalar respecto al delito del art. 312 CP que el 318 es más específico en cuanto a la autoría de los representantes o apoderados de personas jurídicas que el 31 CP.

autoría de las personas jurídicas, de modo que viene a ser una norma especial y preferente de concreción respecto a la general contenida en el art. 31 CP.

En lo que hace referencia a la jurisprudencia menor, pueden distinguirse dos líneas jurisprudenciales.²⁷⁹ Por un lado, la que sigue la jurisprudencia que se ha mencionado con anterioridad como tradicional del TS respecto a la figura del encargado, en el sentido de que todos los que ostentasen mando o dirección, mando intermedio o subalterno y técnicos o responsables de ejecución, estaban obligados a cumplir las prevenciones legislativas para tutelar la vida, salud e integridad corporal de los trabajadores. Por otro lado, la que de un modo más exigente no se conforma con la posición ocupada en la empresa sino que requiere la efectiva responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales.

Una buena muestra del primer grupo podría venir constituida por las siguientes sentencias, ordenadas de modo cronológico:

- SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ponente Puente Segura). En el supuesto de hecho de esta sentencia (se trata del fallecimiento de dos trabajadores por haber inhalado CO₂ en un pozo en el que se almacenaba mosto), la Audiencia reconduce al art. 318 CP a un gerente, un enólogo y tres encargados, entendiéndose que a todos ellos competían las funciones de establecer las condiciones de prevención de riesgos laborales y que siendo además conocedores de problemas anteriores, hubieran podido intentar remediar los mismos mediante comunicación al Consejo Rector de la Cooperativa, o, incluso, ordenando la paralización de los trabajos en tanto no se adoptasen medidas de seguridad complementarias.

- SAP de Sevilla de fecha de 12 de marzo de 2004 (ponente Malpica Soto). En dicha resolución, ya citada como compendiadora de la jurisprudencia sobre la figura del encargado, ante la alegación del condenado de que él no era el encargado de la obra, sino que lo era su hijo, quien además ocupaba la dirección de la empresa, se señala que "ello no enervaba sus facultades y obligaciones de supervisión y control, dado que en innumerables ocasiones su hijo le encargaba la vigilancia de la obra casi diariamente, por lo que debió haber dado completa y positiva satisfacción a sus obligaciones, haciendo lo que como encargado de obra era su obligación. De esta

²⁷⁹ En este apartado sigo en lo esencial a MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Guía InDret*, pp. 37 a 42.

manera, aunque sea por vía de omisión, es de cabal aplicación el mencionado art. 318 CP, sin que quepa ninguna duda del carácter doloso de la conducta, visto el desprecio de ambos acusados de las instrucciones y órdenes de las normas aplicables sobre seguridad y prevención de riesgos laborales.”

- Por último, cabe citar las SSAP de Cádiz, Sección 4ª, de 4 de junio de 2006 (ponente Marín Fernández) y Madrid, Sección 7ª, de 5 de junio de 2006 (ponente Rasillo López), que reiteran literalmente en sus fundamentos de derecho la antigua jurisprudencia del TS que se ha puesto de manifiesto.

En el segundo grupo cabría encuadrar, también cronológicamente:

- SAP de Guadalajara de 25 de junio de 1998 (ponente Serrano Frías). En ella, en una empresa de montajes de tejados la esposa del acusado figura formalmente como administradora, pero es el acusado el que ejerce como encargado, supervisa e inspecciona las obras, interviene en la contratación y, por tanto, es el obligado a facilitar los medios para que sus trabajadores (con independencia que sean o no autónomos), desarrollen su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal.

La sentencia acoge la fundamentación de *Fernández Fernández, Ellacuría Berrio e Iturrate Andechaga* antes reflejada y señala que la obligación infringida incumbe a quien tiene “el ejercicio de poder dentro de la empresa”. Así, la esposa queda exonerada, al entender la sala que el ser empresario no puede entenderse de manera formal hasta extremos de llegar a adoptar respecto a los mismos un sistema de responsabilidad objetiva.

- SAP Barcelona, Sección 2ª, de 25 de abril de 2000 (ponente Martín García). En esta resolución se sostiene que, aunque se sea formalmente administrador o encargado, la acusación debe después probar que se es encargado de hecho.²⁸⁰

- SAP de Almería, Sección 3ª, de 7 de septiembre de 2005 (ponente Jiménez de Cisneros Cid) que revoca la condena de una administradora porque sólo se ocupaba de la venta de inmuebles.

²⁸⁰ La SAP de Barcelona, Sección 8ª, de 14 de septiembre de 2000 (ponente Morales García), insiste en dicho planteamiento.

- SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 14 de noviembre de 2005 (ponente Obach Martínez) que excluye al sujeto que formalmente era jefe de seguridad, administrador y encargado de obra y en la práctica era peón.

- SAP de Madrid, Sección 23ª, de 24 de julio de 2007 (ponente Mozo Muelas) en la que se afirma que la mera condición de representante legal no equivale a un control funcional de las condiciones de trabajo y por lo tanto a una responsabilidad penal.

En conclusión, entiendo que esta jurisprudencia sirve para mantener la posición doctrinal con la que como se verá me identifico, según la cual la creación del art. 318 CP tuvo como objetivo recoger la figura jurisprudencial del encargado, si bien, como adecuadamente añade *González Soler*, siempre que ello sea conforme con el proceso de riesgo concreto. Es decir, la jurisprudencia se va poco a poco decantando hacia una modulación de la antigua línea del TS en el sentido de exigirse el dominio de la situación de riesgo además del ejercicio de mando directivo, intermedio o subalterno.²⁸¹

c) Los grupos de empresas. Su articulación en el art. 318 CP

Cuestión más compleja es cómo deban articularse en el art. 318 CP los supuestos de grupos de empresas.

*Purcalla Bonilla*²⁸² sostiene que hay que partir del concepto de empresario, proponiendo dos medios para su delimitación:

- Subjetivo: que el empresario sea asumido como tal por el propio grupo de empresas.

- Que así se entienda en una resolución judicial atendiendo a los indicios al uso: unidad de administración, prestación laboral indiferenciada, confusión de patrimonios y plantillas o comportamiento externo uniforme. Propone para la interpretación de tales indicios las SSTS, Sala 4ª, de 29 de octubre de 1997 (ponente

²⁸¹ En contra MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Guía InDret*, p. 42, quienes sostienen que conforme a ello carece de sentido la referencia tradicional al encargado y el desglose en mandos directivos, intermedios y subalternos.

²⁸² PURCALLA BONILLA. *Claves aplicativas*, p. 1755.

Fuentes López), 26 de enero de 1998 (ponente Martínez Garrido), 30 de abril de 1999 (ponente Bris Montes) y 27 de noviembre de 2000 (ponente Fuentes López).

Si se dan estas delimitaciones del concepto de empresario, cabrá, según el citado autor, acudir a la autoría y por tanto a la condena a través del art. 318 CP. No entrarían en los grupos de empresas las franquicias o *know how(s)*, en cuyos casos el delito sería imputable al empresario físico o jurídico.

En mi opinión, a no ser que concurra en el empresario del grupo de empresas la condición de administrador (lo que en este tipo de grupos empresariales será difícil), la incardinación de estos empresarios en el art. 318 CP resulta compleja. A salvo claro está el supuesto en el que se entienda que pueden ser imputados como personas que pudiendo evitarlo no hubieren hecho lo posible para ello, pero incluso así, habría problemas para superar la teoría del dominio funcional del hecho.

Dada la estructura de los grupos de empresas, lo usual en estos supuestos debería ser que respondiere aquél que efectivamente desempeñe funciones de administración o gerencia, el encargado del servicio y la empresa como responsable civil subsidiaria.

El empresario deberá responder por la vía del art. 31 CP cuando la que ha dado en denominarse “irresponsabilidad organizada” sea de tal calibre que no quepa más allá de lo puramente formal distinguir un verdadero ejercicio separado de funciones. En la doctrina española uno de los autores que más ha profundizado en este planteamiento es Del Río Fernández,²⁸³ quien habla de una autoría social-funcional, de forma que, cuando se trate de sucesos en el ámbito y seno de una organización, debe considerarse autor a aquél que domina la organización en la que se produce el resultado penalmente relevante y no deseado, principalmente los directivos de la empresa afectada.

d) Toma de postura

Mi parecer es en cierto modo coincidente con *González Soler y Fernández Fernández, Ellacuría Berrio e Iturrate Andechaga*. Es decir, entiendo que los arts. 31 y 318 CP son distintos. El primero sostiene con carácter general la conocida tesis

²⁸³ DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús. “La autoría en organizaciones complejas”, en *CDJ*, Madrid, 1999, pp. 205 a 210.

del “levantamiento del velo” en las sociedades mercantiles²⁸⁴ y está redactado con el objetivo de que las personas jurídicas no sean una “patente de corso” para delinquir, lo que permite imputar hechos delictivos a alguien en quien no concurren las condiciones, cualidades o relaciones necesarias.

El art. 318 CP, por el contrario, no permite lo anterior. Es un precepto que tiene que ser necesariamente interpretado desde el punto de vista del dominio funcional del hecho y del fin de protección de la norma desde el momento que señala “[...] que hayan sido responsables de los mismos [...]”. Así, también lo recoge la jurisprudencia en SAP de Barcelona de 1 de junio de 2004 (ponente Navarro Morales), cuando señala: “[...] en su confesada condición de encargado, el acusado era la persona que encomendaba al siniestrado el concreto contenido laboral del mismo y le daba las concretas órdenes acerca de cómo tenía que realizarlo, por lo que se erigía en garante de la seguridad del trabajador. Así, y con independencia de que careciera de poder de decisión en la empresa, lo que resulta incuestionable es que, como tal encargado, sí tenía dominio del hecho [...]”

Entiendo que los preceptos son distintos y, por tanto, que nada impide que ambos puedan ser aplicables a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Es decir, el art. 318 CP será aplicable a los administradores (de hecho o de derecho), a los encargados del servicio (en la definición que de los mismos existe por copiosísima jurisprudencia del TS) y a todos aquellos que pudiendo remediar el incumplimiento de medidas laborales de prevención de riesgos no lo hubieran hecho (no tanto extraños, sino por ejemplo el enólogo de la SAP de Cuenca de 22 de febrero de 2001 –ponente Puente Segura– antes citada). Conforme a lo señalado por *Fernández Fernández, Ellacuría Berrio e Iturrate Andechaga*, en este apartado vendrían incluidos todos aquellos supuestos en los que finalmente se produce un resultado lesivo debido a la conducta omisiva de cualquiera de los sujetos con competencias en este ámbito conforme a lo dispuesto en el art. 14.2 y concordantes de la LPRL.

Ejemplos de lo anterior serán los supuestos, desgraciadamente aún existentes en la práctica, de personas jurídicas que no han previsto nada respecto a la prevención de riesgos laborales (donde no puede, por tanto, haber omisión por ningún

²⁸⁴ Especialmente interesante es el desarrollo que de la misma efectúa VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al derecho mercantil*, 21ª ed., Valencia, 2008, p. 271

interviniente, ya que todos ellos carecen de competencias en la materia). O aquellos otros en los cuales los administradores de hecho o de derecho no eran los responsables de velar por el desempeño del trabajo de sus empleados en condiciones mínimas de seguridad personal –al no ser empresarios ni tampoco haber sido designados expresamente por éstos para tal cometido– pero tampoco habían designado a nadie. O, finalmente, en los supuestos donde no hay encargado por ostentar la empresa otro modelo organizativo (V.gr. cooperativas), el art. 31 CP serviría, como con carácter general ocurre respecto a cualquier otro delito, como regla de atribución de responsabilidad penal a los que realmente sean empresarios, gerentes o representantes legales de la empresa.

IV.6 LA DELEGACIÓN

A) *La delegación en la doctrina*

En el Derecho comparado, la mayoría de la doctrina muestra reticencias a conceder relevancia penal al fenómeno de la delegación por su eficacia a la hora de eludir responsabilidades o fomentar la “irresponsabilidad organizada” a la que antes hacía referencia.²⁸⁵ Sin embargo, como señala *Meini*,²⁸⁶ hoy día resulta notorio que un empresario no puede abarcar todos los aspectos de la compleja organización empresarial, de ahí que surja la necesidad de delegar algunas funciones. Así, como pone de manifiesto *Montaner Fernández*,²⁸⁷ para que la delegación sea válida, el delegante ha de delegar algo que sea objeto de su competencia, la delegación se ha de llevar a cabo en personas capacitadas para la función que se delega y los delegados han de disponer de los medios necesarios para ejecutar su tarea. Todo lo cual, como señala acertadamente la citada autora, aun de darse no hace desaparecer completamente los deberes del delegante, sino que sólo los transforma. Así, se transformaría el modo de responder. El delegante no responde del mismo modo que

²⁸⁵ V. MENDOZA BUERGO. *El Derecho Penal en la sociedad*, p.116.

²⁸⁶ MEINI, Iván. *Responsabilidad Penal del empresario por hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, 2003, pp. 366 y ss.

²⁸⁷ MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medio ambiental*. Barcelona, 2008, pp. 89 a 92 y 96.

si no hubiera efectuado la delegación, dado que el delegado asume ahora una posición de garantía, pero el delegante sigue respondiendo.

A los efectos de esta investigación, entiendo que la cuestión debe centrarse en tratar de establecer, con especial referencia al tema que nos ocupa, cuáles sean o deban ser los requisitos para considerar válida la delegación, sin dejar de tener en cuenta que el RSP, en desarrollo del art. 30 LPRL, puede imponer una delegación a ciertas empresas y que la delegación en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, puede ser válida incluso de facto.²⁸⁸

Cabría hablar de tres requisitos:

a) Requisito objetivo

Lascuraín Sánchez hace referencia a que la delegación debe producirse, bien por la no cualificación del empresario para la tarea, bien por la dimensión de la empresa. No obstante, si se concibe la delegación como una facultad del empresario en el marco de la libertad de empresa reconocida por la Constitución (art. 38.3), igual que no cabe considerarlo obligado a delegar, entiendo que tampoco cabe limitar a sólo dos supuestos el amplio marco de la citada libertad, con lo que el requisito objetivo en cuanto tal quedaría muy difuminado.²⁸⁹

b) Requisito subjetivo

El delegado tiene que reunir la capacitación técnica necesaria. Es decir, en el ámbito concreto que nos ocupa, debe conocer y ser capaz, por contar con la formación adecuada y los medios necesarios para ello, de hacer cumplir las normas de prevención de riesgos laborales.

²⁸⁸ El análisis se realizará tomando en especial consideración la teoría general sobre la delegación de *Montaner Fernández* y teniendo asimismo en cuenta las especificaciones que para el delito objeto de estudio efectúa *LASCURAÍN SÁNCHEZ. Protección penal de la seguridad*, pp. 277 a 285.

²⁸⁹ De acuerdo, *MEINI. Responsabilidad penal del empresario*, p. 381.

c) Requisito formal

Lascuraín Sánchez se refiere finalmente a un requisito formal que queda después un tanto difuminado en su exposición,²⁹⁰ pues señala que no es necesario que la aceptación de funciones esté revestida de una forma contractual, señalando asimismo que la principal imprecisión de los contornos de la delegación vendrá dada precisamente por la ausencia de un documento escrito.

A este respecto, entiendo que, si bien el contrato no va evidentemente a denominarse contrato de delegación, y aunque no quepa exigir su existencia en todo caso, va a resultar enormemente clarificador a la hora de la asunción de la posición de garante por el delegado.

Por su parte, *Montaner Fernández*²⁹¹ sostiene que, aunque la delegación tenga alguna imperfección de validez, material o formal, sigue desplegando cierta clase de eficacia. En caso de que la delegación no cumpla con alguno de los requisitos que se han puesto de manifiesto, la citada autora sostiene que debe calificarse de delegación irregular. Por tanto, *Montaner Fernández* señala que la delegación desde un punto de vista jurídico penal despliega sus efectos sin que ello derive incondicionalmente de que se observen los requisitos normalmente establecidos a tal efecto.

Asimismo, aunque no pueda ser excluida con carácter general la asunción de facto como generadora del deber de control de una fuente de peligro, ésta producirá problemas de prueba y de pura teoría del delito de no siempre fácil solución en el marco práctico del proceso penal.

De otro lado, entiendo que en aquellos supuestos en los que sin mediar contrato específico para desempeñar funciones delegadas, se esté obligado a asumirlas, estaríamos de facto, más que ante un supuesto de delegación, ante un supuesto de un empleado del empresario, sometido por tanto, a su poder de organización. Ello trae consigo que no sea descartable la posibilidad de que se pueda considerar la cualificación del trabajador, cuanto menos como dudosa. Aunque no reúna la

²⁹⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, pp. 279 y 280.

²⁹¹ MONTANER FERNÁNDEZ. *Gestión empresarial y atribución*, p.106.

capacitación necesaria, el mismo tiene impuesta la imposibilidad de negarse a dicha orden. Pese a lo cuál, hay que señalar que, desde el punto de vista de la autoría penal, no se trataría de un problema de cualificación ni de delegación, sino de asignación/asunción de competencias. Si el empresario escoge mal, será autor del 317 CP por *culpa in eligendo*. Me parece en cambio que, si bien conceptualmente es la solución adecuada, desde la perspectiva político-criminal es innecesario que el trabajador que asume el puesto sin deber hacerlo, pero en las circunstancias descritas, deba ser sancionado como autor imprudente del 317 CP, por su imprudente asunción.

Por tanto, entiendo que esta cuestión, relativa al trabajador que asume forzosamente, provocaría dificultades en cuanto al cumplimiento del requisito subjetivo y produciría la aplicación de los efectos defendidos *supra* por *Montaner Fernández*.

En todo caso, desde mi punto de vista entiendo que la autoría del delegado en estos supuestos puede ser resuelta conforme al resto de supuestos de autoría a los que se hace referencia en el presente trabajo, sin necesidad de acudir para el mismo al instituto jurídico de la delegación.

Para reflexionar algo más sobre este supuesto límite de las delegaciones de facto o sobre los supuestos en los que la misma recae sobre un trabajador indebidamente cualificado utilizaré, una vez más, un ejemplo extraído de la práctica de los Juzgados y Tribunales:

La Administración Pública contrata a una empresa para reforma y sustitución del alumbrado de los institutos de educación secundaria obligatoria que de la misma dependen. La empresa contratada subcontrata a una tercera y ésta envía a tal cometido a dos operarios, uno de gran antigüedad y el otro menor de edad y recién incorporado a la empresa. Como consecuencia de la no adopción de cautelas y la omisión por parte del operario veterano de dar adecuada información al joven, en un momento dado el mismo agarra innecesariamente un cable conectado al tendido eléctrico y sufre una descarga que lo deja en estado vegetativo.

Si bien la cuestión de las contratas y las subcontratas en el sector de la construcción es un tema más amplio que será tratado en el epígrafe VIII.4 C), no parece que la imputación del empresario contratante y subcontratante plantee problemas conforme

a lo hasta el momento expuesto, pero se hace necesario estudiar la imputación del operario veterano. En ese punto, entiendo que, frente a lo que hace un sector de la doctrina, no cabe considerar que debe ser excluido de toda responsabilidad por el hecho de no ocupar la posición de garante y de ser la producida una conducta a la que los trabajadores estén habituados, lo que aumentaría el espacio de riesgo permitido (debiendo tenerse en cuenta respecto a esta última cuestión en el presente supuesto tanto la edad como la inexperiencia de la víctima). Por el contrario, si bien evidentemente no podría ser imputado por el art. 316 CP, sí que podría serlo por la imprudencia grave cometida.²⁹²

Puede verse, por tanto, como en un supuesto en el que se asumen de facto por un operario que no puede negarse a ello y que carece de otra cualificación que su propia experiencia las funciones de prevención, conforme a lo que *supra* sostiene *Montaner Fernández*, la delegación sigue surtiendo efectos jurídico penales o, como prefiero, el supuesto se resuelve conforme a la imputación general de los distintos autores.

Pese a todo lo dicho hasta el momento, lo cierto es que en la doctrina dista mucho de ser una cuestión pacífica la responsabilidad o sanción del delegante con carácter general. Así, por ejemplo, para *Schünemann*²⁹³ el delegante sólo debe responder en cinco casos:

- a) Elección descuidada del sustituto
- b) Distribución imprecisa de tareas
- c) Insuficiente instrucción del sustituto
- d) Intervención omisiva en irregularidades conocidas

²⁹² LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, pp. 284 y 292, defiende, por contra, que una simple situación de control sobre un instrumento ajeno, no provoca una posición de cuidado, que los procedimientos materiales de los que se responsabiliza a un trabajador presuponen normalmente la escasa complejidad y peligrosidad de los mismos y, finalmente, que sería desorientador y diluyente de la responsabilidad empresarial incluir a los trabajadores entre los sujetos activos del delito.

²⁹³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Los fundamentos de la responsabilidad de los órganos de dirección de empresas*, Madrid, 2002, pp. 139 y 140.

e) No ejecución de muestras aleatorias²⁹⁴

En resumen, los cinco requisitos enumerados lo que suponen es que, en palabras de *Camarero González*,²⁹⁵ debe concurrir en el delegado una vulneración del deber de cuidado *ex ante*. A ello habría que añadir que, en el fondo, lo propuesto por *Schiinemann* no se aleja tanto de lo expuesto hasta el momento. Así, al menos, en cuanto a los elementos subjetivos o deberes de elección o instrumentalización, dado que para el citado autor también sería constitutivo de delito infringir los mismos, debiendo, por tanto, centrarse la cuestión en el deber de control del delegante sobre el delegado y siendo entonces reconducible al debate más general sobre la posición de garante en el derecho penal.

B) La delegación en la jurisprudencia

Los jueces y tribunales, por su parte, (STS, Sala 2ª, de 14 de julio de 1999 –ponente Román-Puerta Luis– y SAP de Vizcaya de 26 de noviembre de 2002 –ponente Martínez Saez–), hacen referencia a tres deberes del delegante:

a) Deber de elección

Se exige que la delegación se realice en persona que cuente con capacidad suficiente para controlar la fuente de peligro.²⁹⁶

b) Deber de instrumentalización

Se ha de facilitar al delegado los medios necesarios para producir el control de la fuente de peligro.

²⁹⁴ Entiendo que con esta expresión, tomada literalmente de la traducción al castellano, el tratadista alemán quiere hacer referencia a la no ejecución por el delegante de los necesarios controles aleatorios y periódicos del buen desempeño del delegado.

²⁹⁵ CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo. “Criterios de imputación en estructuras jerárquicas”, en *RMF*, nº12, Madrid, 2004, p. 69.

²⁹⁶ Nótese la similitud con el segundo elemento de la clasificación que establece *Lascuraín Sánchez*.

c) Deber de control

Se han de implementar las medidas de cautela específicas para verificar que la delegación se desenvuelve dentro de sus propias premisas.

Por su parte, la SAP de Guipúzcoa de 21 de febrero de 2005 (ponente Moreno Galindo) añade: “[...] la propia especificidad de la fuente de riesgo, cuyo conocimiento y valoración exige una adecuada formación técnica, puede centrar el contenido de la norma de cuidado en la exigencia de la delegación de la función de control en persona cualificada y competente. El acto de delegación construye una posición de garantía –la del delegado– sin cancelar la posición de garantía que ostentaba el delegante. Ello dará vida a supuestos de responsabilidad cumulativa de delegante y delegado; el delegante en base a (sic) las competencias retenidas y el delegado con fundamento en las competencias conferidas. De esta manera, el contenido material de la garantía no se centra en el control personal de la fuente de peligro, sino en el control de la persona a quien se ha conferido el dominio de la fuente de peligro.”²⁹⁷

Por tanto, siguiendo de nuevo a *Meini*,²⁹⁸ habría que partir de la doble idea de que quien organiza una actividad de riesgo y hace suyos los beneficios de la misma debe evitar que con ella se lesionen bienes jurídicos de terceros y que el empresario que utiliza terceras personas para la realización de las distintas tareas que la actividad empresarial requiere, debe garantizar que dicha delegación no aumente el riesgo permitido para los bienes jurídicos de terceros.

C) Conclusión

Para concluir, entiendo que la delegación de funciones debe ser concebida como una operación válida de cara al buen funcionamiento de la empresa. Ello es así, habida cuenta que permite el aprovechamiento de las ventajas propias de la especialización. Pero ello debe tener consecuencias desde el punto de vista de la responsabilidad

²⁹⁷ Se ha planteado en la doctrina la polémica sobre si la infracción de los deberes de garantía remanentes del empresario, permite imputarle el delito como autor o sólo como partícipe en cuanto no ostentaría ya la competencia directa del hecho. V. MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 424 y nota a pie de p. 244.

²⁹⁸ MEINI. *Responsabilidad penal del empresario*, p. 121.

penal, ya que si no la delegación se convertiría en el punto sobre el cual se articularía la ya aludida “irresponsabilidad organizada”. Una delegación hecha en forma, convierte al sujeto en el que recae en destinatario de la norma penal, al ser convertido en garante. El delegante se convertiría de este modo en controlador, como exige la jurisprudencia, del deber de garante que como consecuencia de la delegación recae ahora en el delegado.

IV.7 TÉCNICOS DE PREVENCIÓN INTERNA Y EXTERNA

Cuando el empresario tiene más de 500 trabajadores, o entre 250 y 500 y se dedica a alguna de las actividades previstas en el anexo 1 del RSP,²⁹⁹ o bien ha sido requerido a ello por la autoridad laboral habida cuenta la frecuencia o gravedad de su siniestralidad o la peligrosidad de su actividad (art. 31 LPRL y arts. 14 y 16 RSP), tiene dos opciones:

1. Constituir un órgano estable en la empresa que contenga expertos en al menos dos de las cuatro especialidades del art. 34 del RSP.³⁰⁰
2. Concertar la actividad con un servicio de prevención externa o ajena.

Sobre la posibilidad de que los técnicos o responsables de los servicios citados en este segundo apartado, puedan ser sujetos activos del delito, se pueden distinguir tres posiciones doctrinales:

- a) Autores que no ven problema alguno en su imputación.

Un sector doctrinal entiende que la imputación de responsabilidad penal a los responsables de los servicios de prevención interna o externa no resulta problemática.

²⁹⁹ Reforzado en dicho carácter por el añadido de la disposición adicional undécima al RSP por el RD 604/2006 de 19 de mayo que las califica directamente de actividades peligrosas.

³⁰⁰ Medicina del trabajo, seguridad del trabajo, higiene industrial, ergonomía y psicología aplicada.

En este sentido, *Rivero Lamas* señala cómo el empresario puede haber delegado funciones en ellos para garantizar el deber de seguridad, con lo que no se limitarían sólo a asesorar y asistir al empresario.³⁰¹

A ello añade *Ramírez Barbosa*³⁰² que la inexistencia de poder de dirección en la empresa y de relación directa con los trabajadores es insuficiente para excluir la responsabilidad penal de los delegados de prevención, si bien matiza que sólo serían penalmente responsables por delegación. De otra parte, señala que los servicios de prevención ajenos sí serán directamente imputables por la vía del art. 316 CP, porque sus obligaciones pueden considerarse medios y por el deber que tienen impuesto de control o vigilancia.

Por último, *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*³⁰³ sostienen que si se cumplen los requisitos de una delegación de funciones jurídico-penalmente eficaz, lo que acontecerá si se respetan las disposiciones legales sobre los servicios de prevención, podrán ser sujetos activos del delito. Si bien, añaden que ello no libera al empresario y que será preciso deslindar el ámbito de responsabilidad de cada uno de ellos.

b) Autores que ven la imputación como posible pero con exclusión de determinados supuestos.

Un segundo grupo de autores afirma que la imputación de responsabilidad penal a dichos técnicos es posible, pero entiende que existen ciertas restricciones:

- Por un lado, *Terradillos Basoco*,³⁰⁴ con el que se muestran de acuerdo *Fernández Fernández, Ellacuría Berrio e Iturrate Andechaga*,³⁰⁵ ve posible la imputación de

³⁰¹ RIVERO LAMAS, Juan. “Responsabilidades penales de la empresa en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, en *Actualidad Laboral (AL)*, (nº36), 1996, p. 699. En contra NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS. *La autoría en los delitos*, p. 980, que señalan que la delegación sólo es posible si la ley lo permite, entendiendo que no es el caso del art. 31.3 LPRL.

³⁰² RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 270 y 273.

³⁰³ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 411,412 y 418. De los mismos autores, *Guía InDret*, p. 32.

³⁰⁴ TERRADILLOS BASOCO. *Delitos contra la vida*, pp. 58, 71 y 72.

³⁰⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ELLACURÍA BERRIO e ITURRATE ANDECHAGA. *La responsabilidad penal*, p. 89, sostienen la misma opinión y sin embargo, curiosamente sobre la base de los arts. 21.3 y 36.2 de la LPRL incluyen como posibles autores a los Sindicatos siempre que hubieran sido debidamente informados.

los servicios de prevención externa directamente por la vía del artículo 316 CP, al considerar que por medios no hay que entender sólo medios materiales, sino que mediante una interpretación que denomina espiritualizadora, tendrían cabida como tales medios, las funciones que desempeñan dichos servicios externos. Sin embargo, los autores referidos excluyen la posibilidad de imputar a los servicios de prevención interna con el improbable argumento de que el art. 316 del CP es un tipo de dolo omisivo por lo que no tendrían cabida.

- Dentro de este mismo grupo, por su parte, *De Vicente Martínez*³⁰⁶ admite con carácter general que puedan ser sujetos activos, pero señala que deberían resultar impunes en aquellos casos en que se trate de delegados de prevención interna en empresas con empresario persona física, salvo que en el caso concreto se pueda considerar que son los únicos responsables del hecho (una posibilidad que, como se ha visto *supra*, entiendo forzaría el tenor literal del art. 316 CP).

c) Remisión a lo establecido en el art. 318 CP

Por último, existe un sector doctrinal que entiende que debe estarse a una interpretación literal, por lo que no podrían ser imputados estos servicios, ya sean internos o externos, por el art. 316 CP, quedando únicamente abierta la vía del art. 318 CP para el caso de que el empresario fuera persona jurídica.³⁰⁷

En esta línea, pero sin acoger siquiera la posibilidad sugerida por los autores de este último grupo, se ha manifestado la SAP de Teruel de 31 de enero de 2000 (ponente Ochoa Fernández). En ella, a pesar de tratarse de una S.L., absuelve al denominado “vigilante de seguridad” por entender que sus funciones no encajan plenamente en el art. 316 CP. Ello sería así puesto que el verbo nuclear del tipo es “no facilitar” y dicho vigilante tenía como función el que los trabajadores estuvieran más protegidos y que la empresa cumpliera con sus obligaciones en materia de seguridad en el trabajo, añadiendo que es claro que el acusado no podía actuar por su cuenta para facilitar los medios.

³⁰⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ. *Seguridad en el trabajo*, p. 77.

³⁰⁷ Así, PURCALLA BONILLA. *Claves aplicativas*, pp. 1746 y 1747.

Por su parte, la SAP de León de 3 de junio de 2004 (ponente Tomás Carrasco)³⁰⁸ utiliza la contratación de dichos servicios preventivos para disminuir la responsabilidad del empresario afirmando que éste sí adoptó algunas medidas que deberían haber evitado el accidente, entre otras haber contratado con servicio de prevención externo el control de los riesgos laborales, sin que dicho servicio entendiera en ningún momento que en el lugar del accidente debiera ponerse algún tipo de protección. Y ello, añadido, pese a que más arriba había reconocido que la legislación laboral exigía dichas protecciones y que, con independencia de los límites establecidos por el principio acusatorio, la resolución comentada podía haber censurado la conducta del servicio externo de prevención.

Por mi parte, entiendo que, aunque la ley los agrupe, los supuestos de los delegados de prevención interna y externa son distintos. Así, para considerar sujeto activo del art. 316 CP a los técnicos de prevención interna habrá que estar al caso concreto, sin que quepa equiparar aquellos supuestos en los que una delegación, incluso tácita, concede a los técnicos amplias facultades de decisión y responsabilidad,³⁰⁹ a aquellos otros supuestos en los que su cometido se agota en detectar las posibles deficiencias y notificarlas al empresario, que es quien toma u omite todas las decisiones al respecto.³¹⁰

Entiendo, asimismo, no obstante, que siempre serían imputables por la vía del art. 318 CP cuando fueren los propios técnicos los que hubieren omitido poner de manifiesto los problemas que pudieran existir.

Supuesto distinto es el de los técnicos de prevención externa. Aquí, partiendo de mi experiencia práctica, me cuesta pensar que la imputación de los mismos fuere posible. Entiendo que este tipo de servicios cumple con elaborar planes, vigilar su cumplimiento, notificar los incumplimientos y las posibles mejoras, y no va además a tener una presencia física constante y permanente en la empresa, por lo que, si cumplen con lo anterior, es muy difícil que puedan ser considerados sujetos activos del delito. No obstante, aun siendo así, siempre teniendo en cuenta el bien jurídico

³⁰⁸ Prueba de la unanimidad jurisprudencial en la no imputación de los servicios de prevención es la inexistencia en las bases de datos de sentencias posteriores a la que se comenta.

³⁰⁹ Piénsese en aquellos supuestos de un lejano Consejo de Administración o incluso de un empresario físico en empresas con más de 500 trabajadores.

³¹⁰ En el mismo sentido V. LASCURAÍN SÁNCHEZ. *La prevención penal*, pp. 580 a 582.

que sostengo como protegido por el delito, y dado que se habría cumplido con la delegación al haberse respetado las disposiciones legales de prevención de riesgos laborales, cabría considerar responsable último al empresario o administrador, gerente o encargado en el que éstos hubieran delegado sus funciones. Tal responsabilidad tendría como fundamento, bien la omisión de la facilitación de los medios propuestos por los técnicos, bien la culpa *in eligendo*, imputando así el tipo imprudente del art. 317 CP si éstos cumplieran defectuosamente su cometido.³¹¹

IV.8 SERVICIOS DE PREVENCIÓN MANCOMUNADA

Previstos en el art. 21 del RSP, ya se dan en la práctica en grandes empresas (Repsol, Altadís o FECSA-Endesa) o en centros de trabajo compartidos (centros comerciales o edificios de oficinas).

Entiendo que este tipo de servicios no debe plantear problemas específicos, pues su tratamiento se puede reconducir a lo tratado al analizar el supuesto de los delegados de prevención.

Así, en el caso de grandes empresas, serán servicios de prevención interna por mucho que deban abarcar varios centros de trabajo y, en el caso de los centros comerciales o edificios de oficinas, serán delegados de prevención externa para cada una de las empresas que allí radiquen. Piénsese que evidentemente cada servicio técnico de prevención laboral no tiene como cliente a una sola empresa, sin que ello genere problema alguno. En este punto coincido plenamente con *Purcalla Bonilla*³¹² cuando señala que en estos supuestos el art. 24.1 LPRL sólo impone una obligación de coordinación preventiva no necesariamente identificable con la posibilidad de evitar el peligro grave para los trabajadores, de lo que se deduce que su incumplimiento no constituye ilícito penal. Es decir, en estos supuestos no se impone a los delegados de prevención externa obligaciones de seguridad que vayan más allá de las normales en cualesquiera otros.

³¹¹ No obstante, esto lleva de nuevo a la cuestión de la delegación que he tratado ampliamente *supra* en el apartado IV. 6

³¹² PURCALLA BONILLA. *Claves aplicativas*, p. 1757.

IV.9 SUPUESTOS CONEXOS

A) Sindicatos, trabajadores no designados para las funciones de prevención de riesgos laborales y mandos intermedios. Otros supuestos

Amplísimos se muestran respecto a esta posibilidad *Navarro Cardoso y Losada Quintás*³¹³ que elaboran un largo listado de posibles sujetos activos, que incluye los siguientes:

1. Titular del centro de trabajo en el que prestan servicios varias empresas y/o trabajadores autónomos
2. Entidades dedicadas al seguimiento y certificación de formación en materia de prevención de riesgos laborales
3. Promotores y propietarios de obras en construcción
4. Delegados de personal y miembros del comité de empresa
5. Miembros del comité de seguridad y salud
6. Dirección facultativa
7. Fabricantes, importadores y suministradores

En el extremo contrario a los citados autores cabría situar a *Lascuraín Sánchez*,³¹⁴ quien afirma que, debido a la defectuosa redacción típica, sólo pueden ser autores del delito los empresarios y los delegados de éste.

En contra de la admisión como autores de los representantes de los trabajadores se manifiestan con amplitud *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*.³¹⁵ Consideran

³¹³ NAVARRO CARDOSO y LOSADA QUINTÁS. *La autoría*, pp. 980 a 983.

³¹⁴ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, pp. 297 a 299. Excluye también a los trabajadores, a los miembros del comité de seguridad y salud y a los fabricantes, importadores y suministradores AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 323 y 325.

los autores citados como tales a los miembros del comité de empresa, los delegados de personal y los representantes sindicales, para a continuación señalar cómo se cumple el que previamente han sostenido como primer requisito de la autoría típica, “estar legalmente obligados” *ex art.* 34.2 LPRL. En cambio, entienden que no lo están a facilitar medios, sino a vigilar que se hayan facilitado o se empleen, por lo que, coherentemente con su postura, en cuanto se oponen a entender el deber de vigilancia comprendido en el tipo, niegan la posibilidad de que dichos sujetos puedan ser autores.

Por mi parte, entiendo que pueden ser considerados sujetos activos del delito en dos supuestos: a) siempre que dichos sujetos guarden relación directa o indirecta con la causación del hecho, ejerzan funciones jerárquicas o de control sobre el sujeto que sí tiene esta relación con el hecho (aunque ellos no tengan atribuidas funciones específicas en la materia); y b) cuando no lleven a cabo aquello que razonablemente un ciudadano medio en su posición realizaría. Asimismo, entiendo que el deber de vigilancia que ostenta alguno de estos sujetos conexos integra el tipo.

En cualquier caso, hay que señalar la escasísima incidencia práctica que tienen estos supuestos, exceptuando el sector de las obras en construcción. La propia forma de iniciación del proceso, en la mayoría de los casos cuando ya se ha producido el resultado lesivo imprudente de muerte o lesiones, así como la escasa especialización en la materia de Jueces de Instrucción, Fiscales (algo paliada por las Instrucciones 1/2001 y 11/2005 del FGE) y Letrados, contribuyen a que así sea.

B) Inspectores de Trabajo y Seguridad Social

Curiosamente, la mayoría de los autores, incluyendo los que, como señalo se muestran amplísimos respecto al círculo de posibles sujetos activos, no prestan atención a un supuesto que sí se ha planteado en la práctica y ha sido resuelto por el Tribunal Supremo: la posible responsabilidad de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social.

Así, éste se ha ocupado del tema en la STS, Sala 2ª, de 25 de abril de 2005 (“Caso Ardystil”, ponente Granados Pérez) que, en lo que aquí interesa, presenta los siguientes hechos probados:

³¹⁵ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 412 y 413.

“[...] El Inspector de Trabajo, Alfredo, realizó una visita de inspección el día 6 de septiembre de 1990 al centro de trabajo Ardystil a las 9’30 horas de la mañana. En el acta levantada al efecto por Alfredo, se hace constar que la actividad de la empresa es la de estampado aerográfico de textiles y que se comprueba que en el centro de trabajo indicado prestan sus servicios cuatro trabajadores sin estar dados de alta, pero no recabó *in situ* información alguna sobre la actividad desarrollada, método, productos, o maquinaria utilizada, ni formuló requerimiento ni levantó acta de infracción por incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene permitiendo que continuara la actividad de la empresa en las condiciones en que se encontraba de falta absoluta de ventilación extracción general (sic), de extracción forzada localizada y de medios de protección personal de las vías respiratorias [...]”³¹⁶

Probablemente por razón de la inexistencia de acusación al respecto y de la falta de homogeneidad entre el tipo doloso (art. 316 CP) y el tipo imprudente (art. 317) del delito contra el derecho de los trabajadores a realizar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal, la sentencia no se plantea la autoría del delito objeto de este trabajo.

No obstante, condena al Inspector de trabajo como autor de una falta de homicidio por imprudencia leve, razonando que el mismo hizo caso omiso de las condiciones y medidas de seguridad bajo las que realizaban sus funciones los trabajadores de la empresa que visitó, sin que sirva de excusa, en este caso, el que el fin de su visita fuese la constatación de una denuncia atinente a la Seguridad Social. Continúa diciendo la sentencia que es cierto que no se puede exigir que se inspeccione por propia iniciativa las condiciones en las que se están realizando los diferentes trabajos.³¹⁷ Sin embargo, existen trabajos en los que las deficiencias en materia de

³¹⁶ En el caso objeto de la sentencia perdieron la vida 6 trabajadores y 62 sufrieron graves enfermedades pulmonares con secuelas permanentes.

³¹⁷ ¿Por qué no? Entre las funciones de los Inspectores de Trabajo está el ejercicio de dichas competencias sin que por otra parte exista normativa alguna que los obligue a actuar sólo a instancia de parte, y además, estaría plenamente justificado de acuerdo con las modernas teorías respecto a la autoría en supuestos con capacidades o facultades superiores como la teoría del rol. Dicha teoría sostiene básicamente la comprensión de que la función del derecho penal es una expresión particular de la función social del sistema jurídico. Es decir, a grandes rasgos la imputación objetiva no sería igual para todos los sujetos en el mismo supuesto, sino que dependería del rol social que el sujeto desempeñe en el supuesto concreto. No es lo mismo que la visita a “Ardystil” la hiciera un Inspector de Trabajo que un cartero. Con detalle puede verse PIÑA ROCHEFORT, Juan

seguridad pueden resultar patentes, incluso a simple vista, o casos, como el presente, en el que se trataba de una empresa que funcionaba clandestinamente y sin ningún tipo de control, lo que puede hacer presuponer unas condiciones laborales precarias en todos los aspectos, incluida la seguridad. Si a ello se une que la actividad que se desarrollaba en la empresa podía entrañar riesgo para la salud de los trabajadores, dada la naturaleza de los productos que se empleaban y manipulaban, resultaba aconsejable que se hubiera ejercido, al mismo tiempo, las competencias que en materia de seguridad e higiene corresponden a los Inspectores de Trabajo.

Específicamente en la doctrina se ocupan del tema *Lascuraín Sánchez y Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*.

*Lascuraín Sánchez*³¹⁸ niega que se pueda atribuir al Inspector de Trabajo un especial deber de seguridad. Según el citado autor, ni dicho deber se deriva de la asunción de las funciones de su cargo, ni el Inspector goza para su cumplimiento del necesario dominio. El Inspector no recibe del empresario o de sus delegados poder alguno ni queda investido *ex lege* de dichas facultades. Siendo cierto lo expuesto, dado que defendemos posturas distintas en cuanto a la extensión de la autoría y, por ende, a la fuente de la cuál puede derivar la misma, no puedo mostrarme de acuerdo con el citado autor con la conclusión alcanzada pese a la corrección de su argumento.

Por su parte, *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*³¹⁹ ponen de manifiesto cómo el art. 9 de la LPRL atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social una función de vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Es decir, se trata de vigilar el cumplimiento de las leyes y reglamentos y de las normas jurídico-técnicas, así como ordenar la paralización inmediata de los trabajos en casos de riesgo grave e inminente para la seguridad de los trabajadores (art.9.2.a) y f) LPRL). Concluyen los citados autores que dichas obligaciones no se traducen en “facilitar los medios”, no pudiendo considerarse a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social como posibles sujetos activos del delito.

Ignacio. *Rol social e imputación objetiva: una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Barcelona, 2005, pp. 130, 134, 290 y ss., 312 y ss. y 328 y ss.

³¹⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, p. 288

³¹⁹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 414 y 415. De acuerdo también HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p. 254; AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 332 y DE VICENTE MARTÍNEZ. *Sujetos responsables*, p. 350.

Por mi parte, me muestro de acuerdo con lo que señalan *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno* respecto a cómo el control del cumplimiento de los deberes legalmente exigibles a favor de la seguridad de los trabajadores no convierte a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en autores del delito, al igual que no lo son el propio Ministerio Público o los distintos cuerpos policiales. Ello es así, porque respecto a la primera obligación, no están incluidos entre los supuestos o posibilidades que se dan en el art. 14 y ss. de la LPRL para llevar a cabo la prevención de riesgos, sino que se les encarga vigilar esas posibilidades. Respecto a la segunda obligación, porque cuando se produce la intervención omisiva del Inspector el delito ya se ha cometido.³²⁰

Entiendo que el lugar correcto para residenciar la responsabilidad penal de estos sujetos reside en la imprudencia, tal y como ha señalado la antes citada STS, Sala 2ª, de 25 de abril de 2005 (ponente Granados Pérez). De esta manera, en los casos de error o negligencia en el informe sobre el cumplimiento de la normativa, o bien en los de error o negligencia por no haber advertido las deficiencias en materia de prevención de riesgos laborales cuando se realiza la inspección, de llegar a producirse el resultado lesivo habría delito de homicidio (art. 142 CP), lesiones imprudentes (art. 152 CP) o falta de lesiones por imprudencia grave (art. 621.1. CP). Ello sería así en cuanto en el resultado lesivo la normativa laboral constituye una de las normas de cuidado cuya infracción habría sido cometida por el error o la negligencia del Inspector de Trabajo, y es obvio que dicha actuación del Inspector supone el incremento de un riesgo previsible, prevenible y evitable. Es grave que el principal experto en prevención de riesgos laborales interprete erróneamente la materia incrementando así el riesgo.

IV.10 FABRICANTES, SUMINISTRADORES E IMPORTADORES

La LPRL obliga a los fabricantes, importadores y suministradores a asegurar que los materiales, maquinaria y equipos de trabajo no constituyan una fuente de peligro para el trabajador (art. 41.1.1º) y a suministrar la información que indique el tipo de

³²⁰ Hay que insistir en que en supuestos como el del caso “Ardystil” con ello no se evita el delito que ya se habría cometido, por lo que dicha obligación de paralizar habría que conectarla con la de dar traslado al Ministerio Fiscal del art. 3 LPRL. V. *infra* Capítulo VI.

riesgo al que van dirigidos (art. 41.1.4º *in fine*). Asimismo, deberán proporcionar a los empresarios, y éstos recabar de aquéllos, la información necesaria para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo se produzca sin riesgos para la seguridad de los trabajadores (art. 41.1.5º).

A pesar de la claridad meridiana del precepto y de que, como se ha visto *supra*, la mayoría de la doctrina no considera contrario al tenor literal típico comprender el deber de información en la obligación de “facilitar los medios”, las posiciones doctrinales son bastante restrictivas.

Comenzaré por *Lascuraín Sánchez*, autor que sostiene una posición que combina la solidez de sus premisas dogmáticas y los supuestos empíricos en los que se apoya para llegar a la conclusión alcanzada. Así, comienza por señalar que estos sujetos, además de dominadores, son iniciadores de procesos de riesgo y, siendo su dominio un dominio de información, su deber de seguridad está así mismo constituido por un deber de información. Sin embargo, después los excluye del ámbito del art. 316 CP, apoyándose en los siguientes tres argumentos: en primer lugar, el que no parece que dicho deber sea equiparable en intensidad al del empresario; en segundo lugar, la falta de necesidad preventiva y, finalmente, el hecho de que en la realidad los accidentes de trabajo raramente son imputables a los sujetos cuya responsabilidad aquí se analiza.³²¹

También *Aguado López* excluye a dichos sujetos como autores del delito del art. 316 CP.³²² Para ello, a su concepto de que el autor del delito debe tener el deber de suministrar medidas de seguridad añade lo que denomina un “argumento indiciario”, consistente en que las infracciones administrativas de fabricantes, suministradores e importadores se hallan residenciadas no en la LISOS, sino en la Ley de Industria.

Sin embargo, entiendo que el hecho de que las obligaciones estén dispuestas en un texto distinto de la LISOS en absoluto puede significar que no existan o no sirvan

³²¹ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *La prevención penal*, p. 583. Estoy de acuerdo con dicho autor. Sin embargo, creo que cabe afirmar, respecto a la primera premisa, que el que el deber de estos sujetos no sea igual en intensidad al del empresario no implica que no sea suficiente para que su lesión integre el tipo delictivo.

³²² AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 323 y 329.

para integrar el tipo, siendo así que son normas claramente destinadas a la prevención de riesgos laborales.

Finalmente, también *Purcalla Bonilla*³²³ los excluye, al considerar que las obligaciones preventivas que les impone el art. 41 LPRL van dirigidas a la seguridad del producto y no son garantes de la seguridad de los trabajadores.

Se trata de una apreciación con la que tampoco puedo mostrarme de acuerdo. En la propia dicción literal del art. 41 LPRL queda puesto de manifiesto que cuanto menos de manera mediata, si no de manera directa, dicho precepto está garantizando la seguridad de los trabajadores. El art. obliga a fabricantes, importadores y suministradores a asegurar que éstos [los productos] no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, forma y para los fines recomendados por ellos. Y asimismo les impone el deber de suministrar la información obligando al empresario principal a que lo sea en términos que resulten comprensibles, tal y como ya indicaba *supra* al hacer referencia al deber de información como obligación preventiva empresarial susceptible de integrar el término típico “medios”.

Por su parte, en el lado de quienes sí admiten la incriminación, *Ramírez Barbosa*³²⁴ sólo admite la autoría de fabricantes, suministradores e importadores cuando ésta se base en la existencia de delegación.

El supuesto apenas ha sido tratado por la jurisprudencia. En la SAP de La Rioja de 21 de febrero de 2006 (ponente Santiesteban Ruiz) con carácter general y por completo *obiter dictum*, sin relación alguna con el caso concreto, se señala de manera muy amplia que: “Asimismo, el responsable activo normalmente lo es el empresario, aunque dentro de este concepto se integran administradores encargados fabricantes importadores y suministradores de determinados servicios, pues en materia de prevención de riesgos existen o pueden existir muchas otras personas implicadas en la consecución de un ambiente de trabajo seguro.”

Con mayor corrección en cuanto a su formulación, se pronuncia el AAP de Álava de 31 de agosto de 2007 (ponente Tapia Parreño) en un caso en el que en fase de

³²³ PURCALLA BONILLA. *Claves aplicativas*, p.1753.

³²⁴ RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p. 259.

recurso de apelación se pretendió imputar al representante de la empresa que vendió al empresario la plataforma en la que después se produjo el accidente. En él se niega la posibilidad de que los fabricantes, importadores y suministradores sean autores, indicando que, aunque el Capítulo sexto de la LPRL establezca unas obligaciones a los fabricantes, importadores o suministradores de los equipos de trabajo, los obligados legalmente a proporcionar las medidas de seguridad adecuadas a los trabajadores no son aquellos, sino el empresario o/y la persona en quien éste haya encargado o delegado sus funciones de cumplimiento y control de las normas de prevención de riesgos laborales, y éstos son los que pueden eventualmente no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas.

Finalmente, la audiencia añade que el incumplimiento de esas obligaciones por parte de los fabricantes o suministradores, puede dar lugar a otras responsabilidades (civiles) frente a la sociedad compradora (Artepan, S.A.) o incluso responsabilidades (penales o civiles) frente a los trabajadores perjudicados, pero no permite la incardinación de su conducta en los tipos penales objeto de análisis.

Por mi parte, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.2 de la LPRL y siguiendo la línea interpretativa que vengo sosteniendo, entiendo que corresponde al empresario (en cualquiera de las formas legalmente previstas en la LPRL) la obligación de asegurar que dicha información sea facilitada a los trabajadores en términos comprensibles para ellos. Caso contrario, entiendo, como he señalado *supra*, que será autor del delito por no haber facilitado los medios. Asimismo, entiendo que el precepto citado impone la obligación de evitar el peligro concreto para los trabajadores mediante el propio proceso productivo, de suministro o de importación, así como un deber de información. Ambos aspectos pueden ser comprendidos sin forzar el tenor literal típico dentro de “los medios” a los que se refiere el art. 316 CP, y por tanto, los fabricantes, suministradores e importadores pueden ser autores del tipo de acuerdo con los criterios normales de autoría³²⁵ a los que me he referido en el Capítulo IV.

³²⁵ Tomo la expresión de BARTOMEUS PLANA. “El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo” en ROJO TORRECILLA, Eduardo (coord.). *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*. Barcelona, 1998, pp. 246, 260 y nota a pie de p. 497.

IV.11 EL TRATAMIENTO DEL ERROR: ESTUDIO SEGÚN LOS DISTINTOS POSIBLES AUTORES

Conviene empezar este apartado justificando el estudio del error en este epígrafe y no a la hora de analizar el tipo imprudente. De acuerdo con la que entiendo es la doctrina más sólida sobre la materia, la posibilidad de la concurrencia del error de tipo en el delito que se estudia debería analizarse en el apartado dedicado a la conducta típica o en su defecto al tipo imprudente. Se coincide así con autores como *Mir Puig*³²⁶ en que el error de tipo lo que elimina es el dolo, habida cuenta que si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto. En el presente apartado efectuaré unas breves consideraciones generales sobre el error y de éste en relación al tipo del art. 316 CP, para profundizar sobre la posibilidad de error según los distintos autores. Ello, habida cuenta de que entiendo que en esta materia resultará decisiva la cuestión de la vencibilidad o invencibilidad del error, que se relaciona de forma directa con las características del autor, especialmente las relativas a su profesión y concreto puesto de trabajo.

Sintéticamente, y sin entrar a desarrollar el error sobre circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cabría definir el error de tipo como aquél en el que incurre alguien que desconoce alguno de los elementos de hecho típicos, ya sean elementos descriptivos o normativos. Es decir, en el error de tipo se desconoce cualquier elemento del tipo y por ello se actúa de manera equivocada, frente al error de prohibición en el que el autor no ignora dichos elementos pero sí que llevar a cabo los mismos esté prohibido por la ley penal.

Dentro del error de tipo, debe distinguirse entre error vencible o invencible. Como señala *Mir Puig*,³²⁷ el error vencible debe ser considerado como una especie de error por imprudencia, habida cuenta que se piensa que atendidas las circunstancias del autor y del hecho éste pudo evitar su comisión (es decir, con el debido cuidado no se hubiera errado). Por el contrario, el error invencible será aquél inevitable en todo caso por mucho cuidado que el autor ponga en su obrar.

³²⁶ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, p. 253.

³²⁷ MIR PUIG *supra*, p.254.

El error vencible vendrá por tanto castigado como imprudencia, lo que en el sistema de *crimina culposa* vigente en el derecho penal español, supondrá muchas veces que quedará impune, mientras que el error invencible quedará impune en todo caso.

Sentado *supra* el análisis llevado a cabo sobre la conducta típica en el delito del art. 316 CP, lo primero que hay que descartar en cuanto a la posible concurrencia de un error de tipo es la posibilidad de que el mismo sea invencible.

El hecho de que el delito no permita que cualquiera pueda ser su autor, sino que, incluso en la interpretación amplia que llevo a cabo, deba ser persona necesariamente relacionada con la empresa, lugar de trabajo o proceso productivo, hace que no quepa alegar que se desconocía por completo la obligatoriedad de facilitar medios a los trabajadores. Tampoco cabrá alegar que la puesta en peligro de los mismos no hubiera podido evitarse ni empleando la diligencia debida por parte del autor, aunque esta argumentación ya no operaría en sede de error sino de imputación objetiva, concretamente dentro del *topos* “relevancia de la conducta alternativa conforme a Derecho.”³²⁸ Ello es así, en cuanto que el propio art. 14.1 del CP en su inciso segundo habla de las circunstancias del hecho y de las personales del autor que, como he indicado, lo colocan en una posición de superioridad o incluso, como se puede ver en la doctrina, en determinados supuestos en posición de garante, no siendo posible en ambos casos la aplicación de dicho error.

Más compleja se plantea en cambio la cuestión respecto al error de tipo vencible. La redacción del propio art. 14.1 CP, que hace referencia al desconocimiento de un hecho constitutivo de la infracción criminal, obliga a entender que dentro de ese concepto de hecho debe incluirse también el desconocimiento sobre elementos normativos del tipo o sobre normas extrapenales que establezcan determinadas cuestiones, obligaciones o comportamientos.

Lo anterior se afirma dado que, si bien se está analizando la posibilidad de error de tipo sobre el elemento descriptivo del art. 316 CP, no cabe duda de que para la

³²⁸ Como es sabido, la doctrina mayoritaria entiende que, en caso de que la conducta alternativa conforme a Derecho con una alta probabilidad también hubiera causado el resultado, ha de excluirse la imputación objetiva de éste. Existe sin embargo una parte importante de la doctrina española que sostiene la irrelevancia de tales conductas alternativas y entiende que en estos casos el resultado ha de imputarse plenamente. Al respecto, v. las referencias contenidas en MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pp. 107 y 108, (la autora citada es ella misma partidaria de la tesis minoritaria).

interpretación que realizaba *supra* del término medios, se hace necesario acudir a la normativa laboral en materia de prevención de riesgos laborales.³²⁹ Analizada ésta, parece que en cuanto a los medios materiales se podría sostener la misma interpretación que respecto al error invencible, en el sentido de que dadas las especiales características del autor del delito no cabe aducir, atendidas las circunstancias del hecho y personales del autor, que se ignoraba la obligatoriedad de facilitar los medios materiales para el desempeño del trabajo en condiciones de seguridad personal mínimas por parte de los trabajadores o al menos de los más básicos o elementales. Es decir, cabría la posibilidad de que fuere alegado por alguno de los autores del delito, pero en dicho caso y dadas las circunstancias de hecho, se produciría de facto una inversión de la carga de la prueba que correspondería en este caso al acusado.

En cambio, respecto a los deberes de facilitar medios espirituales, es decir, entre otras cuestiones, formación o información, o establecer una adecuada organización que no aumente el riesgo para los trabajadores, sí que creo, sobre todo con relación a la forma o a la persona a la que corresponda dar una u otra u organizar determinados dispositivos (especialmente en estructuras empresariales muy complejas) que cabría la alegación de error de tipo vencible. Como puede verse, la vencibilidad o invencibilidad del error guardan una estrecha relación con las características del sujeto activo. Es por eso que a continuación analizaré por separado las posibilidades de apreciación del mismo para los distintos sujetos activos:

Con relación al error, en el supuesto de autor típico empresario persona física, entiendo que en ningún caso cabría alegar por el mismo desconocimiento de medios o de la obligación legal de facilitarlos concretada en la normativa extrapenal. Dichos autores son empresarios de empresas con seis o menos trabajadores que no contratan servicios de prevención externa y que están presentes la mayor parte del tiempo en la empresa junto a sus trabajadores. En esas condiciones, y aun cuando es posible que él mismo pueda acabar siendo víctima de su propio delito, no se puede alegar desconocimiento.

En el caso de trabajadores designados por el empresario persona física para la prevención de riesgos laborales, dado que dichos trabajadores carecen de mando, y

³²⁹ En idéntico sentido RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 374 y 408.

por tanto, no es posible la imputación de los mismos por el delito doloso del art. 316 CP, no cabría entrar siquiera a analizar la posibilidad de error por su parte.

En el caso de los sujetos activos del tipo resultantes del juego de los arts. 31 y 318 CP, a través del análisis y esquema de imputación que *supra* ofrecía respecto a los citados preceptos, no parece haber inconveniente en aceptar la posibilidad de un error de tipo vencible, en cuanto al elemento descriptivo del delito, en quienes resulten imputados por dichos preceptos. Es decir, empresarios, administradores de hecho o de derecho, gerentes, encargados también de hecho o de derecho y conforme al último inciso del art. 318.1 CP, cualesquiera otras personas que hubieran podido evitar el riesgo y no lo hicieron.

De acuerdo con lo que se lleva expuesto en este apartado, y con relación al error en los supuestos de delegación, no cabría en ningún caso entender que es posible el desconocimiento respecto al elemento del tipo consistente en facilitar medios, pues es deber del delegante el facilitar medios y mando a la persona elegida para que ésta finalmente dé cumplimiento a lo exigido por la normativa extrapenal para preservar las condiciones mínimas de seguridad personal de los trabajadores. No obstante, respecto a los otros dos requisitos exigidos jurisprudencialmente (capacitación de la persona delegada y control del delegante),³³⁰ cabría pensar en la posibilidad de plantearse la cuestión en dos tipos de supuestos:

1. De una parte, en aquellos en los que el empresario delegante acude a otra empresa legalmente establecida para la prevención de riesgos laborales, empresa que incluso puede haberle sido recomendada por terceros por su capacitación, resultando después no ser realmente una empresa capacitada (aunque sí lo sea formalmente) o no contar con el personal adecuado para el tipo de empresa, y por tanto de riesgos, del empresario petitionario y, a pesar de ello y sin hacérselo saber, aceptar el encargo.

2. De otra parte, no viniendo tampoco legisladas cuáles son las cautelas específicas a adoptar para el control del delegado, cabría alegar respecto a dichas cautelas, error de tipo en la creencia vencible de su suficiencia.

³³⁰ V. *in extenso* IV.6 B).

También hay que pronunciarse respecto al tratamiento del error en los técnicos de prevención interna y externa (y, por las razones expuestas al tratar la cuestión del sujeto activo, todo lo que se diga de ellos es aplicable a los supuestos de prevención mancomunada). En cuanto a los primeros, sostengo la posibilidad de imputación, concretamente a través del art. 318.1 CP, cuando sean ellos los que omitan la información al empresario para que facilite los medios. Respecto a los segundos, entiendo que sólo cabe la imputación en aquellos supuestos de absoluta negligencia e incumplimiento de sus obligaciones. Por ello, teniendo en cuenta la condición de expertos de unos y otros, no creo posible la existencia de un error de tipo respecto a los mismos.³³¹

En cuanto a los trabajadores no designados para las funciones de prevención de riesgos laborales o mandos intermedios sin competencias o poder de decisión en la materia, no sólo considero factible la aplicación del error de tipo vencible, sino que entiendo que cabría establecer una excepción a las grandes dificultades de admisión que con carácter general presenta el error invencible. Estos sujetos son meros trabajadores sin la adecuada formación en la materia y sin la posibilidad de negarse a la delegación que les viene impuesta como un deber laboral más. Ello implica la posibilidad de que en algunos supuestos concretos y extremos, desconozcan absolutamente la situación típica y les pueda ser aplicable a diferencia del resto de posibles sujetos activos incluso el error invencible.

Por último y comúnmente para todos aquellos casos en los que he admitido la posibilidad del error vencible, no se plantea en este caso la cuestión de la impunidad, puesto que en el CP de 1995 el legislador previó el tipo imprudente en el art. 317 CP, con lo que se procederá sin más a su aplicación, conforme a lo establecido en el art. 14.1 CP.

³³¹ En idéntico sentido, RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p. 379.

V. IMPRUDENCIA Y DELITO IMPRUDENTE

V.1 EL TIPO IMPRUDENTE DE PELIGRO. ART. 317 CP

A) La relación entre el dolo eventual y la culpa consciente y la justificación de la existencia del art. 317 CP. Toma de postura

El dolo eventual presenta algunas dificultades para su definición y para su distinción de la culpa consciente. Es necesario, por tanto, hacer una referencia siquiera breve a las teorías del consentimiento o de la aprobación y de la probabilidad o de la representación. De otro lado, debe tenerse en cuenta que en el delito cuyo estudio me ocupa parece que será la forma en la que generalmente va a producirse el mismo, ya que es poco frecuente (aunque desgraciadamente existente) que en la práctica vayan a producirse supuestos de autores que tienen intención o desean que realmente se ponga en peligro concreto a los trabajadores, sino supuestos en los que cualquiera que sea la motivación del autor se opta por otra conducta y se asume o se representa como posible la producción del peligro o bien se confía en que no se producirá pero se actúa a pesar de saber que es posible que se produzca el mismo.³³²

Como puede desprenderse de la concreción anterior, por tanto, en el dolo eventual, el resultado o la producción del hecho típico no se ve como algo inevitable sino como algo posible. Es esta posibilidad la que lo asemeja a la culpa consciente en la que el resultado también se ve como posible pero, como señala *Mir Puig*,³³³ a pesar de la cercanía el dolo eventual es sancionado con la misma pena del delito doloso y por tanto muchas veces con severidad, mientras la culpa consciente se rige por las reglas de la imprudencia. Así, conforme al sistema de *crimina culposa* de nuestro CP, incluso las más de las veces puede quedar impune, por lo que habría que ser especialmente cuidadoso en la distinción de una y otra conducta atendido el resultado o valoración jurídico-positiva tan distinta de una y otra figuras.

Así, dos son las teorías fundamentales para llevar a cabo dicha operación:

³³² SAP de Cuenca de 22 de febrero de 2001 (ponente Puente Segura).

³³³ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, p. 245.

- Teoría del consentimiento o de la aprobación. La distinción vendría dada porque en el dolo eventual el autor consentiría el resultado en el sentido de que aprobaría el mismo. Es la formulación conocida como teoría de *Frank* o fórmula de *Frank*. Es decir, en el dolo eventual el autor actuaría igual aunque supiera que va a producirse el resultado mientras que en la culpa consciente no lo haría. Presenta el problema de convertir por el sentimiento interior del autor en dolosas situaciones de escaso peligro objetivo para bienes jurídicos y en imprudentes situaciones muy peligrosas con tal que el autor afirme que de haberlo sabido no lo habría hecho.
- Para superar este tipo de críticas surgió la teoría de la representación o la probabilidad. Es decir, no dependerá de la actitud interna del autor, sino del grado de probabilidad que el mismo advirtiera de producción del resultado. Lo que si bien supera el problema anterior, no está tampoco exento de otros problemas. Es difícil fijar el grado de probabilidad y se plantea además de nuevo la cuestión de si para el dolo basta sólo conocimiento (representación de la alta probabilidad de que el hecho termine ocurriendo) o también voluntad de que éste se produzca.

Es por ello y para superar ambas en cierto modo que han surgido otras teorías debiendo destacarse aquella que afirma que se trata de que el autor asuma, cuente con o tome en serio que se producirá el resultado.³³⁴

Por su parte, y por último, *Mir Puig*³³⁵ señala que el conocimiento debe considerarse como saber que la conducta que se ha llevado a cabo, es decir, la conducta capaz de producir el resultado, pero no este mismo, tiene la concreta capacidad de producir el mismo en ese caso concreto.

En cuanto a los concretos tipos objeto de estudio, *Aguado López*³³⁶ afirma que la doctrina exigía la tipificación de la imprudencia por razones político-criminales, por

³³⁴ Parece muy gráfico el término alemán para la cuestión *In auf nehmen*, aceptación en globo.

³³⁵ MIR PUIG. *Derecho Penal Parte General*, p. 250.

³³⁶ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p.381, resulta que la primera premisa no se ha visto confirmada empíricamente si se observan los repertorios de jurisprudencia. Respecto a la segunda, hay un importante sector doctrinal (*Hortal Ibarra* o *Martín Lorenzo* y *Ortiz de Urbina Gimeno*) que sostiene razonadamente que se están penando como imprudentes supuestos que realmente son de dolo eventual. Exagera algo, creo, DE VICENTE MARTÍNEZ. *Seguridad en el trabajo*, p. 101 cuando señala que “De no

ser la forma que más se da en la práctica y porque es más fácil de probar que el dolo. Entiendo que los postulados de la autora son, en este punto, susceptibles de crítica.

El ejemplo que *Aguado López* pone de imprudencia describe la conducta de un obrero al mando de una grúa que levanta una carga mal colocada y que sabe que debajo están sus compañeros haciendo una pared, a pesar de lo que continúa, confiando en que cuando la carga vaya a caerse los avisará. Entiendo, sin embargo, que estamos ante un ejemplo claro de dolo eventual de resultado de lesión, y no sólo de dolo de peligro. Siendo un obrero especializado en grúas, conoce la alta probabilidad de caída de una carga mal colocada y conoce que sus compañeros están debajo, confiando sólo al azar de que él dé a tiempo el aviso y los compañeros lo oigan y reaccionen apartándose, la vida o salud de los mismos.

En cambio, el ejemplo de dolo eventual en el que refiere como un encargado no da equipos de protección personal a trabajadores en altura con poca formación no me parece de dolo eventual. De hecho, entiendo que es un caso de dolo directo respecto al tipo de peligro, aunque se trate de dolo directo de segundo grado.

Por su parte *Hortal Ibarra*,³³⁷ con el que me muestro de acuerdo en este punto, sostiene que si se afirma la necesidad de comisión imprudente con base en la realidad empírica, hay que aportar datos, cuando la verdad es que esto no se hace. Asimismo, sostiene que la doctrina mayoritaria confunde consciente o inconscientemente el plano propio del delito de peligro imprudente con el del delito contra la vida o las lesiones imprudentes. Para este autor, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente debe construirse sobre el conocimiento que en el supuesto de hecho concreto tenga el sujeto sobre el riesgo típico creado y no controlado sobre el bien jurídico y no sobre el elemento volitivo. Así, *Hortal Ibarra* sostiene que en los delitos dolosos el sujeto tiene un sentido exacto y preciso del peligro que comporta su conducta, mientras que en los imprudentes sólo conoce en general el riesgo que está creando y actúa con un error que le impide valorar en toda su extensión el alcance concreto del mismo. El citado autor mantiene que su

haberse recurrido a la opción que hoy sanciona el Código [317 *scil.*], la protección de la seguridad en el trabajo sería letra muerta”. Insiste la citada autora sin comprobar primero empíricamente su afirmación en *Delitos contra los derechos*, p. 636, cuando señala que la comisión imprudente está llamada a ser la más frecuente.

³³⁷ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 201 a 227.

concepción permite además garantizar un espacio propio a la imprudencia inconsciente dentro de la imprudencia.³³⁸

Así, para *Hortal Ibarra*,³³⁹ junto al conocimiento de la probabilidad del grado de producción del resultado es necesario tomar en consideración tres factores: el valor del bien jurídico penal protegido, la gravedad objetiva del riesgo y la utilidad social de la actividad en la que se enmarca la conducta. Concluyendo el citado autor que existe una relación directa entre el mantenimiento de la voluntad como elemento autónomo en la definición general de dolo y la defensa de la incriminación expresa de la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo.

Por su parte *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,³⁴⁰ aceptando las críticas generales a la doctrina realizadas por *Hortal Ibarra*, van más allá y se muestran contrarios al criterio general de la doctrina y de la jurisprudencia (por todas, STS de 26 de julio de 2000, ponente Saavedra Ruiz). Para los citados autores, los supuestos de insuficiencia de medidas pueden ser dolosos o imprudentes, pero ello no depende de la cuantía de las medidas que no se hayan facilitado, sino del tipo subjetivo del autor.³⁴¹ Añaden que, en el caso del elemento típico de “facilitación de medidas”, si el autor sabe que éstas no se han facilitado y acepta que los trabajadores desempeñen sus labores sin ellas, parece difícil negar que la imputación subjetiva haya de ser a título de dolo, siquiera eventual. Es decir, no existe problema alguno de estructura típica y sí problemas de falta de destreza dogmática por parte de los Tribunales, que tienen como principal problema consecuencia de la citada doctrina el que se condene por el tipo imprudente en supuestos en los que lo que correspondería sería la

³³⁸ Parece poco convincente la distinción establecida entre dolo e imprudencia, sin que se alcance a ver por qué el conocimiento debe ser distinto en uno que en la otra. Como dicen DÍAZ PITA, María del Mar. *El dolo eventual*, Valencia, 1994, pp.107 y ss. y MAQUEDA ABREU, María Luisa. “La relación dolo de peligro-dolo eventual de lesión” *ADPCP* 1995, p.433 ó RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro*, Madrid, 1994, p.58, su concepción lleva necesariamente a ampliar el dolo eventual en detrimento de la imprudencia, ya que no se argumenta convincentemente por qué el elemento cognoscitivo no debe ser igual en unos que en otros, por qué el conocimiento no debe abarcar el posible resultado lesivo.

³³⁹ Amén de que puede verse *supra* que no comparto el criterio de la gravedad del bien jurídico, en lo que menos de acuerdo estoy es en el tercer elemento. ¿Qué es la utilidad social? ¿Quién está legitimado para decir qué es útil o no para una sociedad?

³⁴⁰ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 458 a 462. De los mismos autores con cita de gran proliferación de recientes sentencias que siguen la doctrina expuesta *Guía InDret*, pp. 20 a 25. De acuerdo TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “A protecção penal da seguridade e saude laboral”, en *Social mes a mes*, (nº 116), Lisboa, 2006, p.30.

³⁴¹ Por mi parte ya me he manifestado en el epígrafe III.2.B) sobre que dichos supuestos son dolosos.

aplicación del doloso. Los citados autores llegan a la conclusión, que comparto, de que la mayoría de los supuestos en los que se condena por imprudencia son en realidad dolosos.

En términos político-criminales, por tanto, habría que terminar con los argumentos genéricos y de gran abstracción como los relativos al principio de intervención mínima y pasar a sostener que la desigualdad con la que operan los trabajadores en su trabajo respecto al sujeto activo del delito unida a la necesidad de gravedad en la imprudencia y a la moderación de la pena justifican este delito.

Por mi parte y sin necesidad de extenderme más, amén de adherirme plenamente a lo señalado por *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*, entiendo que la postura de dichos autores y la de *Mir Puig* son adecuadas y suficientes para llevar a cabo la distinción y son asimismo empleadas en la práctica profesional. Por tanto, serán válidas para la cuestión que se estudia, en el sentido de que aquel autor que ante la advertencia de la persona con competencia para hacerlo decide no adoptar una medida de seguridad en el trabajo, cuenta con, asume o toma en serio que si se produce una determinada conducta se creará un peligro concreto para la vida e integridad física de los trabajadores, aunque desee firmemente que la conducta no se materialice en un resultado lesivo.

V.2 DELITO IMPRUDENTE DE RESULTADO LESIVO

Dada la tipología de la mayoría de los supuestos que llegan a los tribunales, surge la necesidad de dar respuesta al fenómeno habitual en el que, además de puesta en peligro concreto y grave de la vida, salud o integridad física de los trabajadores, se produce un resultado lesivo para uno o varios de ellos.

Como se viene viendo, el bien jurídico que sostengo para el presente delito es un bien jurídico de carácter colectivo. Así, en aquellos supuestos en los que además del resultado lesivo concretado en un trabajador se puso en peligro concreto y grave la vida, salud o integridad física de otros, el resultado lesivo es imputable por la vía del concurso ideal a los autores del delito. Sostengo además que, salvo en supuestos

excepcionales, dicho resultado lesivo debe imputarse a título de imprudencia grave. Para alcanzar dicha conclusión, se hace necesario plantearse dos cuestiones:

A) Imprudencia e imputación objetiva

Siguiendo la jurisprudencia sobre la imprudencia, y en especial el resumen que sobre el estado actual de la cuestión efectúan las SSTS de 13 de marzo de 2006 (ponente Román-Puerta Luis) y de 23 de febrero de 2009 (ponente Prego de Oliver y Tolivar) se puede afirmar que la existencia de la imprudencia exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Una acción u omisión voluntaria no maliciosa.
- b) Una infracción de la norma o deber de cuidado.³⁴²
- c) La creación de un riesgo previsible, prevenible y evitable como factor susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora.
- d) Un resultado lesivo fruto de los elementos anteriores.
- e) Una adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado y el resultado lesivo.³⁴³

Estos factores o requisitos deben ser necesariamente complementados a la luz de la teoría de la imputación objetiva. Así, de acuerdo con dicha teoría, se exigiría también:

- a) Verificar si la acción del autor ha creado además un riesgo jurídicamente desaprobado para la producción del resultado.
- b) Verificar también si el resultado de dicha acción es precisamente la realización del mismo peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción.

³⁴² Esencia del desvalor de la acción imprudente, en palabras de la STS de 29 de septiembre de 2003 (ponente Granados Pérez).

³⁴³ Nótese que el propio término “adecuada” utilizado por la propia jurisprudencia parece orientar la cuestión hacia la noción de causalidad adecuada, utilizada por la jurisprudencia española durante muchas décadas.

Analizando o aplicando lo hasta ahora expuesto al delito que se estudia, se puede ver que en el mismo se infringe la norma o deber de cuidado que vendría constituido por la normativa de prevención de riesgos (STS de 26 de septiembre de 2001 - ponente Martín Canivell), se crea un peligro que era previsible, prevenible y evitable caso de haber cumplido correctamente la citada normativa y que además, efectivamente está jurídicamente desaprobado y, por último, el resultado lesivo siempre es la consecuencia directa de dicho incumplimiento; es decir, el resultado lesivo es la realización del peligro que se quería evitar mediante la imposición del cumplimiento de la citada normativa.

Luego se ve como el resultado lesivo contra la vida, salud o integridad física de las personas como consecuencia del delito contra el derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal es imputable al autor del mismo como imprudente en cuanto que satisface plenamente los requisitos exigidos para toda imprudencia punible por la jurisprudencia.

B) Necesidad de valorar la gravedad 'ex ante facto'. Desvalor de la acción y desvalor del resultado

Como segundo factor a tener en cuenta para la justificación de la gravedad de la imprudencia, una vez visto que cumple con los requisitos sobre imputación objetiva exigidos por el Tribunal Supremo, tiene que valorarse el análisis *ex ante facto* de dicha gradación y cómo deban ser tenidos en cuenta el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. Respecto a ésta última cuestión, habida cuenta de que estadísticamente en la materia tratada, cómo ya se veía en la introducción, los resultados lesivos suelen ser de gravedad es absolutamente trascendental la posición que se adopte sobre como deban ser tenidos en cuenta ambos desvalores.

En concreto, en lo que sigue trataré de justificar por qué, en la mayor parte de los supuestos, la imprudencia habrá de calificarse como grave.

Como en otros ámbitos de elevada densidad normativa (como puede ser, señaladamente, el tránsito rodado), para la determinación de la norma o deber de cuidado en estos supuestos resultará decisiva la consideración de la normativa de prevención específica, en este caso la relativa a la prevención de riesgos laborales. Dicha normativa está concebida para reducir las probabilidades de lesión en el

trabajador a supuestos fortuitos o bien que, sin serlo, coincidan con el mínimo espacio de riesgo permitido que el legislador ha querido exista en este delito. Sin duda, la cuestión de si existe o no una imprudencia penal no puede reducirse a la de la existencia de una infracción administrativa. Con todo, no puede dejarse de lado el mandato del legislador, que claramente estima que en este ámbito las infracciones de cuidado han de mirarse con especial rigor. Adelantando la posible objeción relativa a la excesiva intervención penal que ello plantearía, piénsese que en una amplia mayoría de los casos el autor incumple la normativa laboral de forma consciente. Así, la mayor o menor intervención penal realmente dependen de él.

a) La cuestión en la doctrina

*Morales Prats*³⁴⁴ se manifiesta en el sentido de que el desvalor de la acción es un primer nivel garantizador de la protección de bienes jurídicos. Pero, el desvalor del resultado expresa la afectación efectiva de ese bien jurídico producida por esa actividad y permite establecer la antijuricidad. Tiene así también el desvalor de resultado una función de garantía ya que impide que se tengan en cuenta afecciones irreales o presuntas a los bienes jurídicos. Considera el autor citado la polémica entre cuál debe primar como una consecuencia más de la polémica general entre causalistas (partidarios de valorar más el resultado) y finalistas (partidarios de valorar más la acción). *Morales Prats* entiende, por el contrario, que ambos son imprescindibles y que otra cosa será que respecto a la pena se conceda a uno de los dos un mayor peso.

En parecidos términos se pronuncia asimismo *Guisasola Lerma* quién se decanta por una posición mixta entre el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, cuando afirma: “[...] en la valoración de la gravedad de la imprudencia jugará un papel relevante, de un lado, la transcendencia de los bienes jurídicos puestos en peligro, y de otro lado, la gravedad de la infracción del deber de cuidado cometida”. Y añade: “Asimismo, la gravedad de la infracción de la norma de cuidado será mayor, cuanto mayor sea la importancia de los bienes jurídicos a proteger.”³⁴⁵

³⁴⁴ MORALES PRATS, Fermín. “Desvalor de la acción y desvalor del resultado”, en QUINTERO OLIVARES. *Curso de derecho penal*, Barcelona, 1997, pp. 251 a 259.

³⁴⁵ GUIASOLA LERMA, Cristina. *La imprudencia profesional*, Valencia, 2005, p.26.

Por su parte, también *Hava García*,³⁴⁶ pone de manifiesto la imposibilidad de concederle una prioridad absoluta al desvalor de la acción frente al desvalor del resultado, y viceversa, pues, sostiene la autora, ambos son elementos configuradores y co-constituyentes de la antijuricidad.

A continuación se estudiarán brevemente los autores que a diferencia de lo puesto de manifiesto por los citados hasta el momento, entienden que debe valorarse más la acción y asimismo los que entienden que debe valorarse más el resultado.

En la doctrina alemana es sabido que fue *Zielinski*³⁴⁷ el encargado de llevar hasta el extremo los planteamientos de *Welzel* y *Kaufmann* en el sentido de acabar considerando que el resultado debía ser excluido del tipo, transportando su argumento normológico al campo de los delitos dolosos, para concluir que el ilícito por excelencia se alcanzaba con la tentativa acabada.

En efecto, para *Zielinski* el problema de los delitos cometidos de modo inconscientemente imprudente residía con exclusividad en la formación de la norma, en hallar y describir las acciones típicamente peligrosas, las cuales no estarían prohibidas según dicho autor si se tomaran algunas medidas de seguridad que alejaran el peligro.

En definitiva, el resultado en *Zielinski* carece por completo de significado para el delito imprudente y la distinción entre lesión del bien jurídico y puesta en peligro del mismo es, para el ilícito imprudente, tan irrelevante como la distinción entre tentativa y consumación en el delito doloso. Y ello en cuanto el citado autor configura el injusto únicamente con el desvalor de la acción.

De otra parte, en la doctrina española es conocida la polémica sostenida entre *Mir Puig* y *Cobo del Rosal* y *Vives Antón*, partidario el primer autor del desvalor de la acción y partidarios, en cambio los segundos autores del desvalor del resultado.

³⁴⁶ HAVA GARCÍA, Esther. *La imprudencia inconsciente*, Granada, 2002, pp. 35 a 43.

³⁴⁷ ZIELINSKI, Diethart. *Desvalor de acción y desvalor de resultado. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Buenos Aires, 1990, passim.

Así, *Mir Puig*³⁴⁸ señala que debe tenerse en cuenta que los delitos de mera actividad lesionan o ponen en peligro algún bien jurídico mediante la sola realización de la parte externa de una conducta.

Así, de acuerdo con el autor citado, la particular dificultad del problema planteado estribaría en el hecho de que la parte externa de la conducta puede ser contemplada tanto desde un punto de vista *ex ante* como desde un punto de vista *ex post*. Puede valorarse *ex ante*, en función de la peligrosidad que parece entrañar al iniciarse y durante su ejecución, y *ex post*, una vez comprobado el efectivo carácter lesivo de la misma o si realmente ha puesto en peligro un bien jurídico.

Por tanto, para *Mir Puig*, si se acepta la tesis de que el desvalor del resultado no puede condicionar lo injusto del hecho, sino sólo su relevancia jurídico-penal, el desvalor resultante de la parte externa de la conducta tampoco puede integrar lo injusto. Pero ello no obsta, según dicho autor, a que la peligrosidad *ex ante* de la parte externa de la conducta no sólo condicione lo injusto del hecho, sino que constituya la base primera de la prohibición. Aunque la norma deba dirigirse a la mente del sujeto y sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y conscientes, tampoco tiene sentido, en un derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos, prohibir conductas que no aparezcan como externamente peligrosas en el momento de ir a realizarse y durante su realización. La norma solo puede prohibir lo que sus destinatarios pueden hacer, y dado que los ciudadanos pueden hacer sólo conductas, el resultado separado de la conducta no es el hacer ni forma parte de él, sino que constituye un efecto del hacer.

Por su parte *Cobo del Rosal y Vives Antón*³⁴⁹ señalan que lo fundamental no es el desvalor de la acción sino el desvalor del resultado. La antijuricidad de la conducta señalan, se hace radicar (según *Mir Puig*) en algo extrínseco, el peligro representado, y ello no es más que la probabilidad de que se produzca un resultado dañoso. Es pues el resultado lo que determina el injusto y no la acción. Para los citados autores, no se entiende, porque en un Estado social y democrático de

³⁴⁸ MIR PUIG, Santiago. "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", ADPCP, T. XLI, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1988, pp. 661 a 684.

³⁴⁹ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal Parte General*. 5ª edic., Valencia, 1999, p. 300. En idéntico sentido, HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, p. 69.

derecho habría que desplazar el centro de gravedad del derecho penal desde el momento de la efectiva producción del resultado al de la creación del peligro, con la consiguiente reducción de la esfera de la libertad.

Refiriéndose al supuesto concreto del resultado imprudente que suele ir asociado al delito del art. 316 CP, en la doctrina española se decantan por valorar más el desvalor de acción *Lascuraín Sánchez*³⁵⁰ y *Baylós Grau y Terradillos Basoco*.³⁵¹ En concreto, estos últimos autores proponen que se considere para la determinación de la imprudencia “la importancia o evitabilidad de la norma de cuidado infringida y la gravedad de la infracción”. Por su parte, *Aguado López*³⁵² sostiene también dicha postura cuando señala que todo el desvalor está en la intensidad del ataque al bien jurídico, es decir, en la intensidad de la infracción de la norma de cuidado.

b) Desvalor de la acción y desvalor del resultado en la jurisprudencia

La jurisprudencia se orienta mayoritariamente hacia la relevancia del desvalor de la acción.

Así, señala la STS de 26 de septiembre de 2001 (ponente Martín Canivell) que cabe considerar la norma de cuidado como la normativa infringida y que cuando ésta sea elemental, la imprudencia debe de ser calificada como grave.

En cuanto a las Audiencias Provinciales, la SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ponente Puente Segura) habla de conciencia en el sujeto de probabilidad seria de producción del resultado lesivo siempre que ello fuera así para un teórico observador medio (lo que a mi parecer no deja de aproximarse de algún modo al dolo eventual).

Por su parte, la SAP de Burgos de 30 de diciembre de 2005 (ponente Martín Ibáñez) se ocupa de un supuesto en el que un trabajador de una multinacional francesa del sector de los centros comerciales se secciona la femoral deshuesando un jamón en su puesto de trabajo y fallece. Tras repasar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las diferencias entre culpa penal y civil, la Audiencia equipara el desvalor de la acción a los requisitos esenciales de la imprudencia y señala que en el caso se comprueba que

³⁵⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Protección penal de la seguridad*, pp. 103 y ss. y 410.

³⁵¹ BAYLÓS GRAU y TERRADILLOS BASOCO. *Derecho Penal del Trabajo*, p. 119.

³⁵² AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 436.

concorre un desvalor de acción determinante de una acción gravemente omisiva de la actuación debida y que supone una falta de previsión y medidas de evitación que genera un desprecio hacia los más elementales deberes objetivos de cuidado exigibles en el caso concreto. En opinión de la Sala, no haber dotado de medidas de seguridad materiales ni haber evaluado el riesgo del puesto de trabajo constituye una inactividad que implica una imprudencia grave o temeraria, pudiendo incluso ser calificada de imprudencia profesional.

Por último, más recientemente y como señalan *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*³⁵³ atendiendo a la forma de imputación subjetiva en la que el autor se encuentra frente a los elementos típicos objetivos, también se muestra en la línea mayoritaria o predominante la SAP de Orense, Sección 2ª, de 23 de abril de 2007 (ponente Blanco Arce). Dicha sentencia señala como la infracción dolosa o imprudente reside en la conciencia o no de la infracción de las normas de seguridad y de la situación de peligro grave que de aquella deriva.

c) Toma de postura

Ha podido observarse que caso de optar por conceder la principal relevancia al desvalor del resultado frente al desvalor de la acción o a una consideración conjunta de ambos pero otorgando en cuanto a la pena, un mayor peso al desvalor del resultado, prácticamente siempre se estaría ante una imprudencia grave. Ello no necesariamente ocurriría para el supuesto de decantarse, como hace la opción doctrinal mayoritaria, por valorar más el desvalor de la acción.

Por mi parte, debo reconocer, como comentaba *supra* con carácter general, que sería más cómodo adoptar una postura que primara el desvalor del resultado, lo que provocaría que en la medición de la gravedad de la imprudencia siempre nos encontraríamos en el ámbito de los arts. 142 ó 152 CP, teniendo en cuenta además que las lesiones leves no llegan a los Tribunales.

Ello no obstante, me inclino por primar el desvalor de la acción. Así, a veces se sostiene que la imprudencia consciente es más grave que la inconsciente, dado que el sujeto actúa pese a tener conciencia de la posibilidad o peligro de producir el tipo, lo que supondría un mayor desvalor subjetivo de la acción. Sin embargo, para

³⁵³ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Guía InDret*, p. 21 y nota a pie de p. 33.

determinar la gravedad de la imprudencia, entiendo que lo que cuenta es la gravedad de la infracción de la norma o deber de cuidado, fundamentalmente y aquí me inclino algo hacia una teoría mixta, atendiendo al grado de peligro en relación con la entidad de los bienes jurídicos y al grado de control del peligro.

Es decir, entiendo que el análisis para determinar la gravedad de la imprudencia necesariamente ha de realizarse *ex ante*, valorando el grado de desvalor de la acción y sin tener en cuenta el resultado, y ello sin perjuicio de que el legislador pueda, y quizá incluso deba, tener en cuenta el bien jurídico protegido para establecer la pena que merece cada resultado imprudente cometido.

Pero no creo, en cambio que la cuestión de la valoración *ex ante* de la acción deba llevarse tan lejos como hacía *Zielinski*. El resultado es necesario. No obstante lo cual, sigo creyendo que la gravedad de la imprudencia reside en la gravedad del actuar negligente inicial y no en el aproximadamente azaroso resultado posterior.

V.3 GRAVEDAD Y LEVEDAD DE LA IMPRUDENCIA EN EL TIPO LESIVO DE RESULTADO

A) Supuestos en los que es admisible rebajar la imprudencia de resultado lesivo de grave a leve

Tras las anteriores consideraciones creo poder afirmar que en un contexto como el que nos encontramos, con una elevada densidad de normas cuya finalidad es la disminución de los riesgos, solamente cabría hablar de imprudencia leve en tres supuestos:

1. Supuestos de delito de peligro imprudente y resultado imprudente.

Se trata de aquellos supuestos en los que la violación o infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, cuando ésta constituya la norma de cuidado, se haya producido por imprudencia (art. 317 CP). En estos casos, efectivamente, ya se

estaría ante una situación de falta de infracción consciente³⁵⁴ de la citada norma que, siguiendo la tesis de primar el desvalor de la acción por la que me decanto, permitiría llevar a cabo la gradación de la que habla la jurisprudencia.

2. Cuando una vez creado por el autor el riesgo que objetivamente dará lugar a la producción del resultado lesivo, además de la creación de dicho riesgo por parte del autor del delito, concurren otros factores.

Se trata de riesgos creados por parte de terceros distintos del trabajador que finalmente resulta víctima o riesgos creados de manera fortuita que contribuyen a aumentar el umbral de riesgo permitido y superan el fin de protección de la norma, sin eliminar la desvaloración jurídica del inicial riesgo creado por el autor.³⁵⁵

3. Contribución de la propia víctima al resultado lesivo. Sin perjuicio de que la cuestión, por su importancia y extensión, será atendida en un apartado específico, adelanto aquí que, en ciertos supuestos y concurriendo determinados requisitos, la conducta de la víctima puede ser tenida en cuenta para degradar a leve la imprudencia del autor.

B) Tratamiento del resultado lesivo en la jurisprudencia

Hay que poner de manifiesto que la mayoría de resoluciones judiciales prefieren, cuando los medios facilitados son insuficientes, inadecuados o ineficientes, condenar por el tipo imprudente del art. 317 CP o incluso sólo por el delito o la falta relativos al resultado lesivo. No se alcanza a comprender cómo la insuficiencia, ineficiencia o inadecuación de medios puedan integrar el injusto típico de un tipo imprudente de resultado y no, al mismo tiempo, el del tipo de peligro.

Confuso ejemplo de lo primero es la SAP de Valencia de 9 de marzo de 2005 (ponente Tomás i Tió) que contiene los siguientes hechos probados:

“José María y Fernando, los acusados, eran socios y administradores mancomunados de Estructuras metálicas, Juansa. Dicha empresa construía una nave industrial sita en Oliva, bajo la dirección técnica del también acusado Diego, ingeniero industrial.

³⁵⁴ Para ver el concepto que sostengo de infracción consciente del deber de cuidado, V. el epígrafe V.2.B).

³⁵⁵ ROXIN. *Derecho penal parte general*, pp. 181 y ss.

Alfonso, de 20 años, prestaba servicios laborales en la empresa con categoría de peón, con un contrato a tiempo parcial de tres meses. El día 11 de febrero de 1998, se realizaban trabajos consistentes en la colocación de unas crucetas metálicas a modo de refuerzo, entre las vigas metálicas que conformaban la estructura de la cubierta. Sobre las 10'30 hs., cuando realizaba dicha operación, Alfonso que se encontraba junto a Esteban, también trabajador de Estructuras Metálicas Juansa, pisó una plancha traslúcida que cedió, precipitándose al suelo desde una altura de 7'40 ms. sufriendo heridas consistentes en síntesis en fractura frontal, de cinco vértebras y de la muñeca, con numerosas secuelas que le producen incapacidad permanente total para su trabajo. Para realizar dichos trabajos, los acusados administradores no habían colocado medidas de protección colectiva ni facilitado tampoco equipos de protección individual a los trabajadores, así como el acusado ingeniero no había exigido ni supervisado la dotación y colocación de las citadas medidas de seguridad.”

Como no podía ser de otra forma con semejantes hechos probados, el Juzgado de lo Penal condenó por un delito del art. 316 CP en concurso ideal con un delito de lesiones por imprudencia grave. Sin embargo, ante el recurso de los acusados, y sin molestarse en variar los hechos probados, la Sala afirma que el hecho (que debió incluirse como probado) de que existieran las medidas de seguridad, si bien guardadas en un camión, es suficiente para considerar (sin mayor argumentación) que se adoptaron algunas medidas de seguridad y condenar por imprudencia.

La confusión de la sentencia aumenta al negarse a condenar por imprudencia leve, como entendemos que sería procedente, ya que, dice la sentencia, debe mantenerse la imprudencia grave porque es la que se ha apreciado para el delito. Es un razonamiento claramente erróneo. No está tipificado el delito de peligro por imprudencia leve y asimismo, la infracción de la norma de cuidado, si ésta viene constituida por la normativa laboral ya no es consciente, lo que como se argumentaba al principio de este epígrafe, merece que se rebaje la infracción de resultado a imprudencia leve.³⁵⁶

³⁵⁶ Para entender mejor esta última afirmación, V. mi posición favorable a la primacía del desvalor de la acción en el delito imprudente. Entre otras posibilidades, la norma de cuidado puede venir constituida por el tipo de peligro. La infracción de la norma de cuidado puede ser consciente o inconsciente, y creo que dentro de la primera, si el peligro se crea dolosamente, se es, por decirlo de alguna forma, más consciente.

Ejemplo de condena por falta imprudente de resultado de lesiones cuando de lo que se trata es de insuficiencia, inadecuación o ineficacia de los medios es la SAP de León 3 de junio de 2004 (ponente Tomás Carrasco). En los hechos probados se establece que “[...] el día de los hechos la tolva del molino triturador carecía de resguardo perimetral o del existente normalmente, balas de paja [...]” y que “Salvador era técnico encargado de la seguridad laboral sin haber previsto pese a su cualificación por falta de previsión que la colocación de fardos de paja era claramente insuficiente”. A pesar de ello, sin embargo, apoyándose en un análisis general de la teoría del desvalor de la acción se consume la ausencia de medios adecuados en la falta imprudente por el resultado lesivo del art. 621.2 CP.

No considero adecuada la aplicación jurisprudencial de la imprudencia grave (de peligro) o leve (de resultado) en supuestos como los examinados. Tampoco lo es, contrariamente a lo que viene con carácter general viene considerando la jurisprudencia, la reducción de la imprudencia grave a leve atendiendo a “errores” del autor que conforme a su experiencia le permitan deducir que su conducta entra dentro del riesgo permitido. Ni efectuar la degradación por la confianza en el buen resultado que venía dando la medida ordenada en contravención de lo que la normativa había previsto para tal contingencia, o por no constar que nadie comunicara al autor la probabilidad inmediata de producción del siniestro o por el desconocimiento de que se lleve a cabo determinada actividad.

Entiendo que, en dichos casos y algunos similares en que el rigor punitivo pueda parecer excesivo, los límites punitivos de los arts. 142 y 152 del CP, puestos en conexión con los arts. 61 y ss. del mismo texto legal, y muy especialmente el art. 66 CP tras la reforma que en el mismo ha operado la LO 11/2003, permiten una adecuada gradación de la pena sin necesidad de recurrir a confusos razonamientos no dogmáticos que rebajen el grado de la imprudencia cometida.

Como última opción y para los casos en los que los expedientes dogmáticos y de derecho positivo no alcancen a evitar la imposición de una pena que se estime excesivamente dura, quedará todavía, conforme a lo dispuesto en el art. 4.4 CP, la petición de indulto, total o parcial.

V.4 LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL Y LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL

La jurisprudencia sobre la imposición de la inhabilitación profesional seguida por el Tribunal Supremo desde la STS de 22 de octubre de 1958 (atribuible a Quintano Ripollés,³⁵⁷ pues con anterioridad el Tribunal Supremo se mostraba favorable a la interpretación que luego sostendré), viene influyendo muy negativamente en los Jueces y Tribunales. Influye de tal forma que en la mayoría de las ocasiones, y a pesar de haber ocasionado la muerte imprudente a uno o varios trabajadores, no se impone al sujeto activo del delito inhabilitación profesional alguna. De esta manera, al ser las penas privativas de libertad impuestas en sentencia firme con carácter general susceptibles de ser suspendidas en cuanto a su ejecución de conformidad con los arts. 80 y ss. CP, esta misma persona continúa dando (o más bien omitiendo) órdenes a los propios compañeros del trabajador o trabajadores fallecidos.³⁵⁸

Así por ejemplo, la STS de 23 de octubre de 2001 (ponente Jiménez Villarejo), que resume la citada postura jurisprudencial, señala que la diferencia entre la culpa o imprudencia profesional y la común o del profesional no sería una cuestión cualitativa, sino cuantitativa. Es decir, concurriría un plus de antijuricidad, una mayor concitación de reproche social en tanto la capacitación oficial para desarrollar determinados oficios y la posibilidad de crear cursos causales de riesgo mayores que el resto de los ciudadanos, que debe ser más gravemente sancionada si además se tiene en cuenta que se desconocen las precauciones y cautelas más elementales.³⁵⁹

Ejemplo del criticable fenómeno descrito es la SAP de Barcelona de 27 de enero de 2003 (ponente Planchat Teruel), que confirma la sentencia del Juzgado de lo Penal sobre la base de dicha teoría. La sentencia se refiere a la conducta de un arquitecto que da la orden de derribar los tabiques que sujetaban el techo de un inmueble por las carencias estructurales que el mismo presentaba y el deficiente apuntalamiento de las plantas del inmueble, en estado de gran degradación. Al respecto, señala la

³⁵⁷ GUIASOLA LERMA. *La imprudencia profesional*, p. 18. V. asimismo QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona, 1958, p. 45.

³⁵⁸ GUIASOLA LERMA *supra*, p. 102.

³⁵⁹ Se adhiere sin fisuras a dicha formulación AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 382. En idéntico sentido, RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, pp. 366 a 368.

sentencia que mantiene plena validez en la actualidad la doctrina legal que sigue considerando la culpa profesional como una agravación específica que gira en torno a lo que constituye el mínimo de los conocimientos técnicos, bien por cuanto se carece de los mismos, bien porque poseyéndolos, se aplican de forma manifiesta y abrumadoramente deficiente. La sentencia continúa afirmando ser esta última vertiente donde debe incluirse la conducta del arquitecto, sin discutir sus conocimientos sino la completa ausencia de determinación de las medidas específicas de la obra.

Al respecto, entiendo que, para valorar las condiciones a las que hacen referencia las sentencias que desarrollan la citada doctrina legal, es decir, las circunstancias del hecho, del autor o la mayor o menor antijuricidad, ya existe el marco legal de la pena, siendo posible al Juez operar sobre el mismo, habida cuenta la amplitud que al respecto permiten los arts. 61 y ss. del Código Penal de 1995.³⁶⁰

Para evitar la situación que se describía en el primer párrafo del presente epígrafe, desdichadamente habitual y causante de una sensación de impunidad en amplios sectores de la ciudadanía, entiendo que debería tenderse hacia una interpretación gramatical en el sentido del DRAEL. Éste define la imprudencia profesional como “aquella perteneciente a la profesión”, debiendo pasar por tanto, a tener carácter de profesional cualquier imprudencia grave cometida en el ejercicio de la profesión.³⁶¹

Asimismo, de manera complementaria y al modo de la SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ponente Puente Segura), debería sancionarse con pena accesoria del art. 56 CP de inhabilitación especial a todo aquél que resultara condenado por un delito del art. 316 CP, debiendo generalizarse a través de la Fiscalía General del Estado mediante la pertinente Instrucción³⁶² la obligatoriedad de que todos los Fiscales así lo interesaren en sus escritos de calificación provisional.

³⁶⁰ En su reciente formulación por la LO 11/2003, cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes el art. 66 CP permite al juez recorrer todo el marco legal de la pena, debiendo imponerla conforme a las circunstancias personales del autor y a la gravedad del hecho.

³⁶¹ En dicho sentido, QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho Penal Parte Especial*, p. 622 afirma que, además de la imprudencia grave, el art. 317 CP estaría regulando también la imprudencia profesional. A pesar de lo bienintencionado respecto al bien jurídico de la propuesta del citado autor, creo que no hay atisbo alguno en el art. 317 CP que permita sostener dicha postura.

³⁶² Se ha desaprovechado para ello la oportunidad que brindaba la Instrucción FGE 11/2005. De *lege ferenda* formula idéntica propuesta HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p. 88. Me muestro de acuerdo

En la doctrina justifican la pena de inhabilitación especial, por la relación del sujeto con una actividad profesional *Baylós Grau y Terradillos Basoco*, al tiempo que señalan cómo “el fundamento de la inhabilitación especial es aislar temporalmente al sujeto de la actividad que desarrollaba cuando cometió el delito.”³⁶³

V.5 CONCURRENCIA DE RIESGOS

A) Cuestiones terminológicas

En el presente apartado trataré de dar una respuesta a cuál deba ser la incidencia en la responsabilidad del autor del delito de aquellos supuestos en los que el trabajador irrumpe en el *iter criminis* llevando a cabo una conducta que coadyuva en mayor o menor grado a la producción del resultado imprudente. Habida cuenta las variadas denominaciones otorgadas a la cuestión doctrinal y sobre todo jurisprudencialmente, entiendo que lo primero que debe intentarse es una clarificación terminológica. O, si se prefiere, creo necesario comenzar optando por una terminología que explique claramente el contenido del problema a tratar.

La doctrina se viene refiriendo a la figura general de la intervención de la víctima en la producción del resultado (que en el delito objeto de estudio se concreta en la aportación del trabajador con su propia conducta a la creación del resultado imprudente) con los nombres de concurrencia de culpas,³⁶⁴ compensación de culpas,³⁶⁵ o, incluso, ambos.³⁶⁶

en que la introducción de dicha pena de inhabilitación especial para la profesión solucionaría de manera prácticamente total el problema que refiero.

³⁶³ BAYLÓS GRAU y TERRADILLOS BASOCO. *Derecho Penal del trabajo*, pp. 114 y 115. En contra, SILVA SÁNCHEZ. *El nuevo CP Cinco cuestiones*, p. 116, cuando señala que: “A la existencia de un foco de peligrosidad, pretende hacerse frente mediante una intervención preventivo-especial inocuidadora”.

³⁶⁴ V. JOSHI JUBERT, Ujala. *Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2005, passim o RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Código Penal Comentado*, Madrid, 2007, p. 351.

³⁶⁵ TORÍO LÓPEZ, Ángel. “Significación dogmática de la compensación de culpas en Derecho Penal” en BARBERO SANTOS, Marino. *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 718 y 719.

Por mi parte, creo que si bien *Torío López* denomina la cuestión *compensación de culpas*, significativamente lo hace entre comillas. Ha de estarse plenamente de acuerdo con este autor cuando dice que en la actualidad, cuando la culpabilidad se concibe como la conexión individual jurídicamente desaprobada entre el autor y su acción, es diáfano que la materia de “compensación de culpas” no es en la teoría del delito un problema de culpabilidad, sino una cuestión lógicamente anterior, concretamente una cuestión de tipicidad. Así, no es de extrañar que ya en 1958 advirtiera *Quintano Ripollés*³⁶⁷ de lo erróneo de la denominación, al no tratarse, ni remotamente, de concurrencia de culpas, ni de compensación de las mismas, sino de un concurso de conductas.

En estos supuestos concurren dos conductas o, si se prefiere, dos riesgos. El riesgo que había creado el autor del delito al cometer de manera consciente una infracción de la norma de cuidado y el riesgo que el trabajador con su conducta introduce en el curso del riesgo empresarialmente creado.

Desde mi punto de vista, por tanto, el término concurrencia de riesgos resulta el más apropiado. Procede a continuación tratar de distinguir si es lo mismo la concurrencia de riesgos que la autopuesta en peligro y, de convenirse que son cosas distintas, qué supuestos de concurrencia de riesgos lo son de autopuesta en peligro.

Para ello seguiré a *Gómez Pomar* y a *Agrafajo Vázquez*,³⁶⁸ quienes con carácter general proponen adaptar la teoría de la concurrencia de culpas propia del derecho de daños al derecho sancionador, de tal manera que quepa aplicarla a todas sus vertientes, incluida la penal.

Así, los autores referidos, previo análisis de los arts. 114 CP y 1.1.4. de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Conducción de Vehículos de Motor, comienzan por acoger una versión culpabilística y no causal de la misma, que como se verá al analizar la jurisprudencia, es la mayoritaria en derecho penal, o al menos la más aceptada jurisprudencialmente. A continuación, mediante fórmulas numéricas

³⁶⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal de la circulación. Delitos relacionados con la seguridad vial*, BARCELONA, 2008, *passim*, V. por ejemplo Capítulo V.

³⁶⁷ QUINTANO RIPOLLÉS. *Derecho Penal de la culpa*, p. 321.

³⁶⁸ GÓMEZ POMAR, Fernando y AGRAFOJO VÁZQUEZ, Iria. “Culpa de la víctima y Derecho Sancionador”, en *Indret*, (nº 258), Barcelona, 2004 (última visita 27 de agosto de 2009), pp. 10 a 15.

concretas, muestran que no es lo mismo optar por una u otra tesis, porque de la relativa sencillez de la postura culpabilística se pasa, en caso de adoptarse la postura causalista, a la tremenda complicación e incluso indeterminación que concluiría o de hecho concluye finalmente en el arbitrio judicial a la hora de calcular las proporciones indemnizatorias.

Gómez Pomar y Agrafojo Vázquez matizan que la postura culpabilística no debe entenderse en sentido exclusivo o único. Es decir, la determinación de las proporciones indemnizatorias a cargo de causante y víctima debe atender a la relevancia causal de las conductas respectivas sobre el riesgo general de que se produzca el siniestro. Ello no obstante, deben asimismo valorarse las medidas de cuidado adoptadas realmente respecto a los estándares sociales adecuados de precaución.³⁶⁹

Por tanto, y en un primer paso, puede observarse cómo, de acuerdo con los autores citados, la concurrencia de riesgos en derecho penal y por ende en el delito objeto de estudio, no es una cuestión de causalidad, sino de posibilidad de imputación subjetiva de conductas imprudentes o arriesgadas.

B) La autopuesta en peligro en la doctrina: supuestos

En este apartado me centraré, ya desde la óptica de la doctrina de derecho penal, en ciertos planteamientos doctrinales sobre qué deba entenderse por autopuesta en peligro y qué influencia deba tener la misma en el delito y la consecuente sanción para el posible autor.

En primer lugar, parece oportuno clarificar, siguiendo a *Corcoy Bidasolo, Cardenal Montraveta y Hortal Ibarra*,³⁷⁰ que no todas las conductas del trabajador víctima del resultado lesivo son constitutivas de autopuesta en peligro. Es decir, no todo riesgo creado por el trabajador es una autopuesta en peligro sino que puede haber concurrencia de riesgos sin autopuesta en peligro. En los supuestos que no son de autopuesta en peligro, el riesgo que puede crear el trabajador es uno de los que el

³⁶⁹ Entiendo, por tanto, que hay que valorar ambas teorías conjuntamente y siempre a la luz de la teoría de la imputación objetiva.

³⁷⁰ CORCOY BIDASOLO; CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA. *Protección penal*, pp. 56 y 57.

empresario tiene el deber de controlar, por lo que la responsabilidad por el mismo le viene atribuido *ex ante* y la cuestión de la autopuesta en peligro no se plantea.

Así, habrá que entender por autopuesta en peligro únicamente aquellos supuestos en los que el trabajador actúe con plena conciencia del riesgo que asume, aunque no se asuma y ni siquiera se prevea el posible resultado lesivo, debiendo excluirse aquellos supuestos en los que el trabajador, aun conociendo el riesgo, ha sido obligado a llevar a cabo su actividad de una manera determinada.

Describiré ahora los supuestos que elaboran los distintos autores en la materia:

Así, en primer lugar, *Corcoy Bidasolo, Cardenal Montraveta y Hortal Ibarra*,³⁷¹ distinguen entre:

- Autopuesta en peligro del trabajador jurídico-penalmente irrelevante. Supuestos en los que en el resultado se realiza exclusivamente el riesgo creado por el empresario. La calificación de dicha imprudencia como grave o leve dependerá de la entidad de la infracción de la norma de cuidado.

- Autopuesta en peligro del trabajador jurídico-penalmente relevante. En el resultado se realiza exclusivamente³⁷² el riesgo creado por el trabajador, supuesto en el que según los autores no habrá responsabilidad penal para el empresario.

- Autopuesta en peligro del trabajador parcialmente relevante desde el punto de vista jurídico-penal. En el resultado lesivo concurren tanto el riesgo del trabajador como el del empresario, existiendo relación de riesgo entre ambos y el resultado. Ello degrada la imprudencia a leve. Me muestro de acuerdo en cuanto ya se había defendido dicho criterio en sede de gravedad del resultado lesivo imprudente.

Arroyo Zapatero,³⁷³ por el contrario, señala que habría que plantearse tres casos:

³⁷¹ CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA. *Protección penal*, pp. 61 a 65.

³⁷² Con posterioridad se verá que a salvo suicidios o desobediencia dolosa es muy difícil en la práctica que se materialice en este ámbito un riesgo que proviene 100% de la víctima.

³⁷³ ARROYO ZAPATERO. *Manual*, p. 210.

- Acción imprudente del trabajador como consecuencia de una orden dada por el empresario.

Sin resultar contradicho ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, si se exceptúan resoluciones judiciales de amplia polémica y resonancia social (SAP de Barcelona, Sección 2ª, de 2 de septiembre de 2003 –ponente Martín García–), afirma el citado autor que en dicho caso habrá que acudir a las reglas generales de la imprudencia, sin que la conducta del trabajador pueda atenuar la responsabilidad penal del empresario. Por tanto, en este supuesto entiendo que el trabajador ni siquiera llega a crear un riesgo, siendo éste creado en origen por el mismo sujeto que le ordena trabajar en dichas condiciones.

- Acción imprudente del trabajador como consecuencia de su habituación al riesgo, favorecida por la actitud pasiva del sujeto activo para modificar dicha situación.

- Acción imprudente del trabajador por su propia voluntad, contraria a las órdenes dadas por el sujeto activo del delito.

En opinión de *Arroyo Zapatero*, mientras que en el primer caso la responsabilidad del empresario quedaría incólume, en el segundo caso se degradaría la imprudencia a leve y en el tercero se excluiría la propia imprudencia.

Opinión distinta, con la que me muestro de acuerdo, es la mantenida por *Madrigal Martínez-Pereda*,³⁷⁴ quien afirma que en el segundo caso seguiría sin poderse degradar la imprudencia del autor, habida cuenta el deber de cuidado que tiene el empresario, que expresamente viene obligado por la ley a adaptar el trabajo a la persona del trabajador y a sus condiciones, con miras a atenuar el trabajo monótono y repetitivo. Tal y como también manifiesta dicha autora, puede llegarse a idéntica conclusión a través del criterio del fin de protección de la norma.

Muestro mi conformidad asimismo con el criterio del fin de protección de la norma, ya que se puede rechazar la exoneración de responsabilidad del autor en el tercer caso. Excepto en aquellos casos de conductas directamente deliberadas del trabajador que sean absolutamente imprevisibles para el empresario u otros autores

³⁷⁴ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo. "La conducta de la víctima y su influencia en la existencia del delito" en *EMF*, nº 5, Madrid, 2002, pp. 81 a 124.

(supuestos prácticamente de laboratorio), considero aplicable aquí lo que manifestaba *supra* respecto a la intervención de terceros en el curso causal.³⁷⁵

*Madrigal Martínez-Pereda*³⁷⁶ añade que puede ocurrir que el comportamiento de la víctima suponga una infracción de sus deberes de cuidado abarcada por la misma finalidad de protección de la norma que impone el deber de cuidado del empresario. En dicho caso, señala acertadamente la autora que si el comportamiento del trabajador aumenta el riesgo de una forma que resulta menos previsible o totalmente imprevisible para el empresario, habrá que atemperar la gravedad de su responsabilidad. Podrá sancionarse la imprudencia como leve, o incluso, en casos de total imprevisibilidad por comportamientos deliberados, quedar reducida a la condición de simple infracción administrativa.

Añade también *Madrigal Martínez-Pereda*,³⁷⁷ una vez más con acierto que, cuando el deber de cuidado infringido por la víctima no guarda relación con el deber de cuidado que incumbe al patrono, será también clara la atipicidad del hecho. Se trata en general de casos de culpa extraprofesional que el Tribunal Supremo resuelve –manteniendo el problema en sede de causalidad– afirmando que se produce una ruptura del nexo causal.

Negando virtualidad alguna a la autopuesta en peligro de los trabajadores se encuentra *Lascuraín Sánchez*,³⁷⁸ quien afirma que a la respuesta negativa de la pregunta sobre si en los supuestos de accidentes laborales son aplicables los principios generales de autorresponsabilidad y consentimiento de la víctima se llega por dos sendas distintas: afirmando la imputación objetiva y afirmando la antijuricidad. La imputación a la víctima se asienta, según el citado autor, en que la víctima se autorganiza con las condiciones esenciales de conocimiento y voluntad para ello. Ambos presupuestos faltan en el ámbito de las relaciones laborales. Según *Lascuraín Sánchez*, por tanto, debe presumirse, aunque no irrefutablemente, que el consentimiento del trabajador en su propio riesgo es inválido.

³⁷⁵ Cabría por tanto, la sanción por imprudencia leve, pero no la exoneración de responsabilidad. V. epígrafe V.3

³⁷⁶ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA. *La conducta de la víctima*, pp. 108 y 110.

³⁷⁷ MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA. *Ibidem*.

³⁷⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ. *La prevención penal*, pp. 586 a 591.

En conclusión, para el citado autor rige la presunción de invalidez del consentimiento del trabajador. Esta presunción decaerá en los supuestos de actuación de éste en interés propio o de actuación con dolo (con desobediencia expresa, por tanto, de las órdenes contrarias del empresario u otros sujetos delegados). En los supuestos en que la imprudencia del trabajador se produce por una actuación para la empresa, la responsabilidad podrá en su caso atenuarse, pero nunca eliminarse.

Aguado López, con apoyo en los planteamientos de *Cerezo Mir*, construye correctamente una teoría de la autopuesta en peligro con base en la teoría de la imputación objetiva, proponiendo la utilización conjunta de dos criterios: el incremento del riesgo y la esfera de protección de la norma. Con base en tal planteamiento, la citada autora elabora una serie de casos de exclusión de la imputación objetiva del empresario:

- Desobediencia por el trabajador de orden expresa del empresario.³⁷⁹

- Creación de un riesgo por el empresario y acaecimiento del suceso mediando la creación de otro riesgo por parte del propio trabajador (*V.gr*: No facilita el deber de información sobre el funcionamiento de una máquina y un trabajador bajo los efectos de sustancias tóxicas la utiliza y muere). *Aguado López* excluye la imputación objetiva del empresario por falta de incremento del riesgo. Sin embargo, no estoy de acuerdo. Habría que acusar al empresario y, si se cumplen el resto de elementos típicos, proceder a su condena. El riesgo ya está creado y la autopuesta en peligro no es sino una concurrencia de riesgos. Aunque el trabajador no hubiera estado drogado, no habría sabido igualmente manejar la máquina, porque no se lo habían enseñado. Cuando el trabajador entra en escena, aunque sea bajo los efectos de sustancias tóxicas, ya no es él quien produce el riesgo, hay que desplazar su actuación al campo de la lesión, no del peligro. Es decir, la conducta del trabajador puede tener relevancia en el caso del tipo de resultado, pero no en el de peligro.

- Suicidios.

³⁷⁹ Supuesto con el que se puede observar *infra* en las conclusiones de este epígrafe que me muestro plenamente de acuerdo.

Por otra parte, la citada autora afirma que existen dos casos en los que la imputación objetiva no se excluye:

- Habitación al riesgo.

- Falta de vigilancia de las medidas previamente facilitadas.³⁸⁰

Como conclusión, *Aguado López* niega virtualidad a lo que finalmente acaba denominando compensación de culpas con el argumento de que el derecho penal es público y por tanto defiende intereses públicos, y porque todo el desvalor está en la intensidad del ataque al bien jurídico, es decir, en la intensidad de la infracción de la norma de cuidado.³⁸¹ No puedo compartir, por mi parte, la primera conclusión de la citada autora, dado que ¿Acaso no es un interés público el dilucidar antes de juicio, mediante los mecanismos procesales pertinentes, si alguien debe o no ocupar el banquillo de los acusados?

Muy inclusiva y contundente se muestra *Ramírez Barbosa*³⁸² cuando señala que el empresario tiene la obligación de evitar las autopuestas en peligro de los propios trabajadores. No obstante, si bien la autopuesta en peligro consciente del propio trabajador no puede eximir de responsabilidad al empresario, sí puede suponer su atenuación.

a) Toma de postura

Llegados a este punto, creo que para que el riesgo creado por el trabajador sea relevante y pueda por tanto ser tenido en cuenta para producir la atenuación, o incluso la exención de responsabilidad penal (que no administrativa) del empresario, debe cumplir con las siguientes características:

- El trabajador tiene que crear el riesgo libremente, sin ser consecuencia su actuación de una orden empresarial que le impida actuar de otra manera.

³⁸⁰ También estoy de acuerdo con estos dos supuestos inclusivos, si bien la vigilancia de las medidas en una cuestión de conducta típica y no de autopuesta en peligro. V. epígrafe III.3. A) c).

³⁸¹ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 426 a 436.

³⁸² RAMÍREZ BARBOSA. *El delito contra la seguridad*, p.357.

- El empresario o el resto de autores típicos no pueden haber creado el riesgo previamente por la infracción consciente de la norma de cuidado consistente en la normativa de prevención de riesgos laborales.

- Dentro del supuesto en el que se cumple la normativa y el trabajador origina un riesgo se pueden distinguir, además, los siguientes supuestos de autopuesta en peligro:

i. Trabajador veterano en el mismo o similar puesto de trabajo que por habituación al riesgo prescinde de las medidas puestas a su disposición. En dicho caso, todo depende de que se cumpla o no por parte de los autores del delito con el deber de vigilancia cuyo incumplimiento, como he puesto de manifiesto *supra*, si se incumple es típico. Si se cumple y a pesar de ello se produce un resultado lesivo, tal resultado resultaría impune.

ii. Trabajador que desobedece de manera reiterada las órdenes correctas desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Como también he manifestado, en estos casos se debe actuar disciplinariamente contra dicho trabajador, no siendo posible, si no se ha hecho, quedar exento de responsabilidad penal. No obstante, entiendo que, a salvo supuestos concretos, en estos casos la imprudencia del empresario podría degradarse a leve.

iii. Trabajador que crea un riesgo imprudente que es poco previsible para el empresario. En dicho caso igualmente se reduciría la responsabilidad a una imprudencia leve.

iv. Trabajador que crea un riesgo deliberado y por tanto absolutamente imprevisible para el empresario. En dichos supuestos el empresario sería absuelto del delito.

v. Supuestos, finalmente, en los que se crea por el trabajador un riesgo absolutamente ajeno al fin de protección de la norma, dado que su imprudencia es extraprofesional, nada tiene que ver con el trabajo que desempeña. Se trata de los denominados por el TS supuestos de culpa extraprofesional. En ellos el empresario tampoco puede ser considerado penalmente responsable.

C) Comprobación empírica del tratamiento de la autopuesta en peligro en la jurisprudencia

Sentados con carácter previo y general los criterios para considerar que existe la autopuesta en peligro y los efectos que deba tener sobre la responsabilidad penal de los autores del delito, surge la necesidad de ver si dichos criterios se cumplen en la práctica jurisprudencial. En caso de no cumplirse, habrá que observar qué criterios viene exigiendo la jurisprudencia y comprobar si ésta utiliza criterios con una cierta uniformidad para resolver este tipo de situaciones.

Para examinar la cuestión en la jurisprudencia analizaré primero cómo resuelven los distintos casos algunas sentencias, para después tratar de establecer unas conclusiones generales respecto a la hipotética existencia de una solución o criterio jurisprudencial sobre el tema.

La SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 3 de mayo de 2004 (ponente Perarnau Moya) contiene los siguientes hechos probados:

“[...] José de 52 años de edad y oficial de 1ª se encontraba trabajando con otro obrero en la construcción de una vivienda familiar en una calle de Reus por cuenta del acusado Juan Carlos, quién impartía las órdenes y directrices precisas en cuanto a la realización de la obra y adopción de medidas de seguridad. Ambos operarios realizaban preparativos para lucir el techo de una terraza situada en la primera planta, a unos 3’5 ms. del suelo, para lo cual habían colocado en dicha terraza una plataforma de trabajo de 1 m. de altura y 60 cms. de anchura. En la fachada exterior había instalado un andamio tubular arriostrado, y ambos operarios disponían de cinturón de seguridad. José estaba atando con un alambre unas pasarelas metálicas en el andamio, a diferentes alturas, sin llevar puesto el cinturón de seguridad. En ese momento, perdió el equilibrio y se precipitó por el hueco sin protección existente entre el andamio y la cornisa de la terraza, sufriendo policontusiones que determinaron su fallecimiento al día siguiente [...]”

El Juzgado de lo Penal condenó a Juan Carlos como autor de una falta de homicidio por imprudencia leve del art. 621.2 CP, alzándose contra la sentencia de una parte el condenado, señalando que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima, y de otra parte los herederos del fallecido, entendiéndose que la conducta sería

constitutiva de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 317 CP y de un delito de homicidio imprudente del art.142 CP.

En primer lugar, la sentencia, creo que con buen criterio, comienza por establecer los que considera que pueden entenderse como principios generales sobre la cuestión.

Así, de una parte y pese a no citarlo expresamente, hace referencia a las tres posibles situaciones que vimos planteaba *Arroyo Zapatero* sobre el origen o la causa de la autopuesta en peligro. Es decir, puesta en peligro por orden del empresario, puesta en peligro por habituación al riesgo con la pasividad del empresario y puesta en peligro por voluntad del trabajador desobedeciendo al empresario.

En segundo lugar, con amplia cita de sentencias del Tribunal Supremo, señala que no cabe hablar de compensación de culpas en el ámbito penal, pero lo que sí cabe es valorar la conducta de los intervinientes, incluida la propia víctima, desplazando así el tema de la culpabilidad a la causalidad, que según la sentencia es el ámbito que le es propio. Esto repercute inevitablemente en la adecuación del grado de culpa, determinando incluso una moderación en la cuantía de la indemnización.³⁸³

En tercer lugar, analiza brevemente lo que denomina “distintos criterios manejados por la doctrina y la jurisprudencia” para valorar la conducta de la víctima en la producción del resultado.³⁸⁴

Así, en el Fundamento de Derecho 4º, señala que la primera sería la “teoría de la incidencia sobre la infracción del deber de cuidado”, que viene a decir que el deber de cuidado comprende todos aquéllos de naturaleza genérica y de común experiencia en el ejercicio de la actividad de que se trate que sean adecuados para evitar la lesión del bien jurídico. Dicho principio se traduce, por tanto, en una expectativa fundada y legítima de un comportamiento correcto y ajustado a la norma por parte de quienes actúan reglamentariamente. Así, cuando a priori los

³⁸³ Acoge, pues la tesis tradicional y aún mayoritaria, conforme a la cual esta cuestión se trata de un problema de causalidad y no de culpabilidad o de imputación objetiva (como creo que correctamente viene sosteniendo parte de la doctrina últimamente).

³⁸⁴ Curiosamente, y pese a utilizar el plural, luego sólo analiza una teoría.

acontecimientos revistan el carácter de imprevisibles en función del peligro introducido por la víctima, habrá lugar a la exoneración.

Aplicando lo anterior al caso concreto, señala esta sentencia en su Fundamento de Derecho 3º que el mismo Juan Carlos debió haber facilitado todos los medios de seguridad necesarios y posibles que garantizaran la imposibilidad de caídas traumáticas de los trabajadores, tales como barras de protección en los andamios o redes. Ahora bien, también entiende que su imprudencia no puede calificarse de grave, tal como exigirían los arts. 142 y 317 CP,³⁸⁵ pues no actuó con total y absoluto olvido de las más elementales normas de previsión y cuidado. Por esta última razón, entiende que la condena por falta es correcta y desplaza la cuestión al ámbito de la responsabilidad civil, al señalar que es evidente que la conducta de José, oficial de primera con años de experiencia, al no ponerse el cinturón, contribuyó a su caída y trágico accidente, estableciendo una concurrencia de culpas del 60% para el condenado y el 40% para la víctima.

De idéntico ponente es la SAP de Tarragona de 13 de abril de 2004. Dicha sentencia declara probado que:

“Pocos días antes del siniestro a Benito, ayudante de serrería le fue encomendada como tarea ordinaria, la responsabilidad en el manejo y funcionamiento de una sierra circular de corte de tablones de madera, sin haber recibido formación alguna en materia de prevención de riesgos. Sólo 17 días después del inicio de la relación laboral, Benito sufrió un accidente en la citada máquina al quedarle atrapada la mano derecha en los discos de corte de la sierra, mientras procedía al limpiado y desemboce manual del tubo de aspiración (situado junto y debajo de los discos sin la adecuada protección) mientras se encontraba en funcionamiento la citada máquina, sufriendo lesiones consistentes [la sentencia las describe minuciosamente, scil.] en síntesis en amputación parcial de los cinco dedos de la mano derecha y falta total de movilidad de la mano.”

El Juzgado de lo Penal condenó a los acusados Ignacio, director de la fábrica, y Cristóbal, apoderado de la misma, como autores responsables de un delito contra los

³⁸⁵ Respecto a éste último creo que, yerra la sentencia comentada, pues la imprudencia debe valorarse precisamente respecto a la imputación subjetiva del individuo frente al tipo y no respecto a la insuficiencia de los medios, como explico en el epígrafe III.2. B).

derechos de los trabajadores del art. 316 CP en concurso ideal con un delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.3º del CP. El fallo fue recurrido por los acusados alegando responsabilidad exclusiva del trabajador, que introdujo la mano burlando la rejilla de protección sin que nadie se lo ordenara.

La sentencia, de nuevo sin citarlo, vuelve a desarrollar su planteamiento teórico en torno a las teorías de *Arroyo Zapatero*, para concluir, al final de su Fundamento de Derecho 2º: “si bien no cabe valorar la concurrencia de culpas en el ámbito penal, sí que es forzoso reconocer que no se ha llegado a la determinación de criterios claros en la determinación de los grados de la imprudencia y que, por tanto, sí debe ser tenida en cuenta la apreciación de la concurrencia de culpa de la propia víctima. Sin embargo, añade, los acusados ordenaron a una persona sin formación la realización de un trabajo que creaba una acentuada situación de riesgo, lo que situó al trabajador en una posición de indefensión, por lo que el descuido de expectativas socialmente exigibles por parte del trabajador debe entenderse como leve y no permite la degradación de la culpa, confirmando por tanto, la resolución impugnada.”

Estamos ante un ejemplo de la tendencia habitual de la jurisprudencia a resolver el caso concreto, para lo cual no se ve problema alguno en mezclar teorías y conceptos diversos. Como el Tribunal Supremo sigue siendo partidario de desplazar la cuestión al ámbito de la causalidad, se habla de la gravedad y levedad de la imprudencia para poder dar cabida, de alguna manera, a la concurrencia de culpas, para, una vez introducida, no darle después capacidad decisiva a la intervención del trabajador, dada su muerte. Sin citar ambas instituciones, expresamente, se utilizan el principio de desconfianza y la teoría del incremento de riesgo.

La SAP de Valencia, Sección 5ª, de 19 de febrero de 2004 (ponente Rius Alarcó), contiene los siguientes hechos probados:

“Antonio David, de 16 años de edad, prestaba servicios por cuenta de la empresa Don Hierro, dedicada a la fabricación de muebles metálicos [...] como siderometalúrgico, con la categoría de aprendiz. Antonio David durante dos o tres meses antes del día de los hechos, vino desarrollando habitualmente trabajos de corte de tubo metálico, usando para ello una máquina tronadora de corte húmedo. [...] Las características de la máquina impedían el contacto o la aproximación siquiera, de cualquier parte del cuerpo del trabajador a la zona de corte. El día de los

hechos, Ignacio, encargado y responsable de la actividad que se desarrollaba en la fábrica, le encomendó a Antonio David que efectuara un corte de tubo con la tronadora. Alrededor de las 6'20 hs., Antonio David, tras realizarse, en circunstancias no acreditadas, una manipulación de los resguardos de seguridad que convertían el uso de la máquina en arriesgado, introdujo su brazo izquierdo en la zona de corte de la máquina en un momento en que el disco de corte estaba en funcionamiento. A consecuencia de ello sufrió graves lesiones. En el momento del accidente, Ignacio, no atendía el trabajo que efectuaba con la tronadora Antonio David [...] No ha quedado acreditado que la máquina antes del momento en que se produjo el accidente careciera de los resguardos de seguridad. Tampoco ha resultado acreditado que con anterioridad a la fecha del accidente, trabajaran con dicha máquina otros trabajadores. [...] Luis y José Andrés eran directores de la fábrica de Don Hierro. Ellos dos e Ignacio conocían y consentían que el menor Antonio David trabajara con la máquina tronadora sin especial vigilancia. [...] Al ser contratado Antonio David, no se le pidió ni exigió formación específica en el manejo de máquinas, formación de la que el mismo carecía.”

El Juzgado de lo Penal condenó a los acusados como autores de un delito contra los derechos de los trabajadores previsto y penado en el art. 317 en relación con el art. 318 CP, absolviéndolos en cambio del delito del art. 316, así como del delito de lesiones imprudentes del que venían acusados.

Frente a la citada resolución se interpusieron recursos de apelación por indebida aplicación del art. 317 CP por los condenados; por la acusación particular por inaplicación indebida de los Arts. 316 y 152.1.1º CP, y por el Ministerio Fiscal por todos los motivos que hasta el momento se han expuesto respecto a las partes.

La Sala mantuvo la absolución por el delito doloso del Art. 316 y la condena por el delito imprudente del Art. 317 CP, a la que añade la condena asimismo por el delito de lesiones imprudentes del Art. 152.1.1º CP.

Para ello, se basa en la consideración de la situación de enorme riesgo que crea una máquina especialmente peligrosa en manos de un menor de edad que no cuenta para su utilización con la supervisión de un adulto, sin que la empresa haya efectuado un estudio exhaustivo de los riesgos de la máquina que hubiera determinado la ineptitud del menor para realizar dichos trabajos en atención, precisamente, a su falta de

madurez. A ello añade, en el Fundamento de Derecho 3º, que no puede en el supuesto entenderse producida una autopuesta en peligro del trabajador dado que, acreditada la existencia del hecho y las funciones desempeñadas en el organigrama de la empresa por los acusados, corresponde al Tribunal la inferencia y el juicio lógico de la culpabilidad o reprochabilidad penal de la acción u omisión.

Continúa la sentencia afirmando que en el caso se está ante un supuesto de omisión en el ejercicio de sus funciones como garantes de la protección y seguridad de los trabajadores a su cargo, sin que a ello nada obste la existencia de una estructura organizativa destinada a la prevención de los posibles riesgos inherentes a cada puesto de trabajo, así como tampoco lo relativo a la concreta decisión jerárquica de acuerdo con la estructura empresarial, pues es evidente que, conforme a sus respectivas responsabilidades, su función alcanza todo lo relativo a las medidas de protección omitidas y no se justifica que la falta de previsión fuera contra su criterio. La argumentación sobre la autopuesta en peligro que preconizaban los acusados finaliza señalando que no es de recibo achacar la pretendida ruptura del nexo causal entre la imprudencia de los acusados y el resultado lesivo a la conducta de la víctima, un menor de edad sin experiencia, que no pudo adoptar medidas de protección puesto que no había sido informado de su existencia, así como tampoco había sido instruido del riesgo que corría, todo lo cual afecta al tipo objetivo y más concretamente a la imputación objetiva del resultado. Así, la imprudencia atribuida a los acusados no admite compensaciones y debe ser calificada como grave. Por último, en el Fundamento de Derecho 4º, a efectos de responsabilidad civil, se concluye que no cabe apreciar compensación de culpas alguna en dicho ámbito, dada la edad del lesionado y la posición de garantes de los acusados que los convertía en responsables de su seguridad incluso frente a posibles imprudencias cometidas por aquél.

En conclusión, la sentencia que comento viene en cierto modo a sentar el principio de que, si la imprudencia es grave y además la víctima es un menor, no cabría hablar de compensación de culpas, ni penal ni civil.³⁸⁶

³⁸⁶ *Supra*, V.II.A), se ha sostenido que uno de los posibles supuestos de degradación a leve de la imprudencia en el delito de resultado es el hecho de que, como ocurre en esta resolución, la norma de cuidado coincida con el tipo de peligro y éste fuera cometido por imprudencia. Entiendo, por tanto, que se debió condenar por un delito de peligro doloso por la falta de medidas de seguridad en la máquina o, si como parece deducirse la misma era sólo utilizada por el menor, absolver de cualquier delito de peligro por verse este consumido por el delito de resultado.

En el extremo contrario parece situarse la SAP de Sevilla, Sección 4ª, de 29 de octubre de 2003 (ponente Barros Sansinforiano) que contiene los siguientes hechos probados:

“Ricardo, propietario de un inmueble sito en Osuna encargó al acusado Víctor la reforma parcial del mismo para dedicarlo a local de negocio [...] Una vez recabadas las autorizaciones administrativas para el inicio de la obra, ésta dio comienzo, si bien el acusado Víctor no había realizado el obligado Plan de seguridad e Higiene, aunque adoptó diversas medidas individuales de protección como el uso de cascos o arneses de las que informó reiteradamente a los trabajadores. El día de los hechos, Carlos, Oficial de Segunda, se hallaba trabajando en la citada obra en compañía de José Manuel, peón albañil, encontrándose subido en un andamio con un martillo eléctrico que le había proporcionado el acusado Víctor, realizando labores de derribo de una pared de sillares. En un momento determinado, sin que conste el motivo, se subió en lo alto del muro, cayendo al exterior desde una altura de 5’80 ms. causándole (sic) la muerte. En dicho momento no se hallaba en la obra el acusado Víctor ni ningún encargado de éste a fin de evitar que Carlos se subiera en el muro.”

El Juzgado de lo Penal condenó a Víctor como autor de una falta de homicidio por imprudencia leve. Frente a la citada resolución recurrió Víctor, a fin de ser absuelto, y la acusación particular por aplicación indebida del art. 621.3 CP e inaplicación indebida del art. 142 CP. En su sentencia la Sala da la razón al acusado Víctor y lo absuelve libremente. Para ello argumenta que, cuando se trata de una imprudencia en contra de las órdenes del constructor llevada a cabo por un trabajador veterano y cualificado, tiene forzosamente que calificarse de indiferente, de una parte, el hecho de que no exista el Plan de Seguridad y, de otra, el que el acusado se encuentre o no en la obra, más cuando el trabajador gozaba de medidas de protección individual de las que había sido informado y no las utilizó voluntariamente. Debe valorarse, además, la confianza que el acusado tenía en el trabajador fallecido, y el hecho que el mismo fuera el que impartía las órdenes al peón albañil. Asimismo, tiene que valorarse que la empresa era muy pequeña, por lo que no cabe exigir dejar a alguien pendiente de vigilar las posibles imprudencias de los trabajadores.

El análisis debe comenzar por apuntar que el tamaño pequeño de la empresa, entiendo, al contrario de lo que afirma la sentencia y tal y como se analiza *supra*, conforme a la LPRL provoca que el propio empresario deba velar personalmente por

las condiciones de seguridad personal mínimas de sus trabajadores. Además, afirmaciones tan crudas como las que contiene la resolución analizada pueden suponer en cierto modo que, cuando se trate de trabajadores veteranos, baste con facilitarles algún tipo de medida de protección individual, quedando a su cargo el resto de la prevención de riesgos laborales. Ello significaría, por tanto, que sería indiferente la gravedad del incumplimiento de sus obligaciones por parte del encargado de velar, conforme al mandato legal, por la protección de la seguridad de los trabajadores, lo que resulta de todo punto inadmisibile.

No es fácil conocer cuáles son los hechos probados en la SAP de Girona, Sección 3ª, de 9 de noviembre de 2004 (ponente García Morales), habida cuenta de que da por reproducidos los de la sentencia de instancia sin volver a relatarlos.

Sin embargo, parece colegirse que se trataba de un supuesto en el que, en una fábrica, un trabajador decide no parar una máquina para limpiar algo que había entre los rodillos de la misma, quedando atrapado por éstos y viéndose gravemente lesionado. El Juzgado de lo Penal absolvió a los acusados y la resolución fue objeto de recurso por el Ministerio Fiscal al entender que se debió condenar a los acusados por un delito del art. 316 CP, y por la acusación particular, que comparte el criterio del Ministerio Público y asimismo interesa también la condena por un delito de lesiones por imprudencia grave.

La resolución despacha la cuestión de la existencia del delito previsto en el art. 316 con escasa argumentación, aduciendo básicamente que el derecho penal debe ocuparse solamente de los incumplimientos en la facilitación de las condiciones adecuadas de higiene y seguridad que sean graves y severos, reservando las conductas de más levedad a la inspección y sanción administrativa. Por muy loable que resulte el reconocimiento por los tribunales de la existencia del principio de intervención mínima o de la naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*, desde mi punto de vista la mera alusión al mismo resulta insuficiente, en ausencia de otras argumentaciones, para absolver, debiéndose por lo tanto considerar que en este punto la resolución citada adolece de falta de motivación.

En cuanto a la imprudencia, tras decantarse por la teoría antes citada del desvalor de la acción y tras hacer un análisis de la posible prescripción, entra en la parte que ahora interesa cuando afirma que la intervención decisiva del trabajador en el curso

causal, por su incumplimiento de elementales normas de seguridad, debe ser suficiente para degradar la imprudencia a leve. Lo anterior, sin embargo, no se argumenta de ninguna manera, con excepción de la referencia a que la máquina en cuestión tenía unas mínimas medidas de seguridad para condiciones normales de operatividad.

Reconoce, por último, que las medidas de seguridad eran insuficientes y sugiere y en cierto modo censura que debieron adoptarse medidas como el aislamiento completo de la zona de acceso de la máquina que debiera motivar pararla para la apertura del dispositivo de alejamiento, o algo tan sencillo como una célula fotoeléctrica que detectara la presencia del trabajador y parase automáticamente la máquina, para acabar afirmando que la falta de previsión ha de ser analizada en otra jurisdicción diferente a la penal.

Entiendo que, amén de resultar confusa, la resolución comentada ignora de nuevo que la falta de control de la aplicación de los medios o la facilitación de medios claramente insuficientes, como parece ser el caso, constituyen cuestiones de tipo objetivo, y no subjetivo, y que de hecho integran el delito del art. 316 CP. Los empresarios sabían que tales medidas no existían y por tanto estamos realmente ante el tipo doloso, no el imprudente, de delito contra la seguridad en el trabajo.

La SAP de Madrid de 26 de abril de 2004 (ponente Jorge Barreiro), contiene los siguientes hechos probados:

“En la mañana del día de los hechos, Marcos, de 30 años de edad, prestaba sus servicios como peón en la empresa Transformaciones Metálicas Lobecor, S.L. Marcos, que tenía una dilatada experiencia en el manejo de prensas en general y particular conocimiento del funcionamiento de la prensa hidráulica Smeral con la que trabajaba el día de autos. Como quiera que en la máquina había una esquirra o rebaba, que marcaba las piezas en la máquina, consciente del peligro que corría y en la confianza que nunca había pasado nada, introdujo todo el brazo para limpiarla, momento en el cuál sin darse cuenta accionó el pedal de puesta en marcha, bajando la parte móvil de la máquina atrapándole el brazo derecho que tuvo que serle amputado. A consecuencia de esa amputación del brazo derecho al acusado (sic) se le ha reconocido una incapacidad permanente absoluta para su profesión habitual. En el día de los hechos la empresa no había llevado a cabo aún la evaluación de

riesgos laborales, que hubiera podido detectar la insuficiencia del sistema de seguridad adoptado para las prensas y en particular, para aquella en la que trabajaba Marcos.”

El Juzgado de lo Penal condenó a César, encargado, consejero delegado y accionista, como autor responsable de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 316 CP y de una falta de lesiones del art. 621.3 CP. El condenado recurrió interesando la libre absolución por todos los conceptos.

La resolución analizada, tras absolver por el art. 316 CP con base en que la insuficiencia de los medios de seguridad facilitados, es decir, el pedal que accionó por error la víctima, no puede entrar a constituir el tipo del art. 316 CP, realiza un interesantísimo estudio sobre lo que denomina “análisis de las cuestiones jurídicas desde la perspectiva de la conducta de la víctima.”

Así, en el Fundamento de Derecho 2º, señala: “[...] la cuestión no debe analizarse desde un plano causal-naturalístico, pues en la mayoría de los casos resulta incuestionable que las víctimas de este tipo de siniestros intervienen causalmente en el resultado, sino en el plano axiológico-jurídico de la imputación objetiva. Es decir, en estos supuestos, la intervención causal no quiere decir que pueda imputársele objetivamente la conducta al trabajador, dado que en esta clase de delitos el deber objetivo del autor comprende también la previsión y la neutralización de los riesgos derivados de las negligencias en que pudieren incurrir los trabajadores. Ello es debido a la propia propensión al riesgo del trabajo que prestan pues, como es sabido, la familiarización con el riesgo y la habituación a los ámbitos de peligro deriva en un desprecio de las situaciones arriesgadas. Tal desprecio ha de ser previsto y vigilado por el autor, que ha de acentuar la vigilancia y la dirección presencial o a través de delegado para evitar las situaciones de esa índole, imponiendo para ello el cumplimiento de forma estricta de las medidas de seguridad y facilitando los medios para su aplicación.”

Desde tal perspectiva, sigue diciendo la resolución comentada, “[...] se ha considerado por la doctrina que en las actividades laborales vinculadas con factores importantes de riesgo se invierte en cierto modo el principio de confianza aplicable en otros ámbitos sociales, sustituyéndose más bien por el principio de desconfianza. De tal manera que, siendo evidente que la rutina, el automatismo y la monotonía en

el trabajo acaban imponiendo la desconsideración del riesgo por parte del trabajador, ha de incrementarse el deber objetivo de cuidado del autor para prever esas situaciones, con lo cual en este ámbito no rige la posibilidad de confiar en el comportamiento cuidadoso del trabajador, debiendo imponer a los mismos de forma inapelable el cumplimiento de la normativa de seguridad en la labor diaria.”

En el presente caso he de mostrar mi completo acuerdo con la argumentación y el resultado alcanzado en la resolución.

Por su parte, la SAP de Sevilla, de 12 de marzo de 2004 (ponente Malpica Soto), no acepta los hechos probados que determinaron la absolución por parte del Juzgado de lo Penal, frente a la que se alzó la acusación particular pretendiendo la condena por un delito del Art. 316 CP en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente del Art. 142 CP (mientras que, curiosamente, el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso).

La resolución que se comenta da como hechos probados los siguientes:

“El día de los hechos se encontraban Roberto y Cristóbal trabajando como pintores en un inmueble, consistiendo su trabajo en pintar un patio de luces a la altura de la tercera planta, entre diez y doce metros del suelo, para lo que colocaron un andamio que se olvidaron de amarrar y sobre la plataforma del segundo piso del mismo, pusieron dos escaleras extensibles, donde se subieron sin llevar cascos ni cinturones de seguridad y comenzaron a pintar. Sobre las 7’40 horas, perdieron el equilibrio, volcando el andamio, cayendo Roberto al suelo, falleciendo. Ambos trabajaban para Mosquera e hijos, S.L. de la que era director Marcos. Mosquera e hijos no había elaborado el obligado Plan de Prevención de Riesgos Laborales. Tampoco había encargado a nadie la supervisión del trabajo ni encomendado a los dos pintores medida de seguridad alguna.”

Frente a orientaciones doctrinales que se comentan en este trabajo, la sentencia afirma en el Fundamento de Derecho 6º que es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales. No obstante lo anterior, entiende, en el Fundamento de Derecho 7º, que la imprudencia cometida por las víctimas al no amarrar los andamios sí debe servir para degradar la culpa a leve, no debiendo

entenderse como culpa exclusiva de la víctima sino aquellos supuestos en los que se desatendieron voluntariamente las advertencias de los encargados,³⁸⁷ que de otro lado, en el presente supuesto no existieron. La conducta de las víctimas, puede por tanto, ser considerada como eficazmente causal para degradar la imprudencia del hecho.

Especialmente interesante es la SAP de Huelva, Sección 1ª, de 28 de abril de 2004 (ponente García García) por el elevado nivel técnico de la argumentación que esgrime sobre lo que denomina participación culposa en la acción de otro, cuestión que por desgracia no es todo lo habitual que debiera.

La citada sentencia contiene los siguientes hechos probados:

“El día de los hechos, Ignacio de 34 años de edad era empleado de Ferracín, S.L. en la construcción de un edificio de ocho plantas en Huelva. Sobre las 15 hs., dicho operario trabajaba en el forjado de la quinta planta, sin cinturón, mientras sus compañeros hormigonaban la escalera entre la cuarta y quinta planta, todos ellos asimismo sin cinturón. Con el propósito de ayudarlos, Ignacio bajó hasta la cuarta planta, perdiendo el equilibrio por razones que se desconocen precipitándose al vacío y perdiendo la vida al golpear contra el patio interior en aquellos instantes de hormigón. El hueco no estaba protegido ese día ni con anterioridad con red alguna, lo que era conocido plenamente por el Director de Ferracín, S.L., por el director de obra y por el arquitecto técnico y a su vez autor del proyecto de seguridad, que no adoptaron medida de seguridad alguna, ni colectiva ni individual, ni informaron a los trabajadores sobre medidas a adoptar para preservar su vida cuando realizaran trabajos en altura.”

El Juzgado de lo Penal condenó a los tres acusados como autores de un delito contra la seguridad en el trabajo (sic) en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente.

Recorre contra la misma curiosamente sólo el arquitecto técnico que, tras argüir sin éxito (y sin mucha lógica) que el tema de la red no está entre sus funciones, plantea

³⁸⁷ Ya he hecho referencia, en el epígrafe IV.4 B), a la batería de posibilidades legales para impedir este tipo de conductas por quien está legalmente obligado a procurar la protección de los trabajadores, de modo que no puedo mostrarme de acuerdo con esta afirmación.

que el trabajador estaba borracho (arrojó un resultado en la autopsia de 0'86 mg. de alcohol por litro de aire espirado) y que además bajó voluntariamente y sin orden alguna de nadie a la cuarta planta, cuando debía trabajar en la quinta.

La sentencia analiza la cuestión diciendo en primer lugar que la imprudencia por omisión del arquitecto técnico es evidente: no prohíbe la continuación de los trabajos en altura sin red ni vallas ni ordena su inmediata colocación, por lo que permite que se sigan realizando en condiciones extremas de riesgo. El referido elevado nivel técnico se muestra en el fundamento de derecho 3º, mediante la construcción de una posición de garante para las imprudencias, cuando señala que cabe preguntarse si es posible calificar como imprudencia una omisión –no prohibir ni ordenar– cuando existe una acción –con negligencia del trabajador en su caída– que interfiere en el nexo causal. Así, en determinadas y especiales esferas de actividad, el incumplimiento del deber de actuar para impedir el resultado antijurídico equivale a la falta de diligencia media acostumbrada en ese ámbito y, por ende, a la imprudencia. Es decir, desde mi punto de vista, la sentencia configura en el ámbito del delito que nos ocupa, o al menos cuando el mismo se da en las obras en construcción, una posición que se caracterizaría por considerar omisión imprudente el conocer el posible resultado antijurídico –de peligro concreto– y no actuar. Para la resolución citada es irrelevante, por tanto, que el trabajador hubiera o no bebido. En otras palabras, aunque fuera por omisión imprudente, añadido yo, el riesgo ya estaba creado.

Muy interesante es la SAP de Guipúzcoa, Sección 1ª, de 21 de febrero de 2005 (ponente Moreno Galindo) que, en lo que ahora interesa, declara modificado el relato de hechos probados del Juzgado de lo Penal en el siguiente sentido:

“El acusado Daniel era al tiempo de los hechos Presidente del Consejo de Administración de “Oñeder, S.A.” y el acusado Juan Ramón era Gerente de la mencionada empresa. Dada la falta de conocimientos técnicos de ambos, tenían contratados los servicios de prevención de riesgos laborales con un servicio externo: “Asem V. C.”. El servicio externo había realizado año y medio antes de los hechos un informe técnico que detectaba riesgos en la empresa y concretamente en el puesto de trabajo de Mariano. Así, se hacía constar expresamente el riesgo de atrapamiento por y entre objetos, entre ellos en cintas transportadoras, riesgo que se calificaba como evitable recomendando adoptar de forma inmediata determinadas acciones

correctoras. Asimismo se impartió a Mariano un curso de formación tres semanas antes de los hechos. Luis Ángel, Ingeniero Técnico fue el ejecutor material del plan de “Asem V.C.”. Éste sólo adoptó a lo sumo parcialmente las acciones correctoras con lo que se mantuvo a los trabajadores en situación de riesgo grave para la vida, salud e integridad de los trabajadores. Mariano tenía que vigilar una cinta transportadora que estaba a 40 cms. de altura y conocía por haber sido reiteradamente informado que si se atascaba la cinta, cosa no infrecuente por la viscosidad de los materiales, debía avisar al Jefe de Planta a fin que por el mismo se pararan todas las instalaciones de la cadena. Sobre las 19’30 horas del día de los hechos, Mariano, infringiendo las normas de actuación dadas por la empresa, intentó limpiar uno de los rodillos de la cinta transportadora con un martillo sin pedir que se parase previamente la máquina, siéndole atrapada la mano sufriendo graves lesiones en la misma.”

Por el Juzgado de lo Penal se dictó sentencia que condenaba a Daniel y Juan Ramón como autores de un delito del art. 317 CP así como de una falta de lesiones por imprudencia del art. 621.1 CP. Los acusados recurren, pretendiendo la absolución por infracción del art. 317 CP y de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta,³⁸⁸ por infracción del art. 318 CP y la doctrina jurisprudencial que lo interpreta y por infracción del art. 621 CP.

Al margen de la corrección técnica de la sentencia en todos los temas que aborda, a los efectos del presente señala, interesantemente, que la norma de cuidado en el ámbito laboral no se rige por el denominado principio de confianza, sino que responde a las premisas del principio de desconfianza, según el cual, el empresario que ostenta el poder jurídico de dirección y control, debe prever las omisiones ordinarias de los trabajadores, de acuerdo con el art. 15.4 de la LPRL. Después, tras analizar la parte objetiva del tipo, en el análisis de la subjetiva señala que el riesgo grave para la vida y la salud de los trabajadores es atribuible a una vulneración significativa del deber de cuidado exigible a quien ostenta el dominio funcional de una organización en la que se despliega una actividad laboral, y que ello por sí sólo constituye la imprudencia grave. Además, y esto es novedoso respecto al resto de sentencias analizadas, señala que en la apreciación de la concurrencia del tipo de peligro del art. 317 CP carece de relevancia el examen de las cuestiones referidas a

³⁸⁸ Lo que no deja de ser curioso puesto que ni es un motivo de casación ni existe una doctrina jurisprudencial que pueda considerarse uniforme.

la contribución causal del trabajador lesionado. Ello es así, porque se trata de un bien jurídico supraindividual, por lo que, presente dicho riesgo supraindividual, es ajena a la imputación objetiva del resultado toda mención a la posible contribución causal del trabajador lesionado.

Por último, analiza la cuestión de la falta de lesiones imprudentes afirmando nítidamente que (como sostengo) la intervención de la víctima debe ser examinada únicamente a la luz de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Añade finalmente lo que denomina “determinadas consideraciones sobre la autopuesta en peligro” que no son otra cosa que las que efectúa *Corcoy Bidasolo*, por lo que por respeto a la autoría de las mismas las analizaré en su momento.

Combinados ambos elementos, llega a la conclusión de que el concreto resultado producido fue una plasmación específica de un riesgo distinto al creado por la omisión de medidas de seguridad, pues mientras los acusados debieron cubrir la cinta y no lo hicieron, queda probado que sí habían explicado reiteradamente a Mariano el procedimiento de limpieza, por lo que es éste quien, infringiendo las normas, crea un riesgo ajeno a la infracción de la norma de cuidado por parte de los acusados, por lo que se absuelve a ambos de la falta.

La sentencia me parece excelente en cuanto a la aplicación del art. 317 CP y a la construcción teórica de la concurrencia de riesgos, pero no comparto la absolución de los empresarios por la falta de lesiones. De acuerdo con la clasificación de posibles autopuestas en peligro que he elaborado *supra*, Mariano no era un trabajador veterano habituado al riesgo, puesto que el curso se lo habían dado sólo tres semanas antes. De otro lado, no consta que fuera especialmente desobediente ni que nunca hubiera sido sancionado por conductas contrarias a las normas laborales disciplinarias. Por último, evidentemente, el riesgo que creó Mariano tenía todo que ver con el hecho de que los empresarios, a sabiendas, no hubieran cubierto la máquina al no controlar que lo hiciera su delegado o directamente no facilitaran medios económicos a éste para que lo llevara a cabo. Si ellos hubieran cubierto la máquina, Mariano no habría perdido su mano, luego la sentencia no debió absolverlos por la falta de lesiones.

La SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 13 de marzo de 2005 (ponente Obach Martínez), recoge como hechos probados los del tenor literal siguiente.³⁸⁹

“En mayo de 2000 la empresa Necso, se hallaba realizando una obra de rehabilitación de un edificio sito en la C/ Ramón Trías Fargas de Barcelona con el fin de transformarlo en un centro docente. Para la realización de los trabajos de soldadura, fue subcontratada la empresa Cercal, que a tal fin desplazó a los trabajadores Mauricio y Luis Manuel. El día de los hechos sobre las 11’30 horas, dichos trabajadores se encontraban tomando medidas en un altillo situado a 2’85 ms. de altura del suelo que carecía de protección perimetral. Al ir a descender, el trabajador Mauricio, como quiera que la escalera utilizada no era la adecuada a dicha labor, por ser de “tijera”, se desequilibró, cayendo al suelo y produciéndose en síntesis (la resolución las relata minuciosamente) fractura de ambos brazos, fractura de peroné y traumatismo craneoencefálico. Cornelio y Arturo desempeñaban respectivamente las funciones de jefe de obra y encargado de Necso y conocían que los altillos carecían de protección perimetral y que la escalera con la que se trabajaba en los altillos era inadecuada, aunque en el conjunto de la obra sí había escaleras adecuadas.”

El Juzgado de lo Penal condenó a ambos como autores de un delito contra el derecho de los trabajadores a realizar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal por imprudencia y como autores de una falta de lesiones por imprudencia leve. Frente a dicha condena se alzaron los acusados y los responsables civiles, interesando la libre absolución por aplicación indebida del art.317 CP y, lo que más interesa a los efectos del presente apartado, por autopuesta en peligro del trabajador así como, si finalmente no se revocaba la sentencia, reducción de la responsabilidad civil por este mismo motivo.

Siguiendo la tesis que comparto, el Tribunal rechaza el primer motivo señalando que la inadecuación o carácter defectuoso de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral da lugar al tipo del art. 317 CP, por infracción del deber de cuidado al darse la ausencia de todas las previsiones exigibles al garante del derecho de los trabajadores.

³⁸⁹ Curiosamente, la sentencia que comento hace referencia a un supuesto de hecho ocurrido en la construcción de la universidad que acoge mi investigación.

Respecto a la autopuesta en peligro, indica que, para que pueda hablarse de lo que denomina correctamente “conurrencia de riesgos”, sería preciso que dicho riesgo fuera asumido libremente y con absoluta conciencia del mismo por parte del trabajador. En el caso analizado, el hecho de que Mauricio fuese trabajador de una empresa subcontratada hace que el mismo no tuviera por qué tener un conocimiento exhaustivo de la existencia o no de útiles y herramientas de Necso, máxime si tenemos en cuenta que se trataba de la remodelación de unos antiguos cuarteles para su conversión en una universidad (alejado por ello de lo que podría ser un ámbito cerrado y pequeño). Ello supondría un principio de mayor confianza, entiendo que se quiere decir y, siendo absolutamente irrazonable pretender que Mauricio se traiga de su casa una escalera, está claro que la infracción del deber objetivo de cuidado por parte de la empresa queda plenamente acreditada sin que en nada influya por tanto la decisión de Mauricio. A diferencia de la extravagante sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 29 de octubre de 2003, a la que ya me he referido y sobre la que volveré, la resolución que ahora se analiza señala que el hecho de que sea Mauricio oficial de primera de dilatada experiencia no produce sin más una autopuesta en peligro, sino que ello lo que produce es una mayor habituación al riesgo, lo que impide la asunción libre y consciente a la que antes se hacía referencia.

Curiosamente es en el Fundamento de Derecho 4º, al resolver la cuestión de la reducción o no de la responsabilidad civil, cuando finalmente aparece la imputación objetiva. Y lo hace cuando señala que el riesgo creado por la acción de los apelantes es el que se materializa en el resultado, sin que la víctima se haya expuesto a un peligro que provenga directamente de su acción.

La SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 30 de noviembre de 2005 (ponente Obach Martínez) analiza un supuesto de hecho en el que se derrumba una obra entera cuando se estaba llevando a cabo el derribo de la misma y en el que resulta lesionado de gravedad un trabajador porque, pese a llevar cinturón de seguridad anclado, la cuerda que lo sujetaba era demasiado larga y no impidió que se golpeará en la caída en lugar de quedar suspendido en el aire como debió ocurrir.

La sentencia analiza las alegaciones de los condenados sobre la autopuesta en peligro, señalando cómo para apreciar tal institución son absolutamente necesarias la conciencia y libertad del riesgo que se asume: “Intenta la parte recurrente derivar el

accidente sufrido por el señor Adolfo a un supuesto que la doctrina llama "autopuesta en peligro."

Al respecto, sigue afirmando la sentencia, se ha de partir del siguiente presupuesto: definir una conducta de riesgo llevada a efecto por una persona como de autopuesta en peligro requiere que esa persona actúe con absoluta conciencia del riesgo que está asumiendo. La falta de conocimiento exacto del riesgo que se está asumiendo en este ámbito puede provenir, como ocurre en el caso, de la falta de preparación y formación del trabajador, pues el trabajador provenía de una actividad ajena a la construcción, ámbito al que se había incorporado recientemente. Además quedó igualmente acreditado que no había recibido por parte de la empresa recurrente y sus responsables absolutamente ninguna formación previa, limitándose la empresa a facilitar un arnés que, por la falta de formación previa, devino una medida de protección absolutamente ineficaz.

Por tanto, y conforme he puesto de manifiesto, la sentencia razona correctamente la no consideración del supuesto como de autopuesta en peligro, dado que la empresa crea el riesgo al no dar formación específica y facilitar un arnés, instrumento no adecuado en el sector del derribo. Además, la mala utilización de dicha única medida material de seguridad no puede considerarse ni siquiera un riesgo, dada la falta de veteranía y formación de Adolfo, sino algo meramente anecdótico que, por tanto, no llega a concurrir con el riesgo principal.

Reservo para el final la SAP de Madrid, Sección 17ª, de 6 de octubre de 2003 (ponente Fernández Entralgo), ya citada en otros apartados del trabajo, habida cuenta de la brillantez y rigor con la que trata todas las cuestiones del presente delito, lo que no implica que se compartan todas sus tesis.

Así, respecto al tema que me ocupa en este apartado, señala que un enfoque radicalmente exculpatorio de los superiores jerárquicos por los daños sufridos por sus dependientes recuerda las propuestas de los seguidores de la denominada "victimodogmática" o "perspectiva victimológica" de la dogmática penal, para los casos en los que la propia víctima contribuye a la ocurrencia del hecho delictivo (la idea, recuerda la sentencia, de la "victim precipitation"), colocándose en situaciones que aumentan su vulnerabilidad. Se trata de que la víctima haya prestado con su comportamiento un aporte al hecho, o que su comportamiento pueda ser entendido o

mal entendido por el autor como un consentimiento o una aprobación de su hecho. En tales casos, se entiende, el autor debería quedar exento de pena o al menos ver reducida la medida de su responsabilidad.

Sin dejar la puerta cerrada a la influencia que ello pueda tener en la concreción de las circunstancias del hecho a efectos de imposición de pena conforme a lo establecido en el art. 66 CP o en su caso de responsabilidad civil, la resolución, con base en el art. 29 de la LPRL y los instrumentos legales para conseguir imponer los medios incluso contra la voluntad de los trabajadores, señala que la pasividad es infracción del deber de cuidado.³⁹⁰ Ello, añade, conjura el riesgo de que la alegación de la resistencia de los trabajadores se convierta en un cómodo expediente para no oponerse realmente a la presunta voluntad contraria de los trabajadores y beneficiarse del ahorro de costos que supone la omisión de las medidas de precaución legalmente obligatorias.

Con el análisis de las resoluciones citadas hasta el momento puede constatarse cómo, curiosamente y estando afectado un bien jurídico de tanta importancia, la jurisprudencia abandona su viejo y largamente perpetuado principio sobre la relevancia de la concurrencia de culpas para moderar la reparación del daño o la cuantía de la indemnización y su irrelevancia para degradar la responsabilidad penal.³⁹¹ Cuando los sujetos activos no son delincuentes comunes o conductores de vehículos y sí empresarios, no necesitados por tanto, de reinserción social alguna, la “compensación de culpas” reduce de manera importante o directamente elimina la responsabilidad penal.

Con base probablemente en la lejana STS de 26 de diciembre de 1989 (ponente Díaz Palos), que señalaba que la concurrencia de culpas pasa al ámbito de la causalidad, la gran mayoría de las resoluciones adopta dicho criterio, da alegremente el paso del derecho de daños al derecho sancionador y viene reconociendo como suficiente para degradar la imprudencia del sujeto activo el que exista también culpa por parte del trabajador. Por el contrario, son minoritarias las resoluciones que entienden que no

³⁹⁰ Similarmente, la SAP de Huelva de 28 de abril de 2004 (ponente García García) ya comentada.

³⁹¹ Principio que ya criticaba QUINTANO RIPOLLÉS. *Derecho Penal de la culpa*, p. 321 cuando señalaba que en la pretendida compensación de culpas lo que sí aparece es una pluralidad de conducta imprudente en los sujetos activo y pasivo de la infracción culposa, ante cuyo fenómeno lo procedente no es aferrarse a una terca e indiscriminada negación, en virtud del presunto aforismo de que “en lo penal no cabe la compensación de culpas.”

se trata de un tema de causalidad, sino como vengo sosteniendo de tipo objetivo o de imputación objetiva del resultado (cuatro entre las trece analizadas),³⁹² lo que permitiría situar mejor la cuestión y no llegar a dicha conclusión con carácter general, sino puntualmente y en atención a las circunstancias concretas del caso.

De otra parte, la mayoría de las resoluciones judiciales adopta también la teoría de la incidencia sobre la infracción del deber de cuidado, lo que les lleva a aceptar en el ámbito del delito contra el derecho de los trabajadores a desarrollar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal el denominado “principio de confianza”. Sin embargo, entiendo que este principio, válido para otro tipo de situaciones sociales como pueda ser el tráfico rodado, no lo es para este delito, en el que la realidad social y estadística enseñan que más bien hay que partir del “principio de desconfianza”, como hacen las resoluciones que se podría denominar minoritarias.

D) Conclusiones

A mi entender, la clave de la concurrencia de riesgos en el terreno que nos ocupa hay que situarla en el art. 15.4 de la LPRL, que incluye el deber del empresario de prevenir las distracciones e imprudencias que pudiere cometer el trabajador siempre que las mismas no sean groseras o temerarias. Así, como reconocen los propios *Gómez Pomar y Agrafojo Vázquez*³⁹³ y alguna de las resoluciones antes comentadas,³⁹⁴ el ámbito de la compensación de culpas en el delito contra el derecho de los trabajadores a realizar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal habrá de ser muy reducido, habida cuenta de que, frente a otros sectores en los que es predicable el “principio de confianza”, aquí regiría un “principio de desconfianza.”³⁹⁵

³⁹² A parecida conclusión parece que llegó el TS, puntualmente, cuando señala en S, Sala 2ª, de 19 de octubre de 2000 (ponente Granados Pérez) que el principio de la autopuesta en peligro o de la propia responsabilidad del trabajador es una cuestión que afecta al tipo objetivo del delito, y más concretamente a la imputación objetiva del resultado.

³⁹³ GÓMEZ POMAR y AGRAFOJO VÁZQUEZ. *Culpa de la víctima*, p. 16.

³⁹⁴ Por todas, SAP de Madrid de 27 de septiembre de 2005 (ponente Jorge Barreiro).

³⁹⁵ En términos más suaves, MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA. *La conducta de la víctima*, p. 112 prefiere llamarlo principio de seguridad y GONZÁLEZ SOLER. *Muerte y lesiones*, p. 94, principio de defensa.

En el extremo opuesto, es llamativa la postura de *Queralt Jiménez*,³⁹⁶ quién califica de paternalista la postura interpretativa pro-operario en este tipo de delitos y considera inaplicable en el derecho penal la fórmula de que “el trabajador debe de ser protegido hasta de su propia imprudencia.”

Por mi parte, sin perjuicio de que la prueba de ello deba de recaer sobre quien sostiene la acusación, entiendo que, como señala *Navajas Ramos*,³⁹⁷ deberá constar que el sujeto activo del delito desconocía la conducta del trabajador. O, añadido, que utilizó todos los medios que la legislación pone a su alcance para evitar la citada conducta, inclusive las sanciones y, en los casos permanentes, extremos o reiterados, así como respecto a aquél trabajador que aunque sea una única vez se ponga en peligro deliberadamente, el despido.

Por lo tanto, creo que se está en condiciones de llegar a las siguientes conclusiones:

1. No todos los supuestos de conductas peligrosas del trabajador son de autopuesta en peligro. La autopuesta en peligro requiere por parte del trabajador una asunción consciente y libre del riesgo. Admiten matizaciones los casos de habituación al riesgo, de precariedad laboral y de desobediencia, siempre que esta última no aumente el riesgo permitido.
2. La concurrencia de culpas (o de riesgos, según los distintos autores), debe quedar para el ámbito del derecho de daños.
3. Es innecesario acudir a la causalidad para resolver estos supuestos, tal como hace el Tribunal Supremo. La teoría de la imputación objetiva permite dar solución a estos casos.³⁹⁸

³⁹⁶ QUERALT JIMÉNEZ. *Derecho Penal Parte Especial*, p. 645.

³⁹⁷ NAVAJAS RAMOS. *El sujeto activo*, pp. 338 y 339

³⁹⁸ Coincido en este sentido con CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; LLOBET ANGLÍ, Mariona y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencias de culpas: criterios jurisprudenciales”, en *InDret*, 2005, p. 23. Por el contrario, me parece confusa la conclusión a la que al respecto llega COTILLAS MOYA, Juan Carlos. “La intervención culpable del trabajador en los delitos contra la seguridad en el trabajo”, en *La Ley*, nº 16, Madrid, 2005, pp. 7 y 8 cuando afirma esto junto a la interrupción del nexo causal y asimismo los principios de culpabilidad, intervención mínima y presunción de inocencia (principio este último que es incluso discutible que sea un principio de derecho penal)

4. El principio de confianza, propio de otros ámbitos, queda en éste muy matizado por la imposición de las obligaciones legales al empresario y la necesidad del trabajador de mantener su puesto de trabajo y de obedecer las órdenes empresariales llegando incluso a convertirse en un principio de desconfianza (o, vigilancia, defensa o seguridad, según los autores citados).

5. Los supuestos de desobediencia reiterada que aumenten gravemente el riesgo, así como los supuestos de exposición deliberada o dolosa del trabajador al mismo, deben producir la absolución del empresario u otros autores del delito. Sin embargo, debe hacerse constar que los mismos tienen a su alcance medios suficientes para obligar a los trabajadores a cumplir con su función sin exponerse al riesgo, debiendo los poderes públicos y la interpretación jurisprudencial del delito que nos ocupa fomentar su utilización, que en estos momentos cabe calificar como escasa.

VI. NON BIS IN IDEM

El objetivo de este apartado es analizar de manera detallada y desde el punto de vista constitucional el principio *non bis in idem*.

Dada la insuficiencia de la inspección de la administración para detectar los casos de puesta en peligro no seguidos de resultado, la mayoría de supuestos accederán a la vía penal una vez el delito de resultado lesivo por imprudencia grave haya tenido lugar. En dichos supuestos, la Inspección de Trabajo tiene la obligación de paralizar el expediente sancionador y remitirlo al Ministerio Fiscal (art. 3.2 LISOS), por lo que en teoría debería de resultar difícil incurrir en infracción del principio *non bis in idem*.

En otros supuestos, como los que se comentaban en la introducción del presente trabajo, de iniciación de las primeras diligencias prejudiciales de investigación penal de los delitos de los arts. 316 y 317 CP, los organismos iniciadores de dichas diligencias ya habrán recibido las pertinentes órdenes desde la Fiscalía para evitar la duplicidad de procedimientos y la consecuente posible infracción del principio *non bis in idem*.

No obstante, y aun siendo en teoría escasas las posibilidades prácticas de que se dé el caso, lo cierto es que puede producirse si los anteriores controles no hubiesen funcionado, y la realidad demuestra que estos fallan en no pocas ocasiones. Por este motivo, trataré de dar una respuesta a la cuestión.

VI.1 EL NON BIS IN IDEM. PLANTEAMIENTO GENERAL. TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH), EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (TJCEE) Y POR EL TC

A meros efectos de situar la cuestión, comenzaré citando la definición que del

principio *non bis in idem* realiza *Del Rey Guanter*,³⁹⁹ según quien se trata del principio general del derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos, y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la administración.⁴⁰⁰

Como es sabido, dicho principio no viene regulado de manera expresa en la CE, por lo que es en el ámbito de la UE y de los Convenios Europeos de derechos humanos, civiles y políticos donde primero se debe situar la cuestión.

En el ámbito europeo, dicho principio ha sido objeto de un amplio reconocimiento por la STJCEE de 11 de febrero de 2003, caso *Gözütok*, cuando concluye que el principio *non bis in idem*, consagrado en el art. 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de *Schengen*,⁴⁰¹ se aplica también a procedimientos de extinción de la acción pública, por los que el Ministerio Fiscal de un Estado miembro ordena el archivo, sin que llegue a iniciarse el procedimiento judicial.⁴⁰²

El principio *non bis in idem* venía recogido como principio de derecho comunitario en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de fecha 7 de diciembre de 2000, que debía haber entrado en vigor al constituir la parte segunda (arts. I-9 y II-110) de la nonata CEU. Si bien como es conocido tal texto normativo no entró finalmente en vigor, no hay que olvidar que si se considera el principio como de derecho comunitario, tarde o temprano será legislado, e incluso cabría

³⁹⁹ DEL REY GUANTER, Salvador. *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid, 1990, p. 468.

⁴⁰⁰ Como luego se tendrá oportunidad de ver, tanto al examinar la doctrina penal como la postura del TC, parece que el principio *non bis in idem* tiene también algo que ver con el principio de legalidad y el principio de tipicidad, tanto de las infracciones como de las sanciones.

⁴⁰¹ El art. 54 del Acuerdo de *Schengen* dispone que una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando, o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.

⁴⁰² En este punto sigo a PENÍN ALEGRE, Clara. *La Orden europea de Detención y Entrega: España como Estado de emisión*, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 185 a 264. No obstante, la jurisprudencia del TJCEE al respecto aclara, lo que omite la autora citada, que el archivo tiene que ser por razones de fondo. (STJCEE, Caso *Miraglia*, de 9 de marzo de 2006).

entrar a considerar su aplicación actual.⁴⁰³

Más allá incluso van, a nivel internacional, los arts. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Dichos preceptos protegen al ciudadano no sólo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos, una vez ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado -absolución o sanción-del mismo.

Los preceptos citados no distinguen entre el supuesto de que el procedimiento sancionador inicial sea penal o administrativo, ni entre sentencia condenatoria o absolutoria y terminación anormal del proceso. Es decir, el derecho humano se concentra en no ser juzgado dos veces.

Así, el TEDH señala que para considerar inaplicable la prohibición de incurrir en *bis in idem* no basta con que las infracciones presenten diferencias, o que una de ellas represente sólo un aspecto parcial de la otra (STEDH 23 de octubre de 1995, caso *Gradinger c. Austria*, § 55), pues la cuestión de si se ha violado o no el principio *non bis in idem* protegido en el art. 4 del Protocolo 7 CEDH atañe a las relaciones entre los dos ilícitos aplicados, si bien este artículo no limita su protección al derecho a no ser sancionado en dos ocasiones, sino que la extiende al derecho a no ser perseguido penalmente. (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*, § 29).

De esta manera, cuando diferentes ilícitos basados en un mismo acto son perseguidos de forma consecutiva, uno después de la resolución firme sobre el otro, el Tribunal debe examinar si dichos ilícitos tienen o no los mismos elementos esenciales (STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*, § 25, en igual sentido SSTEDH de 30 de mayo de 2002, caso *W. F. c. Austria*, § 25; y de 6 de junio de 2002, caso *Sallen c. Austria*, § 25). Por ello, el TEDH ha considerado que no se había producido vulneración del art. 4 del Protocolo 7 en el caso *Oliveira c. Suiza* - STEDH de 30 de julio de 1998 - por entender que existía un concurso

⁴⁰³ Al respecto V. el interesantísimo Caso *Pupino*, en el que la STJCEE de 16 de junio de 2005 (ponente Cunha Rodríguez) consideró aplicables directamente los arts. 2, 3 y 8 de la Decisión Marco 2001/220 del Consejo de 15 de marzo sobre situación de la víctima en el Proceso Penal.

ideal de infracciones, y ha inadmitido la demanda en el caso *Ponsetti y Chesnel c. Francia* –Decisión de inadmisión de 14 de septiembre de 1999– al considerar que las infracciones por las que fue sancionado el recurrente en vía administrativa y penal diferían en elementos esenciales.

Por mi parte, no obstante, entiendo que ello debe admitir algún matiz. Se trata de convenios de una organización internacional, el Consejo de Europa, en la que se agrupan muchos Estados con una gran diversidad de ordenamientos y existen efectivamente algunos de ellos en los que la sanción administrativa puede ser incluso privativa de libertad y el procedimiento de imposición muy similar al de un verdadero juicio. Ambas cuestiones no se dan en España, habida cuenta de la interdicción constitucional de la primera y lo lejos que está de ser un verdadero proceso o juicio el procedimiento administrativo sancionador que regulan las leyes de nuestro país.⁴⁰⁴

Asimismo, no puede ignorarse que España todavía no ha ratificado el Protocolo 7 del CEDH, por lo que el art. 4 de dicho Protocolo relativo al *non bis in idem* no es directamente aplicable en España, al no haber pasado a integrar el ordenamiento jurídico español a través del mecanismo del art. 10 CE.

En el ordenamiento interno, el Tribunal Constitucional, después de mantener planteamientos contradictorios sobre la materia, en la última sentencia sobre la cuestión, STC 2/2003 de 16 de enero (ponente Casas Baamonde) ha constituido al *non bis in idem* como un derecho fundamental de los ciudadanos que se puede residenciar en los arts. 24 y 25 de la CE, una opción que entiendo bastante acertada.

Resumidamente, la cuestión que el demandante de amparo planteó al magno tribunal y que dio origen a la sentencia que comentaré fue la siguiente:

El día 14 de abril de 1997, José, quién era reincidente, conducía su vehículo Ford por una carretera de La Coruña a velocidad anormalmente reducida y en zigzag, por lo que fue parado por la Guardia Civil que le observó síntomas evidentes de haber ingerido alcohol y lo sometió a las pruebas de alcoholemia, arrojando un resultado

⁴⁰⁴ En contra NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 4ª ed., 2005, p. 481 cuando señala: “[...] siendo ello cierto, hay revisión jurisdiccional, lo que implicaría una similitud en cuanto a las garantías.”

positivo de 0'81 mgs. de alcohol por litro de aire espirado en las dos pruebas que se le practicaron. A consecuencia de lo anterior, la Guardia Civil de una parte dio traslado del atestado al Juzgado de Instrucción competente, de una parte y de la otra a la Jefatura Provincial de Tráfico. El Juzgado de lo Penal condenó a José a la pena de cinco meses de multa con una cuota diaria de mil pesetas y dos años de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores.⁴⁰⁵ Dicha condena fue ratificada por la Audiencia Provincial. Por su parte, la Jefatura Provincial de Tráfico sancionó administrativamente a José en fecha anterior a la de la primera sentencia penal, con multa de 50.000 ptas. y suspensión de la licencia de conducción por tiempo de dos meses. José recurrió en alzada dicha sanción, y la Dirección General de Tráfico le redujo en un mes la privación de licencia, pero mantuvo la sanción en la errónea creencia de que el proceso penal había terminado con resolución absolutoria por no haberse probado los hechos cuando en realidad aún no se había dictado la primera sentencia. José recurrió a la jurisdicción contencioso-administrativa, desistiendo de la misma en fecha anterior a la primera sentencia penal.

Así las cosas, frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña que zanjaba definitivamente el asunto, José solicitó el amparo del TC.

Lo primero que hace el magno tribunal (en FJ 7º de la STC comentada) es plantearse, como el TEDH dice que debe hacerse, si la infracción administrativa y el delito coinciden en sus elementos esenciales, ya que aquí, por un solo hecho se han sancionado dos ilícitos de manera consecutiva, cuando la sanción por el primero ya era firme (al haber desistido José de su recurso ante la jurisdicción contenciosoadministrativa).

El TC señala que, como ya sostuvo en la STC 161/1997, de 2 de octubre, la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no sólo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas, de modo

⁴⁰⁵ Obtengo el dato de la propia STC. Obsérvese que, o bien el TC ha copiado mal la sentencia, o bien la misma es errónea y debió ser recurrida por el Fiscal por infracción de ley. Si se aplica la agravante de reincidencia la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores no puede ser inferior a 2 años y 6 meses, que tras la absorción o descuento de la sanción administrativa quedaría en dos años y cinco meses y no en dos años.

que se dirige tendencialmente, según el magno tribunal, también a la protección de estos bienes jurídicos.⁴⁰⁶

Sin embargo, entiende que la infracción administrativa tiene carácter formal y se aplica de forma que pudiéramos llamar automática. Basta con acreditar, mediante la prueba de alcoholemia, que la ingestión de alcohol supera la tasa fijada de forma reglamentaria. No obstante, quizá porque la caracterización de la infracción administrativa le parece muy dura, matiza al señalar que ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común -conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas-, añadiendo a continuación que se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos vida e integridad física.⁴⁰⁷ Por tanto, para el TC habría identidad de infracciones en los términos exigidos por el TEDH.

El siguiente paso, evidentemente, era decidirse entre declarar aplicable al ordenamiento jurídico español una norma, el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, que no había sido incorporada formalmente al mismo o tratar de encontrar una salida autóctona a la cuestión. El TC se inclina por esta segunda vía.

Así, con base en la afirmación de las diferencias entre el procedimiento administrativo sancionador español y algunos de sus homónimos europeos, nuestro magno Tribunal acaba sosteniendo que la interdicción constitucional de reabrir un segundo procedimiento sancionador cuando ha habido una resolución sancionadora firme en el primero no se extiende a cualesquiera procedimientos. En concreto, sólo lo es a aquellos en los que por su complejidad, o por la naturaleza y magnitud de la sanción a imponer, quepa afirmar que el sujeto se encuentra en posición tan gravosa

⁴⁰⁶ Al respecto, PÉREZ MANZANO, Mercedes. “El derecho fundamental a no padecer *bis in idem* y las sanciones en protección del medio ambiente” en JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente*. Granada, 2005, p. 84 señala como el TC opta en la famosa sentencia por considerar (de acuerdo con un sector de la doctrina) que el bien jurídico del art. 379 CP es de manera mediata la vida o integridad física de las personas. Es decir, el TC toma partido por la tesis del bien jurídico mediato sostenida entre otros por RODRÍGUEZ RAMOS. *Código Penal de 1995 comentado*, p. 688, frente a aquel sector doctrinal minoritario que considera la seguridad del tráfico como un bien jurídico en sí mismo.

⁴⁰⁷ Por mi parte, no tengo tan claro como el más alto de nuestros tribunales que el delito de peligro abstracto incorpore más riesgo para los bienes jurídicos protegidos que la infracción administrativa. Para la cercanía entre el peligro abstracto y la infracción administrativa, véase *supra* el epígrafe III.6 B) a).

como quién afronta un proceso penal. Es decir: como expone *Pérez Manzano*,⁴⁰⁸ el TC se aparta del TEDH, dado que sólo admite *non bis in idem* en el caso de efectiva imposición de dobles sanciones, no en el caso de doble reproche aflictivo ni de mera declaración de imposición de sanción seguida de abono o anulación de una de ellas.

Por tanto, termina diciendo nuestro más alto tribunal, sólo en el supuesto de que los dos procedimientos sancionadores hayan sido sustanciados con las debidas garantías existirá la garantía frente al doble procedimiento. Ello no se produce hoy día en la mayoría de las sanciones impuestas en el procedimiento sancionador administrativo y el proceso penal,⁴⁰⁹ por lo que deniega el amparo que José solicitaba, si bien parece dar a entender que como el ciudadano no tiene la culpa de que el procedimiento administrativo sancionador no sea el adecuado, debe ver absorbida o compensada la sanción impuesta en vía administrativa en el interior de la sanción penal.

Por tanto, creo que se pueden extraer ya una serie de conclusiones generales sobre el principio *non bis in idem* en el estado actual de la cuestión en el derecho español:

a) Al legislador y sólo a él corresponde en qué rama de las dos en las que se divide el *ius puniendi* (derecho penal o derecho administrativo sancionador), queda integrada una infracción o un ataque a un bien jurídico y por tanto, la sanción que le corresponde. De ello resulta, además, que, si el legislador no cumple adecuadamente con su labor, lo que en España sucede con más frecuencia de la deseable, y tipifica en las dos ramas una conducta, existirán problemas de interpretación y posible producción de *bis in idem*. En definitiva, parece que legislador y ejecutivo, que conforme a lo dispuesto en el art. 53.1 CE vienen vinculados por los derechos fundamentales reconocidos en nuestra carta magna, están obligados a extremar su diligencia tanto a la hora de la tipificación de infracciones y sanciones como en el momento de paralización del procedimiento administrativo sancionador.

b) En cuanto a esta última cautela, si no se cumple con ella, y dado que la sanción

⁴⁰⁸ PÉREZ MANZANO. *El derecho fundamental*, p. 88.

⁴⁰⁹ FJ 10º, STC 2/2003 “la sanción penal se lleva a cabo en el marco de un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el art. 24.2. de la CE [...] mientras que la declaración de responsabilidad administrativa, se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada (respecto a los principios de imparcialidad del órgano sancionador, oralidad, inmediación y publicidad).”

que se impone al ciudadano en el procedimiento penal lo es con todas las garantías, entiendo que debería sin más procederse (bien por el tribunal penal, bien en último extremo por el TC) a anular la sanción administrativa, restituyendo al ciudadano en la forma que sea más adecuada y efectiva su patrimonio o los derechos eventualmente conculcados por la Administración. Ello, en tanto en cuanto el *non bis in idem* es un derecho fundamental del ciudadano. Por tanto, se puede ver como no debe dejarse al albur de la Administración un derecho fundamental como el *non bis in idem*, procediendo a dejar sin efecto de la manera más adecuada en derecho el erróneo actuar de la administración.

c) El ciudadano no tiene por qué cargar con la errónea técnica legislativa de los poderes públicos frente al derecho fundamental que posee, y debe ser restituido en el mismo por los tribunales. No obstante, como la sanción que se ha adoptado con todas las garantías propias de un Estado de derecho es la penal, se deberá proceder a anular la administrativa, sea anterior, simultánea o posterior a la misma.

Dado que en el momento actual de la cuestión los tribunales penales carecen de potestad para llevar a cabo esta anulación, debería legislarse para que así fuere. Habría sido conveniente que el TC lo hubiera puesto de manifiesto en su STC 2/2003 de 16 de enero (ponente Casas Baamonde). Mientras no exista esa norma, el ciudadano deberá ser compensado mediante la absorción de la sanción administrativa en la penal de la forma que le sea más favorable o menos gravosa.

d) Dado que resulta evidente que el procedimiento administrativo sancionador al que se refiere el TC en su sentencia no es el realmente vigente en España, *Pérez Manzano*⁴¹⁰ soluciona en parte la situación diciendo que la STC 2/2003 lo que ha hecho ha sido un planteamiento de futuro para el s. XXI. En todo caso, sería más adecuado dotar de competencia a la jurisdicción penal para imponer en estos casos sanciones administrativas, como sucede en el modelo alemán.⁴¹¹

⁴¹⁰ PÉREZ MANZANO. *El derecho fundamental*, pp. 97 y 98.

⁴¹¹ También DE LEÓN VILLALBA, Francisco. *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio non bis in idem*, Barcelona, 1998, p. 586 cuando afirma que es interesante, aunque falta de tradición en nuestro ordenamiento -que sí la tiene en cambio en Alemania o Italia-, la propuesta de que en los casos de posible concurrencia -que por otra parte serían muchos-, se residencie todo en el juez penal y éste sea el órgano único que pueda decidir si imponer ambas sanciones cumulativamente -¡!- o con carácter excluyente.

Asimismo, la autora citada comenta que la STC 2/2003 entiende que es relevante el orden de actuación de los órganos sancionadores, ya que cuando la administración actúa pese a que debió paralizar el expediente, actúa sin cobertura. Además, desde una perspectiva constitucional no se puede otorgar prioridad al procedimiento sustanciado con menos garantías. Por tanto, y según sigue diciendo *Pérez Manzano*, para el TC el *non bis in idem* se fundamenta con carácter principal en evitar una reacción punitiva desproporcionada.⁴¹²

VI.2 APLICACIÓN DEL MODELO GENERAL AL CASO CONCRETO. ARTS. 316 Y 317 CP Y ARTS. 12 Y 13 DE LA LISOS. TIPOLOGÍA DE LOS POSIBLES CONFLICTOS

Desde el punto de vista legal, es posible que la cuestión quedara prácticamente solucionada si el legislador estatal siguiera el ejemplo del autonómico vasco e incluyera en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común 30/1992 (LRJAPPAC) un precepto como el que éste ha incluido en el art. 4.2 de la Ley de la Potestad Sancionadora del País Vasco (LPSPV) 2/1998 cuando señala que:

“En la configuración de los regímenes sancionadores se evitará la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento que delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o que infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.”⁴¹³

⁴¹² V. con posterioridad STS, Sala 2ª, de 23 de diciembre de 2003 (ponente Bacigalupo Zapater), así como en el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, Juan José. “*Ne bis in idem*: significados constitucionales” en COBO DEL ROSAL (ED.). *Política criminal y reforma penal: Homenaje a la memoria del Profesor Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993, pp. 885 a 903 y HUERTA TOCILDO, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional (REDCO)*, nº 39, Madrid, 1993, pp. 89 a 101. En mi opinión, el magno tribunal tiene muy en cuenta, además de ello, las garantías de los ciudadanos a que el estado no tenga un poder sancionador ilimitado y también la tradicional prevalencia de la jurisdicción penal.

⁴¹³ Siendo asimismo convincente en la doctrina administrativo-sancionadora desde el punto de vista que pretendo seguir en mi exposición MUÑOZ QUIROGA, Antonio. “El principio de *non bis in idem*”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, nº 45, 1985, p.133, para quién la solución frontal requeriría las reformas legislativas necesarias para reconducir la potestad sancionadora de la administración a los supuestos estrictamente exigidos para el cumplimiento de sus fines, completada con una reforma del CP eliminando del mismo los ilícitos propios de las ordenanzas municipales.

No obstante, lo cierto es que si se comienza por observar las disposiciones legales existentes en el derecho administrativo común y en el derecho administrativo sancionador laboral, que es el que afecta a lo que aquí se estudia de manera más directa, ambas distan mucho de obedecer al modelo que cito. Como señala *Nieto García*,⁴¹⁴ más bien nos hallamos ante una situación de falta de norma que obliga, como también pondré de manifiesto, a que la cuestión tenga que ser necesariamente resuelta, con mejor o peor suerte, por la jurisprudencia constitucional y ordinaria y por la doctrina.

Así, en la regulación del *non bis in idem* en la LRJAPPAC, se puede encontrar el siguiente precepto:

“Artículo 133. Concurrencia de sanciones

- 1.- No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.
2. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien.”

Este primer precepto al que hago referencia es calificado por *Nieto García* de contundente pero rudimentario, al pasar por alto todos los aspectos conflictivos.⁴¹⁵ Amén de que, como se ha podido apreciar, se queda corto en comparación con la legislación del Consejo de Europa, al hablar solamente de hechos sancionados, en cuanto según dicha normativa, el *non bis in idem* incluiría la prohibición del doble proceso o doble reproche aflictivo.

Si nos fijamos por su parte en la legislación administrativo-sancionadora laboral (LISOS), ésta contiene un precepto de carácter general en su art. 3:

⁴¹⁴ NIETO GARCÍA. *Derecho administrativo sancionador*, p. 471.

⁴¹⁵ NIETO GARCÍA *supra*, p. 485.

“1. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.

2. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.

3. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.

4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal.”

Como puede observarse, el apartado primero es igual que el art. 133.1 de la LRJAPPAC al que ya he hecho referencia, mientras que el apartado segundo remite a lo que al principio del epígrafe me refería como norma de evitación (teórica) del *bis in idem*.

Quizá tenga algo más de importancia el apartado tercero, dado que viene a consagrar legislativamente la que viene siendo la posición mayoritaria de la doctrina durante los últimos cincuenta años respecto a qué debe ocurrir cuando la sentencia penal es absolutoria frente a una posible sanción administrativa:

a) Si el juez penal declara la inexistencia de los hechos, la Administración no puede sancionar por ellos.

b) Si ha declarado la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tener los hechos probados penalmente en cuenta en su actuación.

c) Si el juez se limita a constatar que los hechos no han sido probados, la Administración puede intentar realizar esa prueba en su expediente sancionador.⁴¹⁶

En cuanto al cuarto apartado del artículo analizado, no hay nada que objetar, si bien quizás merezca la pena recordar que en dicho caso ya hay delito en los términos y condiciones en los que me he expresado *supra*, con lo cual éste no desaparece con la paralización de las actividades.

El siguiente paso en el análisis debe ser la comparación específica del delito objeto de mi trabajo y las infracciones administrativas contenidas en los arts. 12 a 14 de la LISOS, es decir, establecer de manera concreta y en la materia que me ocupa en qué supuesto o supuestos el legislador ha incumplido su obligación de legislar correctamente para evitar la violación del derecho fundamental de los ciudadanos a no sufrir *bis in idem*.

Recuérdese el tenor literal del artículo 316 del CP:

“Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.”

⁴¹⁶ DE LEÓN VILLALBA. *Acumulación*, pp. 560 y 561, se aparta de la doctrina administrativista mayoritaria cuando, comentando la posible sentencia penal absolutoria, dice que producen el mismo efecto para la Administración tanto la inexistencia de los hechos que fueron objeto de calificación, como la falta de participación del acusado, como la carencia de prueba de cargo. No estoy de acuerdo en el último extremo, que como se ha visto no impediría la prueba por sus medios por parte de la administración.

Por su parte el art. 12 de la LISOS señala que son infracciones graves:

“[...] 9. La superación de los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, origine riesgo de daños graves para la seguridad y salud de los trabajadores, sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.

[...] 16. Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de:

[...] b) Diseño, elección, instalación, disposición, utilización y mantenimiento de los lugares de trabajo, herramientas, maquinaria y equipos.

c) Prohibiciones o limitaciones respecto de operaciones, procesos y uso de agentes físicos, químicos y biológicos en los lugares de trabajo.

[...] f) Medidas de protección colectiva o individual.

g) Señalización de seguridad y etiquetado y envasado de sustancias peligrosas, en cuanto éstas se manipulen o empleen en el proceso productivo.

[...] 23. En el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción:

a) Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo.

b) Incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.

24. En el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, el incumplimiento de las siguientes obligaciones correspondientes al promotor:

a) No designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo.

b) Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, el estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra.

[...] e) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra.”

La anterior enumeración sólo recoge aquellos apartados reguladores de infracciones del orden social en el terreno que me ocupa, que en principio demuestran el error patente del ejecutivo-normador a la hora de su regulación, por entrar de lleno en el terreno del delito. He dejado al margen aquéllos que no coinciden o que mediante una sencilla interpretación permiten la doble incriminación sin incurrir en *bis in idem*.

A continuación comentaré cada uno de estos supuestos, para después y con ayuda de la jurisprudencia y de la doctrina tratar de ofrecer alguna solución para el problema (si ello es posible) y plantear por otro lado una tipología de los momentos en los que el *bis in idem* puede producirse en la praxis.

Así, en primer lugar, si se analiza el art. 12.9 de la LISOS (y se le da una redacción sintácticamente similar a la del art. 316 CP), resulta que en el mismo se está tipificando como infracción administrativa en el año 2000 (cuando recuérdese que el tipo penal es de 1995) la conducta de “el que exponga con infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales a sus trabajadores a agentes nocivos y así les cause un grave riesgo a su salud [...]”

Obviamente, la coincidencia es casi total y no parece fácil que ambos preceptos puedan ser de aplicación simultánea sin incurrir en violación del principio estudiado.

Si se analiza el párrafo 22 del art. 12 de la LISOS, lo que en las letras seleccionadas se tipifica no es más que un relleno del elemento “medios” del tipo penal, es decir, una descripción de posibilidades o conductas empresariales o de sus delegados que son susceptibles de ser tenidas en cuenta como medios.

Probablemente, en el presente caso se esconde lo que *Nieto García*⁴¹⁷ llama la tendencia constante de la administración a no dejar nunca vacíos o lagunas de impunidad, es decir, si el intérprete penal, dado que el término típico “medios” no forma parte de la norma penal en blanco, decide que dichas conductas son atípicas, ahí está la Administración para evitar que alguien quede del todo impune. Ello siempre hablando en el plano teórico, porque en el práctico es posible, como veremos, que se aplique antes la infracción administrativa.

Por último, en cuanto al apartado 24, aunque el mismo es objeto de amplio análisis en la sección del trabajo dedicado a las obras en construcción, adelanto aquí que entiendo que las conductas que vienen tipificadas como infracciones administrativas en dicho apartado son claramente delictivas y punibles a través de los arts. 316, 317 y 318 CP.

Por su parte, el art. 13 LISOS señala que son infracciones muy graves:

“[...] 3. No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la

⁴¹⁷ NIETO GARCÍA. *Derecho administrativo sancionador*, p. 271.

seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización.

4. La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquellos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.

[...] 6. Superar los límites de exposición a los agentes nocivos que, conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, originen riesgos de daños para la salud de los trabajadores sin adoptar las medidas preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes.

[...] 10. No adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.”

Respecto al párrafo 3 del art. 13 LISOS, y con independencia de la corrección formal de tipificar administrativamente la desobediencia a una autoridad administrativa (la Inspección de Trabajo), lo cierto es que vengo manifestándome a lo largo de las presentes líneas en el sentido de la inutilidad y redundancia del precepto, por otra parte largamente analizado por la doctrina. Si se llevan a cabo trabajos sin prevención de riesgos laborales que ponen en peligro grave la vida o la integridad física de los trabajadores, hay delito del art. 316 CP y, por tanto, la obligación de la Inspección de Trabajo es dar traslado inmediato al Ministerio Fiscal conforme a lo establecido en el art. 3.2 LISOS antes citado. Dejaré para más adelante las posibles consecuencias del incumplimiento de dicha obligación.

El art. 13.4 LISOS tipifica, de nuevo de manera plenamente coincidente con el tipo penal, lo siguiente:

“El empresario o delegado de éste que encomiende a trabajadores sin capacitación profesional, o con características personales o psicofísicas puestos de trabajo, poniendo de esta manera en grave riesgo su integridad física o su vida [...]”

De nuevo puede apreciarse la incompatibilidad con el tipo penal y la errónea manera de legislar del poder legislativo.

Por su parte, el párrafo 6 es igual al art. 12.9 LISOS antes comentado, añadiendo solamente la inminencia del daño, lo que obviamente nada resta a su casi total coincidencia con el tipo de peligro del 316 CP y por lo tanto, provoca la absoluta imposibilidad de interpretación alguna para evitar incurrir en *bis in idem* caso de aplicarse.

Por último, y con la obsesión que antes se comentaba con cita de *Nieto García*, sobre la evitación de lagunas de impunidad, el art. 13.10 LISOS sería una cláusula de cierre. En este sentido, colisionaría con toda la legislación penal que se viene estudiando y parece que la única forma posible de interpretación pasaría por prescindir, directamente, de su existencia.

VI.3 LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

En este momento ya se ha visto, de un lado, que el *non bis in idem* es un derecho fundamental del ciudadano frente al legislador, administración general y administración de justicia que tiene mayor o menor extensión dependiendo de la interpretación que del mismo realicen el TC, el TJCEE o el TEDH. Por otro lado, en el apartado anterior he fijado qué posibles colisiones, en apariencia difícilmente resolubles, se van a dar en materia de prevención de riesgos laborales.

A) La actuación de la Inspección de Trabajo

Con carácter previo al examen de doctrina y jurisprudencia sobre los casos prácticos de *non bis in idem* que se le pueden presentar al aplicador del derecho y de expresar

mi postura al respecto, por su importancia en cuanto a la solución y también a la causación de la infracción del citado principio se hace necesario analizar el papel de la Inspección de Trabajo al hilo de la obligación impuesta por el art. 3.2 de la LISOS. Parece que nos encontramos ante dos supuestos distintos.

De un lado, aquel único supuesto admisible en el que la Inspección de Trabajo no pasa el tanto de culpa al Ministerio Fiscal por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales sin resultado lesivo porque, efectuando una labor interpretativa, no considera que existan indicios racionales de delito, pese a lo cual el caso llega ante los tribunales por la vía policial, sindical o a instancia de parte y cabiendo la posibilidad de que se solapen las sanciones con infracción por tanto del principio *non bis in idem*.

De otro lado, en los demás supuestos, en los que la Inspección de Trabajo, en ningún caso puede llevar a cabo dicha labor interpretativa y necesariamente debe paralizar la marcha del expediente hasta el final de la actuación procesal penal.

Analizaré la actuación de la Inspección de Trabajo a través de la interesante STS, Sala 3ª, de 22 de noviembre de 2004 (ponente Baena del Alcázar).

Así, en cuanto a los hechos, la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana el día 14 de octubre de 2002 impuso a la empresa Eléctricas Llop, S.L. una sanción por importe de 1.502,04 euros por incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales que había causado riesgo para la salud e integridad física de un trabajador, pues un operario de la empresa, que estaba subido a una escalera a una altura superior a 4.5 metros, pasando unos cables por un falso techo, al atascarse éstos realizó un movimiento brusco tirando de ellos. Como consecuencia de haber realizado el movimiento cayó al suelo, produciéndose diversas fracturas que dieron lugar al pronóstico de grave al ser atendido en urgencias médicas.

El día 4 de noviembre de 2003 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de los de Valencia dictó sentencia por la que se estimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto por la empresa contra la resolución administrativa relativa a la imposición de sanción por infracción en materia de seguridad laboral. Por la Generalitat de Valencia se interpuso contra dicha sentencia recurso de casación en

interés de Ley.

El trabajador presentó denuncia ante la jurisdicción penal el día 25 de febrero de 2003, en la que se reflejan los mismos hechos y se afirma que la empresa no había facilitado los medios y medidas de seguridad.

La juez de lo contencioso del Juzgado nº 5 aprecia que los hechos, además de ser susceptibles de sanción administrativa, son también subsumibles en el supuesto del ilícito previsto en el art. 316 del CP.

Tras un estudio de la doctrina jurisprudencial del TS, se afirma en la sentencia de dicha juez que la aplicación del principio *non bis in idem* no da lugar sólo a que un procedimiento administrativo deba paralizarse si se ha iniciado un proceso penal (pues entonces la eficacia del principio se haría depender de un elemento anecdótico, según cuál se haya iniciado primero),⁴¹⁸ sino también a que, existiendo identidad de hechos y pudiendo dar lugar estos a un ilícito penal, la conducta de la autoridad administrativa deba ser la de pasar tanto de culpa a la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal. La juez lleva a cabo este razonamiento basándolo en el mandato que se contiene en el art. 3.2 de la LISOS que venimos comentando.

No habiéndose dado cumplimiento por la Administración a este precepto, se entiende por la juez que el acto administrativo por el que se impuso la sanción es nulo de pleno derecho, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 62.1 apartado a) de la LRJAPPAC.

La Comunidad Autónoma expone, como circunstancias relevantes respecto al caso, que la denuncia penal se formuló en fecha posterior a la sanción administrativa. Expone igualmente que el Inspector de Trabajo no apreció ningún indicio de conducta delictiva del empresario con ocasión del accidente laboral producido. A la vista de ello, la Comunidad Autónoma considera gravemente dañosa para el interés general la sentencia recurrida y solicita que se fije doctrina legal en el sentido siguiente:

“Para apreciar la existencia de vulneración del principio *non bis in idem* cuando no

⁴¹⁸ No veo por qué. Basta con una correcta interpretación de si se ha iniciado o se inicia con posterioridad, es decir, de que sea de previsible iniciación.

ha recaído todavía resolución judicial en el ámbito penal se hace preciso que la posible relación de prejudicialidad penal se evidencie de lo contenido en las propias actuaciones administrativas y que esta relación de prejudicialidad tenga una especial intensidad, de modo que de ser ciertos los hechos de la resolución administrativa sancionadora se haya producido necesariamente la comisión de un delito.”

La Sala (STS, Sala 3ª, de 22 de noviembre de 2004 - ponente Baena del Alcázar), da la razón, con base en el informe del Ministerio Fiscal, a la juez de lo contencioso administrativo, al entender que la doctrina que ésta fija no es gravemente dañosa para el interés general, pero añade que ello no significa que comparta el criterio del Juzgado de lo Contencioso Administrativo. Señala que no basta que los hechos acaecidos puedan dar lugar a una hipotética y eventual calificación de la conducta de los sujetos como subsumible en un tipo penal, sino que también es necesario que se evidencien al menos algunas circunstancias que así lo avalen, aunque no sea con especial intensidad, y ello cuando no exista abierto un procedimiento penal por los mismos hechos en el momento de imponerse la sanción, pues en tal caso sería obligado paralizar la tramitación del procedimiento administrativo.

Entiendo que, frente al impecable razonamiento de la Juez de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Valencia, este último párrafo de la STS que cito es bastante reprochable, en cuanto que a la Sala 3ª del TS no le parece algo anecdótico el momento en el que se haya iniciado el proceso penal, sino que entiende que debe haber proceso penal en marcha para que deba paralizarse el administrativo. Asimismo, también le da exactamente lo mismo que la Administración cumpla o no con las obligaciones que tiene impuestas legalmente en protección de los trabajadores dando traslado del tanto de culpa al Fiscal. Además, aunque sin duda pudo hacerlo, no se le ocurrió tampoco solicitar el informe del Inspector de Trabajo. Y es que, si como afirma la empresa responsable del siniestro se le habían facilitado al trabajador medidas de protección, formación e información y estaba haciendo uso de las mismas, es altamente improbable que el trabajador se hubiera caído y sufrido tan graves lesiones. Luego probablemente nadie vigilaba que el trabajador usara los medios y por eso resultó lesionado, lo que, desde mi punto de vista, encaja en la interpretación típica del art. 316 CP,⁴¹⁹ sin necesidad de que tenga que haber ulterior circunstancia alguna que así lo evidencie, por utilizar las propias palabras de la

⁴¹⁹ Coincido en este sentido con AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 433 a 435 quién afirma como la falta de vigilancia de los medios no excluye la imputación objetiva.

sentencia que comento.

Pero es que, por si lo anterior fuera poco, en sus propios antecedentes de hecho la sentencia dice que la infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de la empresa generó riesgo para la vida, salud e integridad física del trabajador, luego sólo quedaría determinar si el riesgo fue o no grave, lo que, dado la complejidad que tal como se ha visto reviste dicha operación,⁴²⁰ será llevado a cabo con mayor rigor por un órgano de la Jurisdicción Penal, debiendo ser suficiente para que la Administración cumpla con su obligación con que pase el tanto de culpa al Ministerio Público sin necesidad de entrar a calificar la conducta.

En resumen, lo que sostiene el Tribunal Supremo es que si ha comenzado el proceso penal rige la regla del art. 3.2 de la LISOS, que no rige en caso contrario. Asimismo, consagra la facultad plena de la Inspección de Trabajo para decidir, siempre que no exista proceso penal, cuando puede pasar el tanto de culpa al Ministerio Público.

Por mi parte, por el contrario, la propuesta es otra: sólo en el caso de infracción de medidas sin resultado lesivo tiene margen el Inspector de Trabajo para realizar una tarea interpretativa que le permita no cumplir con lo previsto en el art. 3.2 de la LISOS. En los demás casos su obligación es ineludible.

Pese a la necesaria ponderación en cada caso concreto, así como partiendo de la base de la ingente labor que realizan a pesar de su falta de medios materiales y humanos,⁴²¹ habrá que deducir testimonio contra los Inspectores de Trabajo por omisión del deber de funcionario de perseguir delitos (art. 408 CP), y en su caso por cohecho (art. 419 CP), si se lograre demostrar algún interés lucrativo en su conducta.

Por tanto, en un supuesto como el de la STS, Sala 3ª, de 22 de noviembre de 2004 (ponente Baena del Alcázar), los inspectores hubieran cometido al menos el primero

⁴²⁰ V. *supra* en el epígrafe III.4 A) el análisis de las tres teorías posibles para la determinación de riesgo grave.

⁴²¹ Además de legislar de manera incorrecta, el legislador falla al no dotar presupuestariamente a la Inspección de Trabajo, pues, como señala SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón. “Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales”, en SÁEZ VALCÁRCEL (dir.). *Siniestralidad laboral y Derecho Penal*, CDJ (nº XV) 2005, p. 104: “Parece básico intensificar la actividad de inspección [...] Las cifras de siniestralidad y los relatos de hechos de las sentencias muestran que una visita por parte de personal especializado [...], permitiría detectar inmediatamente fuentes de riesgo intolerables y mediante la paralización de la actividad se alcanzaría de manera pronta el objetivo propuesto.”

de dichos delitos. Por ello, una vez que el Juzgado de Instrucción recibe la denuncia del trabajador y oficia al organismo autonómico o estatal competente que le informa de la sanción, dicho acto administrativo sancionador sería nulo conforme a la LRJAPPAC al ser el procedimiento de adopción y dictado del mismo constitutivo de delito, acabando así de plano cualquier posibilidad de duplicidad sancionadora.

Para aquellos supuestos en los que la sanción se impone una vez iniciado el proceso penal, la solución anterior serviría siempre que se trate de supuestos con resultado lesivo. En caso contrario, como ya se ha expuesto, entiendo que el órgano sentenciador es el legitimado para la resolución del conflicto, cumpliendo el Juez Instructor y el representante del Ministerio Fiscal con hacer constar con detalle (en los hechos del auto de procedimiento abreviado y en los hechos del escrito de calificación provisional, respectivamente) la sanción administrativa recaída y el grado de ejecución de la misma.

Para aquellos supuestos en los que la sanción se impone una vez abierta la fase de juicio oral, hay que plantearse la cuestión de en qué momento debe alegarse y qué herramientas tiene el Juez para evitar la violación del principio *non bis in idem*.

Si se trata del supuesto inicial con resultado lesivo, pese al cual la Inspección de Trabajo sanciona sin paralizar el expediente, entiendo que debería deducirse testimonio contra los Inspectores de Trabajo actuantes en el caso concreto y, de otra parte, proceder a la absolución del acusado por el delito de peligro, en cuanto no puede ser sancionado dos veces en aplicación de todo lo dicho hasta ahora, subsistiendo en cambio el delito imprudente de resultado lesivo.

Si el supuesto no tiene resultado lesivo, como se ha dicho cabe la posibilidad interpretativa de la Inspección de Trabajo, por lo que el Fiscal deberá hacer constar con detalle la sanción administrativa y el grado de ejecución de la misma al elevar sus conclusiones a definitivas. Ello, sin que, al contrario de lo visto en el párrafo anterior comporte automáticamente la absolución del acusado, debiendo demostrar su defensa que concurre la triple identidad que provoca la infracción del principio *non bis in idem*.

En cuanto al momento de alegarlo, parece que, si ya se ha cerrado la instrucción, el momento oportuno es el de cuestiones previas en el procedimiento abreviado y, de

acuerdo con la STS, Sala 2ª, de 22 de mayo de 2008 (ponente Giménez García), en el sumario ordinario debería ser el de los artículos de previo pronunciamiento, previstos en el art. 666 de la LECrim., que como se sabe son de tramitación previa al juicio. Sin embargo, entiendo que el carácter de derecho fundamental del principio *non bis in idem* debe modular dicha afirmación en el sentido de que, sin que quepa en ningún caso amparar interpretaciones o actuaciones de mala fe de particulares o sus letrados que ocultan la sanción administrativa conociéndola, pueda alegarse en el momento en que la misma se conozca.⁴²² No obstante, la antes citada sentencia matiza en el sentido de que, si se va a poner fin al proceso sin llegar a celebrar el juicio oral, nada impide, aunque no esté previsto, que se plantee la cuestión al inicio de las sesiones de juicio oral, habida cuenta que en las mismas pueden ejercer sus derechos fundamentales todas las partes y permitiría si fuere procedente también al tribunal, resolver en sentencia. Y es que, como sostengo, parece que el TS se orienta asimismo por una interpretación que da la máxima amplitud a los derechos fundamentales.

Por último debe señalarse que para el supuesto de que la triple identidad no sea completa y por existir prueba de cargo suficiente se proceda a la condena del acusado por el delito de peligro, la solución menos mala es la de la STS de 22 de diciembre de 2003, (ponente Bacigalupo Zapater) cuando señala: “[...] Es decir, la nueva doctrina del TC lo que hace es hacer bascular el fundamento del *non bis in idem* desde el principio de legalidad a los principios de culpabilidad y proporcionalidad. En otras palabras, lo que se viene a prohibir a partir de dicha resolución no es la doble sanción, sino el hecho de que dos sanciones por una sola actuación es algo desproporcionado y que no permite, además, al sujeto conocer las consecuencias jurídicas de su actuar desde un principio. Todo ello, claro es, cuando los intereses jurídicos que se protejan con una y otra sanción sean los mismos. Parece que el TC se inclina por dar carta de naturaleza a la doctrina dominante en el derecho comparado que viene a afirmar que entre los delitos, las faltas y las infracciones administrativas no existe otra diferencia que la de la consecuencia externa de las mismas que es en todo caso una decisión que debe adoptar el legislador, por lo que debe entenderse no violado el principio que examinamos si se

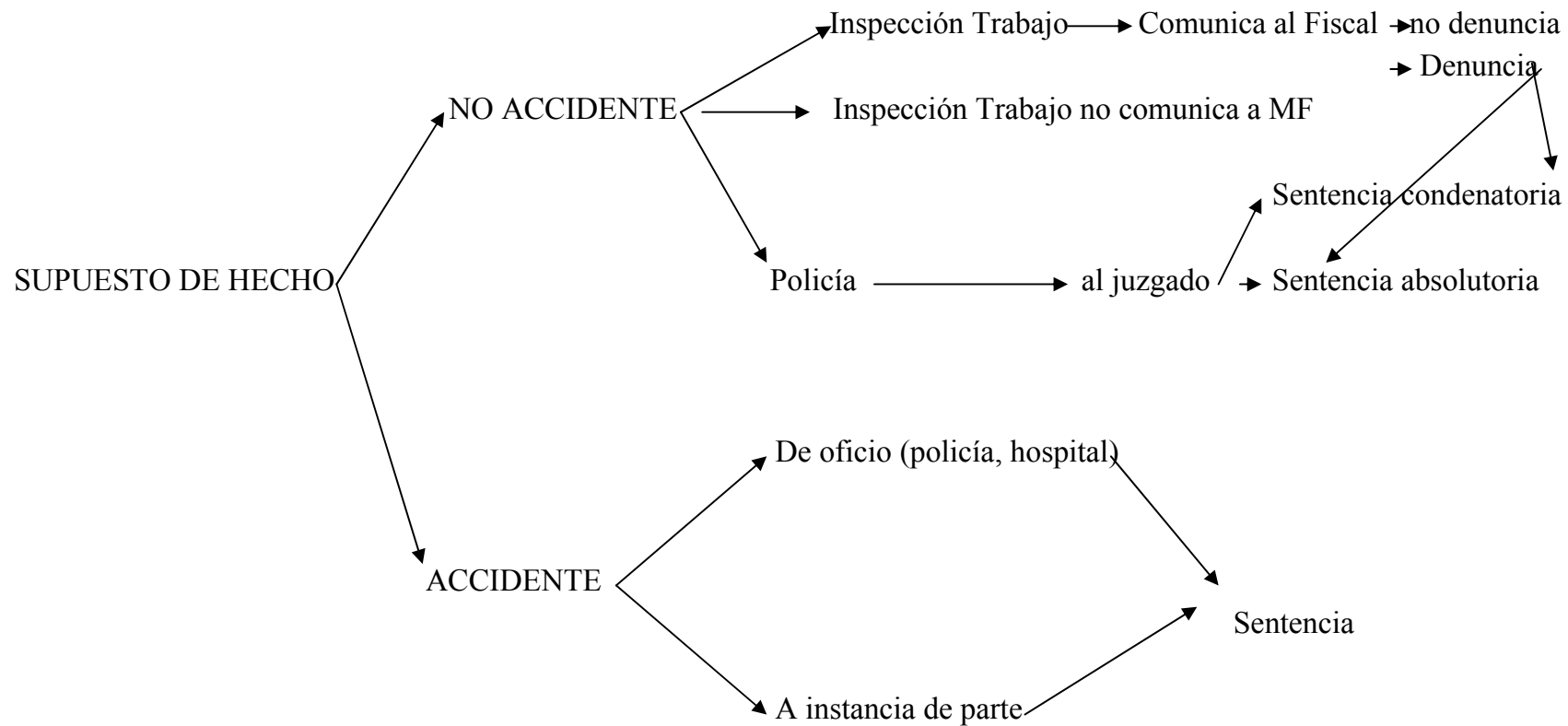
⁴²² Esta cuestión no se plantearía de facto si se invirtiere lo que se debe en la Administración de Justicia y ésta estuviera conectada *on-line* con el resto de administraciones (en este caso la Inspección de Trabajo), lo que permitiría al Ministerio Fiscal conocer las sanciones administrativas antes de acudir a juicio oral.

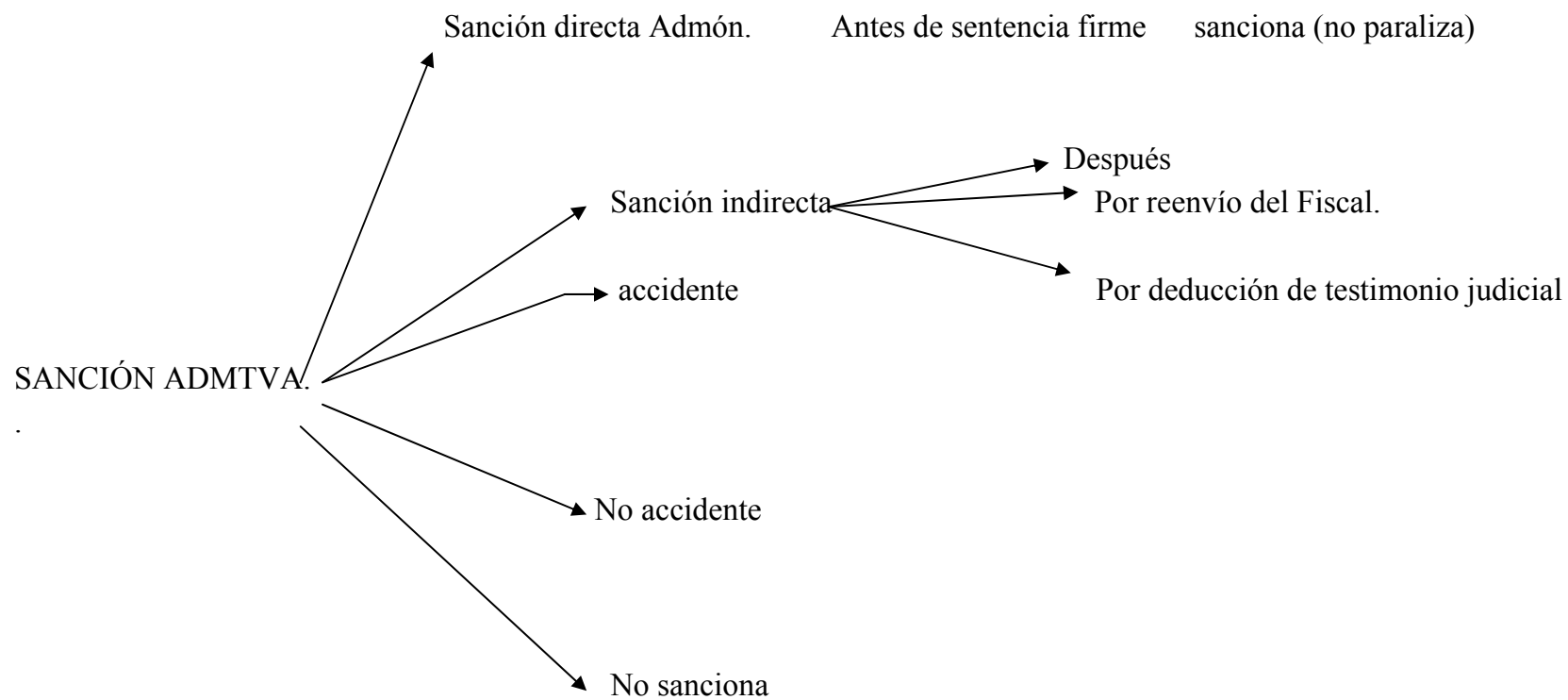
tiene en cuenta a la hora de fijar la pena que ya se ha satisfecho una sanción y se procede a descontar la misma en su ejecución [...]"

Es decir, que estos casos procede el descuento de la pena de multa o incluso, si es posible, interpretación amplia y favorable del art. 88 CP en lo que hace referencia a la sustitución de pena.

B) Casos prácticos para el aplicador del derecho

Llega ahora el momento, pues, de establecer qué casos prácticos se le van a presentar al aplicador del derecho y con qué instrumentos legislativos, jurisprudenciales y doctrinales cuenta para su resolución, añadiendo al final nuestra aportación personal. Para ello realizaré un par de cuadros explicativos.





Como se puede ver en los cuadros sobre los supuestos de hecho y las sanciones de la Administración presentados en las dos páginas anteriores, al aplicador del derecho se le pueden plantear básicamente las siguientes cuestiones:

1. Durante la instrucción de la causa, y por tanto antes de que exista sentencia firme, la Administración impone una sanción que deviene firme, bien por falta de recurso a la jurisdicción contencioso-administrativa, bien porque, caso improbable, ésta resuelve antes que la penal.
2. Igual supuesto que en el apartado anterior, pero el aplicador del derecho no tiene conocimiento hasta el acto de juicio oral. En este segundo caso, cabe la posibilidad, como se verá, de que el proceso penal siga adelante y recaiga condena o de que siga adelante y termine con una sentencia absolutoria.
3. En esta tercera posibilidad, el aplicador del derecho es un técnico jurista de la administración que se encuentra con un expediente por infracción a la normativa administrativa de prevención de riesgos laborales, bien pendiente ya sentencia condenatoria, bien con el proceso finalizado por sentencia absolutoria o por alguna de las modalidades de sobreseimiento previstas en los arts. 637 y 641 de la LECrim.

a) La posición doctrinal frente a los casos prácticos

La doctrina realiza algunas propuestas de interés, pero que permiten afirmar que desde la doctrina administrativo-sancionadora o la doctrina penal no se tiene todavía una solución que pueda calificarse de definitiva si se habla de la concurrencia de sanciones y/o infracciones penales y administrativas.

Así, en la doctrina administrativo-sancionadora, *Nieto García*,⁴²³ partiendo de la base de la no positivización del principio *non bis in idem*, plantea un modelo de *lege ferenda* de resolución que estructura en una serie de círculos:

Primer círculo: efecto negativo de la primera resolución respecto a pronunciamientos posteriores. Ha de ser una resolución sobre el fondo y no se puede tratar de una que aprecie excepciones formales (incompetencia o prescripción) o que no juzga el hecho por no considerarlo probado.

⁴²³ NIETO GARCÍA. *Derecho administrativo sancionador*, p. 471.

No puedo mostrarme de acuerdo con esta opinión. De una parte, la prescripción es una cuestión de fondo y, de otra, su propuesta resulta válida si la primera resolución es penal, en ningún caso si es administrativa. Y ello porque, prescindiendo de la utópica construcción de *Nieto García*,⁴²⁴ que considera a la Administración como gestora de los intereses públicos, lo cierto es que hoy día esta interpretación equivaldría a dejar la posibilidad o no de la finalización con pena del procedimiento penal en manos del poder ejecutivo, que tendría así en sus manos la garantía de la impunidad de quien tuviere por conveniente, a través de la imposición de previa sanción administrativa, lo que sería sin duda un duro golpe para el Estado de Derecho.

O, si se prefiere, en palabras de *De León Villalba*,⁴²⁵ una consideración estrictamente cronológica sobre las relaciones entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso penal, con la consecuente libertad del primero en cuanto no se haya incoado el segundo, haría depender la eficacia del principio *non bis in idem* de un elemento accesorio, y no de la relación sustancial de los valores en contraste, que imponen la primacía del enjuiciamiento penal, esté o no en curso el correspondiente proceso, mientras se tramita el expediente administrativo sancionador.

Segundo círculo: efecto positivo de la primera resolución. Si se produce la segunda resolución, ésta debe tener en cuenta los pronunciamientos de la primera, sean o no sancionatorios. Reiteramos en este punto la crítica efectuada a la primera propuesta, sin ser necesario ahondar más.

Tercer círculo: tratamiento procesal. El ordenamiento jurídico tiene medidas para conseguir que la primera resolución sea conocida por el segundo órgano. Como puede observarse, es un círculo muy optimista.

Cuarto círculo: en derecho administrativo sancionador el *non bis in idem* opera tanto si la primera resolución es una sentencia penal como si es otra sanción administrativa (no sé si implícitamente ello quiere o no decir que los otros tres círculos son sólo para derecho administrativo sancionador).

⁴²⁴ En el mismo sentido CAPITÁN PÉREZ. “La actuación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales”, en SÁEZ VALCÁRCEL (dir.). *Siniestralidad laboral y Derecho Penal*, p. 324 que señala que, obviar el reproche administrativo supone quebrar la última y endeble línea de resistencia de un ordenamiento jurídico destinado, al menos parcialmente, a la salvaguarda de intereses generales cuya desprotección conlleva el deterioro social.

⁴²⁵ DE LEÓN VILLALBA. *Acumulación*, pp. 546 y 547.

Quinto círculo: el *non bis in idem* opera no sólo respecto a dos resoluciones separadas cronológicamente, sino también dentro de un mismo expediente y una misma resolución. Se trata de un expediente todavía inédito en derecho administrativo sancionador.

Por su parte, en el derecho penal también se ha manifestado la doctrina, quizá en este caso con peor suerte que en el derecho administrativo sancionador. Habida cuenta de la privilegiada situación de nuestro derecho en el ordenamiento jurídico, muchos autores afirman la prevalencia del derecho penal sin que consideren necesario argumentar el porqué.

No obstante, cabría citar a dos autoras, *Pérez Manzano* y *Aguado López*, que podría afirmarse se sitúan en los extremos y a un tercero, *De León Villalba*, que sostiene una postura diferente y en cierto modo intermedia a ambas.

Pérez Manzano, como hacía la doctrina administrativo-sancionadora propone algunas soluciones admonitivas, no exentas de crítica al legislador y al ejecutivo. Así, empieza afirmando que⁴²⁶ “[...] entre las causas de la difícil situación del *non bis in idem* hay que situar la expansión del derecho penal, que lo es también del derecho administrativo sancionador, situando junto a la misma el uso de una técnica legislativa poco adecuada y de una política legislativa tan sólo preocupada de no dejar lagunas de punición y carente de criterios claros de delimitación.” Continúa diciendo: “[...] con independencia de que la mayoría de situaciones de *non bis in idem* pueden ser resueltas con una correcta técnica legislativa y con el establecimiento de unas normas concursales [entre derecho penal y derecho administrativo-sancionador *scil.*] a semejanza de [lo dispuesto para el derecho penal en el *scil.*] CP, lo cierto es que el *non bis in idem* constituye una injerencia ilegítima del poder público en el derecho fundamental.” Es decir, para esta autora, existe un derecho fundamental del ciudadano a no padecer *non bis in idem*.

Por contra, en el otro extremo se sitúa *Aguado López*,⁴²⁷ para quién la concurrencia de delito e infracción administrativa no es más que una cuestión concursal, realizando la afirmación de que las normas generales sobre los concursos no son sólo válidas entre preceptos penales, sino también cuando concurren varios preceptos penales y administrativos.

⁴²⁶ PÉREZ MANZANO. *El derecho fundamental*, p. 73.

⁴²⁷ AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, pp. 475 y 476.

Por su parte, para *De León Villalba*⁴²⁸ los ataques a los bienes jurídicos más relevantes quedarán bajo la esfera de protección del derecho penal, mientras que por debajo habrá una franja cuyo ámbito de protección variará en función del momento histórico,⁴²⁹ afirmando a continuación que es una situación que plantea la necesidad de delimitar las garantías propias de la aplicación en cada caso. Asimismo, señala cómo el legislador puede elegir el carácter penal o administrativo de la sanción, estableciendo una única excepción, en el sentido de prescribir el carácter penal de las sanciones en el ámbito nuclear del Derecho penal.⁴³⁰

Quizá por esta falta de claridad doctrinal a la hora de explicar por qué debe ser preferente el derecho penal, es por lo que *De León Villalba* opta por lograr establecer un concepto unitario de potestad sancionadora estatal desde un punto de vista teleológico que logre superar la tradicional distinción formalista en la consideración de la identidad de ilícitos penales y administrativos.

Posiblemente preocupado al observar que dicha tesis lleva necesariamente a considerar que la sanción impuesta primero excluye la segunda, con independencia de cuál sea su naturaleza o cuál sea el órgano que la impone, trata de explicar que dicha teoría no va a provocar ese resultado. Ello sería así porque incluso la posibilidad de alegar la existencia de una sanción administrativa anterior o coetánea por los mismos hechos realizada con fines obstativos de la responsabilidad penal derivada de los mismos debería ser rechazada por los tribunales penales, argumentando que dicha cuestión no tiene cabida entre los supuestos del art. 666 LECrim., tal y como afirma la SAP de Barcelona de 3 de octubre de 1994.

Esta opinión me resulta poco consistente, ya que el artículo que se refiere a las cuestiones previas en el procedimiento abreviado sí hace referencia a los derechos fundamentales, y así ha sido puesto de manifiesto por el TC (v. por

⁴²⁸ DE LEÓN VILLALBA. *Acumulación*, pp. 170, 266 a 268 y 550.

⁴²⁹ Lo cuál como ya se comentaba en el apartado de este trabajo relativo al bien jurídico, continúa colocando en un primer plano la teoría del consenso sobre los bienes jurídicos de *Mir Puig*.

⁴³⁰ Por mi parte, añadiría que también es interesante su propia nota a pie de p. 317, en la que se señala que de alguna forma se trata de un constante sube y baja y que si no existiera identidad el cambio de regulación de infracción administrativa a penal no sería posible. *V. gr.*: delitos urbanísticos. Con todo, creo que el ejemplo utilizado no es el mejor, y que la cuestión, se hubiera visto mejor con algo tan sencillo como la derogación del art. 636 CP en lo relativo al seguro obligatorio de circulación de vehículos a motor y ciclomotores, dado que nadie duda que dicha infracción queda fuera del núcleo del derecho penal mientras puede ser que sí haya quien dude en los delitos urbanísticos.

todas la más reciente, STC 103/2009 de 28 de abril, ponente Pérez Tremps). Entiendo que la forma de resolver toda esta cuestión pasa necesariamente por la consideración del *non bis in idem* como un derecho fundamental, con lo que sería plenamente factible su alegación en el procedimiento abreviado, por supuesto cabría ponerlo de manifiesto en el informe final al tribunal en el ordinario,⁴³¹ y siempre sería articulable vía de recurso de casación y amparo con relación al art. 5.4 de la LOPJ.

b) La jurisprudencia y la resolución de los casos en la práctica

Al analizar la cuestión desde el punto de vista jurisprudencial, distinguiré entre las sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y las del orden jurisdiccional penal.

i. Orden jurisdiccional contencioso-administrativo

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, curiosamente, al analizar el problema del *non bis in idem* no se plantean dudas sobre la primacía de la infracción, sanción y proceso penales. Sin demasiados miramientos y cualquiera que sea la situación práctica que se le plantea a cada tribunal, partiendo siempre de la doctrina que fija la antes analizada STC 2/2003 de 16 de enero (ponente Casas Baamonde), se llega en todo caso a la conclusión de la prevalencia de la sanción penal y se arbitran fórmulas de compensación adecuada al ciudadano que ha sufrido *non bis in idem* por la desidia o el descuido de la administración sancionadora.

Para tratar de demostrar lo anterior, analizaré algunas sentencias recientes.

En primer lugar la STSJ de Castilla-León, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de enero de 2006 (ponente Oraá González), en la que, en un supuesto de contaminación acústica medio-ambiental, la sanción administrativa es previa a la penal, si bien como consecuencia de la consabida lentitud de la justicia la sentencia firme penal se adelanta tres años a la revisión jurisdiccional de la sanción impuesta en vía administrativa.

Según consta en la sentencia, basándose en la medición de ruido llevada a cabo

⁴³¹ E incluso, por qué no, también en el procedimiento abreviado. Parto de la base de que no hay nada más importante para el ciudadano en la legislación que sus derechos fundamentales, con lo que la interpretación a realizar debe ser muy amplia para su apreciación.

por la policía local de Palencia con fecha de 19 de abril de 1998 en el restaurante sala de fiestas Chapó, S.L., que arrojó un resultado a las 5'40 horas de 36 y 37 decibelios, el Concejal de Urbanismo de la citada localidad impuso a dicha razón social con fecha de 14 de septiembre de 1998 una sanción de un millón una pesetas (6.010'66 euros).

De acuerdo con esta misma medición, la SAP de Palencia, Sección Única, de 9 de noviembre de 2000 (ponente Bugidos San José) y la STS de 24 de febrero de 2003 (ponente Granados Pérez) condenaron como autor de un delito del art. 325 CP a Jesús María (que era administrador de hecho de Chapó, S.L.) a la pena de 4 años de prisión y multa.

En la lejana fecha (tanto respecto a los hechos como a la condena penal) de 10 de enero de 2006 la Sala de lo contencioso-administrativo delibera sobre qué hacer con el recurso de la sociedad Chapó respecto a la sanción administrativa que en su momento se le impuso y llega a las conclusiones siguientes:

1. La perspectiva desde la que procede examinar el principio *non bis in idem* es si existe infracción de tal principio cuando el hecho sancionado administrativamente se encuentra dentro del conjunto de hechos tenidos en cuenta en la existente sentencia penal condenatoria por la comisión de un único delito contra el medio ambiente. Para ello ha de tenerse en cuenta que en la sentencia del Tribunal Supremo realmente no se discute la concurrencia de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, sino que se afirma que no se vulnera el principio por la prevalencia de la jurisdicción penal sobre aquellas resoluciones administrativas sancionadoras que contemplaban los mismos hechos que la sentencia penal, pero respecto de las que no había recaído sentencia judicial en vía contencioso-administrativa.

Entiende la Sala que concurre la triple identidad: del hecho –porque la medición de ruidos efectuada por la Policía Local el 19 de abril de ese año es una de las tenidas en cuenta para estimar cometido el delito contra el medio ambiente–; del fundamento –el bien jurídico protegido, tanto en el tipo penal del art. 325 del CP como en la infracción administrativa, es el medio ambiente entendido en un sentido antropocéntrico, en cuanto se persigue en definitiva la protección de la salud de las personas preservándola de aquellas inmisiones que la puedan poner en peligro, siendo la gravedad del riesgo producido la nota clave que permite establecer la frontera entre el ilícito administrativo y el ilícito penal–; y del

sujeto, porque la sentencia penal, como no podía ser de otro modo por el principio *societas delinquere non potest*, condena a D. Jesús María, persona física, en cuanto administrador de la sociedad titular de la actividad de discoteca que provoca los ruidos al amparo del artículo 31 del Código Penal, de forma que materialmente ya ha sido sancionada la persona jurídica a través de su administrador; siendo ahora más clara esa identidad, al haberse introducido el párrafo segundo del art. 31 (LO 15/2003 de 25 de noviembre).⁴³²

Por otro lado, no se identifica un órgano representativo de la sociedad distinto al propio acusado al que imputar a título de tolerancia o pasividad la ejecución de conductas infractoras que se lleven a cabo en el ámbito societario.

2. Si bien la Sala recuerda que no puede desconocer la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003 de 16 de enero (ponente Casas Baamonde), de otra parte se entiende que uno de los requisitos de la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración es la necesaria viabilidad del sometimiento de la misma a control judicial posterior (art. 106 CE; STC 77/1983, de 3 de octubre)

3. La Sala, sobre la base de alguna resolución propia anterior, aplica analógicamente al caso expuesto lo que había hecho en dos casos en los cuales la sanción administrativa no se había sometido a control jurisdiccional posterior por desistimiento del sancionado, anula la sanción administrativa y ordena la devolución de la cantidad satisfecha a Chapó, S.L.

Entiendo oportuno formular las siguientes observaciones:

1. Como sucede con frecuencia, a diferencia de la doctrina la jurisprudencia no entra a analizar las grandes cuestiones del bien jurídico y similares y asume, probablemente con mayor acierto que la propia doctrina, la función de relleno de la ausencia de norma relativa al *non bis in idem* a la que con anterioridad había hecho referencia.

2. La sentencia que comento no se plantea (probablemente por no ser necesario) qué debe hacerse en aquellos casos en los que, a diferencia del presente, el problema no se le plantea a la jurisdicción contenciosoadministrativa sino a la penal, porque (cosa improbable vista la tardanza) la revisión jurisdiccional de la

⁴³² Esta afirmación es muy dudosa, V. al respecto SILVA SÁNCHEZ y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *El art. 31.2 CP*, p. 27. (Última visita 27 de agosto de 2009).

sanción administrativa (evidentemente confirmatoria) llegare antes que la sentencia firme penal (evidentemente condenatoria).

3. Teniendo en cuenta de que la sentencia contencioso-administrativa es la última en el tiempo, creo que la solución adoptada es la correcta, pero que debió basarse necesariamente en que el *non bis in idem* es un derecho fundamental del ciudadano que ha tenido en este caso un juicio penal con todas las garantías y acceso incluso al Tribunal Supremo. Asimismo, entiendo que debió deducirse testimonio a los efectos de conocer si el concejal de Palencia o sus funcionarios subordinados conocieron o no el proceso penal en marcha, porque de ser así y al incumplir su obligación legal de paralizar el expediente sancionador administrativo, también habrían incurrido en el delito del art. 408 CP antes mencionado respecto a la Inspección de Trabajo.

La segunda sentencia que analizaré, la STS, Sala 3ª, de 23 de noviembre de 2005 (ponente Fernández Valverde) anula el art. 29.1 del R.D. 7/2001 de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor porque, en un claro ejemplo del ejecutivo-normador desaprensivo al que me he referido, establecía que:

“Además de la sanción que corresponda en el ámbito penal a quien condujere un vehículo conociendo que carece de seguro [...]”

La sentencia se refería al caso de un conductor de un vehículo sin el preceptivo seguro de responsabilidad civil al que basándose en dicha norma reglamentaria la Administración sancionaba con posterioridad a la sanción penal. Así, José Ángel fue condenado por un Juzgado de Instrucción de San Sebastián como autor criminalmente responsable de una falta contra el orden público del art. 636 CP por conducir su vehículo de motor sin seguro. Posteriormente, la Dirección General de Tráfico del Departamento de Interior del Gobierno Vasco lo sancionó con la multa de 1.200,02 euros, rechazando asimismo el recurso de alzada que había interpuesto el citado José Ángel.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 1 de los de San Sebastián, de 18 de julio de 2003 declaró que el acto administrativo impugnado no es conforme a derecho, acordando en consecuencia la anulación del mismo. A este pronunciamiento estimatorio llegó el Juez sentenciador, razonando que con la aplicación de las normas de referencia se producía la “vulneración del principio *non bis in idem* por la existencia de una doble sanción, la primera de

índole penal en aplicación del artículo 636 del CP y la segunda de índole administrativa por aplicación del artículo 29.1 del RD 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.”

La cuestión terminó finalmente ante el Tribunal Supremo porque el juez le planteó la ilegalidad del mencionado precepto administrativo. El TS, tras analizar las dos normas, señala que la penal dice así:

“Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.”⁴³³

y que, efectivamente, entre la actividad consistente en

“Conducir un vehículo conociendo que carece de seguro”

y la actividad de

“Realizar actividades careciendo de los seguros obligatorios que se exigieran legalmente para el ejercicio”,

no puede encontrar diferencia alguna, al concurrir en los dos preceptos el doble elemento que hemos subrayado: de una parte, desde una perspectiva negativa la carencia del seguro obligatorio para la conducción o actividad y, de otra parte desde una perspectiva positiva, la conducción del vehículo. Esta expresión, si bien no se reitera en el Código Penal debido al carácter genérico del tipo en el precepto penal, no hay duda alguna de que la “realización de actividad” normal y habitual con un vehículo de motor no es otra que su conducción.

A la vista de ello señala, además, que “en aplicación de la vertiente formal o procesal del principio *non bis in idem* procedería el archivo del procedimiento administrativo sancionador sin declaración de responsabilidad alguna”. Por esta razón, resulta improcedente lo acaecido en el supuesto de autos en el que, tras la

⁴³³ Hay que dejar constancia de que, con posterioridad a los hechos, la norma penal de referencia tuvo una importante modificación pues el artículo único, apartado 185 de Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, introdujo un segundo párrafo en el precepto, con entrada en vigor desde el 1 de octubre de 2004 que dice así: “No se considerará comprendida entre las actividades a las que se refiere el párrafo anterior la conducción de vehículos a motor y ciclomotores”.

condena penal, la Administración alzó la suspensión del procedimiento sancionador y, “aun habiendo recaído sentencia penal condenatoria, siguió la sustanciación del procedimiento administrativo imponiendo a la postre una resolución administrativa sancionadora concretada en este caso en una multa de 1.202.02 euros, lo que entraña [...] una vulneración del principio *non bis in idem* en su vertiente formal o procesal.”⁴³⁴

Se puede observar por tanto, que en este aspecto no hay ninguna duda: si se sancionó primero con pena, y por tanto, con todas las garantías, no existe ninguna posibilidad de que posteriormente la Administración⁴³⁵ pueda proceder a imponer una sanción al sujeto ya penado. Toda norma que así lo establezca será eliminada por el Tribunal Supremo, porque efectivamente el legislador, que se debe recordar está vinculado por los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), nunca debió incluirla en el ordenamiento jurídico. Éste es un paso más hacia el argumento que en el subepígrafe relativo a la toma de postura sobre esta cuestión pretendo sostener: si nadie se rasga las vestiduras porque se anule una sanción impuesta con posterioridad a la pena, ¿por qué sí cuando la imposición fue previa?, ¿influye o debería influir en este campo el viejo principio *prior tempore potior iure*?

ii. El *non bis in idem* en la jurisprudencia penal

La jurisprudencia penal no se plantea los mismos temas que la doctrina: por lo general, las resoluciones no tratan sobre el bien jurídico o sobre la identidad ontológica de los distintos derechos sancionadores o de la infracción y sanción administrativa y del delito y la pena.⁴³⁶ En lugar de ello, la actividad interpretativa de la jurisprudencia penal sobre la materia gira en torno a las siguientes cuestiones:

1. ¿Cómo se puede aplicar la doctrina del TC si ya hubo sanción administrativa cuando el tribunal de la jurisdicción penal se enfrenta al caso?

2. El incumplimiento de las obligaciones de la Administración y uso torticero de

⁴³⁴ No sé si fue un *lapsus linguae* o se trata de un error de concepto, dado que evidentemente lo vulnerado es la vertiente material del principio, se trata de una cuestión de derecho sustantivo.

⁴³⁵ A excepción de las relaciones de sujeción especial, admitidas por el TEDH, cuyo análisis queda fuera del alcance del presente trabajo.

⁴³⁶ Una excepción a lo que se expone viene constituida por la ya citada SAP de Madrid, Sección 17ª, de 6 de octubre de 2003 (ponente Fernández Entralgo). Como se puede observar, en esta resolución se plantea la cuestión de la identidad ontológica entre los derechos sancionadores.

las posibilidades de pago (y de un eventual cumplimiento de sanción administrativa no pecuniaria) por el administrado.

3. Las cuestiones procesales.

1. Comenzando el análisis por la primera cuestión, merece la pena comentar la SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 13 de junio de 2005 (ponente Hernández García), que demuestra un verdadero conocimiento del principio *non bis in idem* y de la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo, argumentando con brillantez y no limitándose a repetir miméticamente la STC 2/2003.

En cuanto a los hechos probados, la sentencia señala como el acusado conducía un vehículo en el término municipal de Bellver el día 28 de diciembre de 2002 sobre las 4.20 horas cuando fue requerido por los agentes de los *Mossos de Esquadra* para realizar un control preventivo de alcoholemia, dando un resultado de 1,29 y 1,30 miligramos/litro de alcohol por aire aspirado. Además, el acusado presentaba aliento alcohólico, habla pastosa e ininteligible y movimientos vacilantes y oscilantes en la verticalidad. Con posterioridad, y cuando ya había sido condenado por el Juzgado de lo Penal, la *Direcció General de Trànsit* lo requirió para pagar 420 euros en concepto de infracción administrativa, lo que el acusado procedió a hacer.

El recurrente había recurrido en apelación la sentencia del Juzgado de lo Penal alegando basándose en la doctrina del TC contenida en la STC 177/1999, el quebrantamiento del principio *non bis in idem*. La SAP que se comenta señala que la "contumaz defensa que el recurrente hace de la doctrina contenida en dicha STC patentiza, aún de forma implícita, que la 'herida' constitucional provocada en el, hasta entonces, indiscutido principio de la preferencia absoluta de la vía penal como instrumento de ejercicio del *ius puniendi* del Estado, no ha sido ni entera ni satisfactoriamente cerrada por la STC 2/2003, en lo que significa de *overruling* en la materia". El Magistrado ponente afirma que: "no obstante, la citada sentencia ha establecido las reglas de solución del conflicto que transcurren sobre dos ejes esenciales: primero, la distinción entre un plano formal y material en la afección del principio *ne bis in idem*; segundo, la reafirmación del principio de supremacía de la jurisdicción penal admitiendo, sin embargo, la proyección compensatoria en el juicio de punibilidad de la sanción que se hubiere impuesto en vía administrativa. No cabe negar la operatividad de dicha doctrina y, tampoco, su eficacia vertical ex artículo 5 LOPJ, pero tampoco puede soslayarse su potencial inadecuación con la interpretación que el TEDH hace de

las previsiones contenidas en el protocolo séptimo del Convenio de Roma” (que, recuérdese, por el momento no ha sido ratificado por España)

Finalmente, la sentencia termina reconociendo que sin especial convencimiento aplica la doctrina del TC en virtud de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y dice: "Precisado lo anterior y atendiendo al efecto vertical de la doctrina constitucional contenida en la STC 2/2003, que nos vincula como jueces ordinarios, debemos rechazar la pretensión revocatoria principal, pues la sanción administrativa impuesta no desplazaría la preferencia de la jurisdicción penal tanto para la persecución como para, en su caso, el castigo de la conducta."

También es de interés en este apartado, el AAP de Vizcaya, Sección 6ª, de 18 de mayo de 2004 (ponente Arévalo Lassa) Dicha resolución da la razón al Ministerio Fiscal frente a un auto de un Juez de lo Penal de Bilbao que había procedido al archivo de un caso por infracción del principio *non bis in idem* al resolver una cuestión previa en un juicio del procedimiento abreviado. Y ello, al señalar que el principio *non bis in idem* es un principio de fondo y que sólo cabe considerar infringido el mismo si la sanción administrativa es posterior al proceso penal. Lo que, como podrá verse cuando elabore mi conclusión, es una afirmación demasiado genérica y categórica que no tiene en cuenta la posibilidad de que sea judicialmente firme la sanción administrativa, así como tampoco la jurisprudencia de los Tribunales internacionales.

Fiel a su planteamiento interpretativo, la Sala sigue diciendo que más allá del enjuiciamiento de la solución dada al caso concreto, el Tribunal Constitucional en la citada STC 2/2003, se ve obligado a analizar con carácter genérico "si la apertura o reanudación de un ulterior procedimiento sancionador - administrativo o penal - vulnera la prohibición constitucional". La conclusión a la que llega la adelanta al final del fundamento jurídico segundo, "afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en estos casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal". Para esta Sala, la cuestión de la prevalencia del orden jurisdiccional penal resulta ser, efectivamente, la piedra angular de la resolución del magno Tribunal, más allá del estudio de la solución que pudiéramos llamar del "descuento". Se argumenta además, en este caso con mi pleno acuerdo, que no es admisible que esté en manos de la Administración, simplemente mediante la prosecución de la tramitación del expediente administrativo incoado, la decisión sobre qué hechos han de ser investigados y enjuiciados por los órganos del orden jurisdiccional penal. Aquí se trata de los delitos contra la seguridad del tráfico, pero fácilmente puede extenderse el

razonamiento a un amplio panorama delictivo, desde delitos ecológicos hasta delitos fiscales pasando, por ejemplo, por la generalidad de los delitos contra la salud pública. En definitiva, un amplio espectro de figuras delictivas de indiscutible gravedad y sobre las que la posibilidad de ejercicio de la acción penal no ha de sufrir merma alguna.⁴³⁷

2. El segundo tema sobre el que giran las resoluciones penales en la materia es el del incumplimiento de las obligaciones de la Administración y el uso torticero de las posibilidades de pago (y de un eventual cumplimiento de la sanción administrativa no pecuniaria) por el administrado.

Analizaré en primer lugar la SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 1 de abril de 2005 (ponente Plaza López).

En cuanto a los hechos probados, consta que D. Baltasar, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, fue ejecutoriamente condenado, mediante sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Barcelona, firme el 14 de enero de 2002, como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en la ejecución de la cual se determinó que el periodo de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores de un año y un día fuera el comprendido entre el 15 de febrero de 2002, y el 15 de febrero de 2003. El 15 de febrero de 2002 D. Baltasar fue personalmente notificado por aquel Juzgado de lo Penal de dicho periodo de privación, amén que apercibido de que, en caso de conducir durante aquel lapso, podría incurrir en el delito de quebrantamiento de condena. El día 17 de julio, de 2002 el acusado fue interceptado por una dotación de los *Mossos d'Esquadra*, cuando, sobre las 12,30 en la Autopista A-2, situado en el término municipal de Banyeres

⁴³⁷ Dentro de esta misma preocupación por adaptar la STC 2/2003 al campo penal es posible encontrar otras resoluciones, de las cuales lo más destacable es su escasa argumentación. Así, entre las que se remiten o copian sin más el texto de la misma destacan la STS de 24 de junio de 2004 (ponente Abad Fernández), la SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 23 de septiembre de 2004 (ponente Benlloch Petit), el AAP de Barcelona, Sección 6ª, de 25 de marzo de 2004 (ponente Balibrea Pérez) y la SAP de Cádiz, Sección 5ª, de 27 de junio de 2005 (ponente Ercilla Labarta), que deja pasar sin inmutarse el caramelo que suponía el que la sanción administrativa previa no fuera sólo económica sino privativa de derechos, al retirar durante tres meses el carné de conducir al infractor. Mención aparte, por ser la única estimatoria que he encontrado, merece la SAP de Alicante, Sección 1ª, de 9 de febrero de 2005, (ponente González Pastor). Sin embargo, cabría calificarla como carente de argumentación, ya que una vez ha decidido revocar la sentencia del Juzgado de lo Penal por un delito urbanístico al considerar que el asfaltado de un aparcamiento no puede interpretarse como "construcción no autorizada" y por tanto es atípico, quizá porque piensa que apoya más su conclusión, en apenas dos líneas y sin cita de jurisprudencia alguna ni constitucional ni ordinaria, afirma que, además, dado que el condenado fue sancionado por el concejal de urbanismo de El Campello, ello implica que con la condena penal se viola el principio *non bis in idem*..

del Penedés, conducía el vehículo marca Ford. El 23 de febrero de 2003, el acusado hizo efectivo el pago de 210 euros como sanción correspondiente al expediente administrativo seguido ante el *Servei Català de Trànsit* por conducción de un vehículo de motor con el permiso de conducción suspendido por resolución judicial.⁴³⁸ Por su parte, el Juzgado de lo Penal condenó a D. Baltasar por un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP y a la hora de ejecutar la multa procedió a descontar la cantidad satisfecha en el procedimiento administrativo sancionador.

La sentencia fue apelada por D. Baltasar sosteniendo que había infringido el principio "non bis in idem" al existir duplicidad de sanciones sobre la misma conducta, alegando además que la sanción la hizo efectiva actuando en todo caso de buena fe, ya que, como declaró, pensaba que una cosa era la multa de tráfico y otra distinta la del juzgado. De tal manera, concurriendo las identidades precisas, considera que no puede recaer sobre el administrado el mal o incorrecto proceder de la Administración, quien debería haberse abstenido de continuar el procedimiento, pues si bien lo suspendió, no efectuó reembolso alguno de la cantidad ya satisfecha por el Sr. Baltasar.

El Ministerio Fiscal alegó, en su oposición al recurso que existen sospechas fundadas de que el acusado abonó la sanción administrativa como modo de tratar de obviar la sanción penal, puesto que, notificada el 12 de febrero de 2003 la apertura del juicio oral, el acusado abonó la sanción administrativa el 18 de febrero de 2003.

La sentencia que comento señala cómo el artículo 65.1 del Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo que aprobó la Ley de Seguridad Vial prevé que cuando las infracciones de esta normativa puedan constituir vulneración del ordenamiento penal, la Administración pasará el tanto de culpa a los Tribunales y suspenderá el procedimiento administrativo hasta que no recaiga sentencia firme. Pero sucede que en ocasiones la Administración no actúa de tal modo, recibiendo el importe de las multas. En tales casos, la solución más correcta desde el punto de vista técnico jurídico es la de deducir del importe de la multa impuesta en vía judicial el de la satisfecha en vía administrativa. Así, se evita que en un erróneo actuar administrativo prive de relevancia penal a una conducta que la tiene, a la

⁴³⁸ Con la tipificación de una infracción administrativa de ese tenor no hay otra posibilidad que la producción de *bis in idem*, porque qué otra cosa es si no el delito de quebrantamiento de condena en la legislación del momento de comisión de la infracción y el delito contra la seguridad vial del art. 384 hoy. Como se ve, hay legisladores aún más desaprensivos que el del Estado Central.

vez que no se infringe el principio "non bis in idem" al deducir del monto de la multa judicial el de la administrativa, por lo que ya no hay duplicidad de sanciones. Asimismo, igualmente se impide que una aplicación excesivamente rígida del principio dé lugar a la creación de un medio fácil de eludir el castigo penal por quien tal vez se apresura a satisfacer en vía administrativa el importe de la sanción pecuniaria meramente propuesta en la denuncia formulada por el agente, proclamando la ley la preferencia de la vía penal sobre la administrativa.⁴³⁹

Por tanto, se puede ver cómo, de una parte y como ya señalaba con anterioridad, no debe dejarse al albur de la Administración un derecho fundamental como el *non bis in idem*, procediendo a dejar sin efecto de la manera más adecuada en derecho, el erróneo actuar de la administración. De otra parte, no se debe amparar judicialmente a quien paga la multa administrativa para eludir la sanción penal. Asimismo, dado que la Administración, al menos formalmente, cumplió con la obligación legal de suspensión y remisión del tanto de culpa, no se darían los elementos típicos del art. 408 CP, pero habría que anular el acto administrativo sin demora.

3. Cuestiones procesales

El tercer grupo de cuestiones tiene carácter procesal. Así, argumenta procesalmente para rechazar la concurrencia de *bis in idem* el AAP de Madrid, Sección 1ª, de 27 de mayo de 2004, (ponente Perdices López), que rechaza un recurso contra un auto que incoaba procedimiento abreviado en el que el recurrente señalaba que, al haberse impuesto una sanción administrativa como consecuencia del incumplimiento fiscal y haberse satisfecho la misma, no podría sancionársele nuevamente en vía penal, porque al haber identidad de sujeto, hechos y fundamento en ambos procedimientos, lo contrario implicaría una vulneración del principio *non bis in idem*, mencionando al efecto la STC 177/1999.

La Sala razona que, aunque se asumiera la concurrencia de los presupuestos

⁴³⁹ Una breve referencia a la misma postura se encuentra en el ya comentado AAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2004 (ponente Arévalo Lassa) que junto a la argumentación principal, a la que me referí con anterioridad, dice que no se puede olvidar tampoco a la hora de no apreciar la concurrencia de *bis in idem* que el auto de apertura de juicio oral en el proceso penal fue notificado al acusado el día 7 de enero de 2003, procediendo el mismo a la satisfacción de la multa por la sanción administrativa el día 20 de enero de 2003.

necesarios para entender aplicable la prohibición del principio estudiado, la vulneración solo acontecería en el supuesto de que el recurrente fuera condenado en el procedimiento penal y se mantuviera la sanción administrativa. Pero no si la hipotética sentencia condenatoria corrige la irregularidad legal que supone que no se haya paralizado la vía administrativa existiendo un procedimiento penal abierto, mediante el descuento en la pena de la sanción ya satisfecha a la Administración y la remisión de la correspondiente comunicación a ésta para que deje sin efecto el expediente administrativo por vulneración del art. 25.1 de la CE (precepto que, como es sabido, contiene un límite implícito que afecta al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración consistente en que ésta sólo puede ejercerse si los hechos no son paralelamente constitutivos de infracción penal).

Se puede apreciar cómo se argumenta procesalmente, porque finalmente el recurso se rechaza sobre la base de que la concurrencia de *non bis in idem* sólo puede alegarse si finalmente se produce una condena penal. Así, el recurso de apelación contra el auto que incoa procedimiento abreviado no es el momento procesal oportuno, según la Sala, para el planteamiento de la cuestión.

Por mi parte, ya he adelantado que, aunque la normativa procedimental tenga su importancia, ésta debe ser modulada en los casos de derechos fundamentales.

Asimismo, la irregularidad administrativa, junto al uso torticero del procedimiento por el imputado que, pese a estar obligado a ello no había pagado sus impuestos en los cuatro años anteriores y que sin embargo paga rápidamente la sanción, debe motivar la anulación del acto administrativo (o más exactamente su paralización, al ser un acto administrativo previo al juicio). También, claro, la deducción de testimonio contra el imputado ante la Agencia Tributaria para que proceda al pago de los impuestos con la correspondiente sanción añadida.

Otro argumento procesal viene facilitado por el AAP de Vizcaya de 18 de mayo de 2004 (ponente Arévalo Lassa), que señala cómo tampoco puede apreciarse la existencia de *non bis in idem* con anterioridad a la sentencia al no venir el mismo establecido legalmente como causa de sobreseimiento provisional y archivo. Añade el citado auto que se coincide así con el tenor de numerosas resoluciones del TS relativas a la preferencia de la jurisdicción penal que parten de la extrañeza que origina dentro de nuestro sistema jurídico que pueda archivar un procedimiento penal por el solo hecho de que haya podido cumplirse una sanción administrativa impuesta por el mismo hecho.

A los planteamientos expuestos añade la SAP de Oviedo de 2 de octubre de 2003 (ponente Barrios Bernardo-Rúa) otra especificación: según ésta, la pretensión por la defensa debe alegarse en el momento procesal oportuno debiéndose entender éste en el procedimiento abreviado como el trámite de cuestiones previas antes de empezar el juicio oral.

Dicha especificación no resulta convincente por que, como se ha visto con anterioridad, el *non bis in idem* afecta al art. 25 de la CE, mientras que el momento procesal oportuno no afecta a dicho artículo ni a ningún otro derecho fundamental, pudiendo ser a mi parecer subsanable.

Analizaré por último la SAP de Zaragoza de 12 de julio de 2004 (ponente Blasco Obladé) de la que citaré en extracto la parte de hechos probados que aquí interesa:

“[...] La Inspección de trabajo, realizó una visita al lugar de los hechos, con fecha 24/5/99 (sic) y teniendo en cuenta las declaraciones del trabajador accidentado, y el informe realizado por el servicio de prevención de la empresa, propuso una sanción a Biomasa [...] al constatar que el número de soportes utilizados, y el tipo de soporte no eran suficientes y adecuados para garantizar la sujeción y estabilidad de las tuberías en caso de rotura de los puntos de soldadura. La sanción impuesta por Orden del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo imponiendo a la empresa Biomasa una multa, por infracción de la LPRL, fue recurrida por la empresa ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en virtud de sentencia de fecha 5/6/03(sic), de la Sala del TSJ de Aragón, se estimó parcialmente el recurso y se impuso finalmente a Biomasa una multa de un millón y medio de pesetas [...]”

Esta sentencia añade dos nuevos argumentos que conviene no dejar de lado:

- Las sanciones administrativas y las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa, no pueden constituir excepción de cosa juzgada ni vinculación alguna para el tribunal penal, pero no pueden dejar de valorarse como una prueba documental más, ciertamente cualificada.
- Para poder plantearse la concurrencia del principio *non bis in idem*, las sanciones administrativas deben declarar responsabilidades personales para los acusados en el proceso penal.

Respecto al primero porque si bien no puede entrar en contradicción con el principio de libre valoración de la prueba, es lo cierto que efectivamente contendrá toda la documentación original de la sanción administrativa así como averiguaciones y razonamientos de una calidad superior a la que vayan a poder ofrecer ninguna de las partes intervinientes. En cuanto al segundo argumento, porque parece imponer algo de claridad respecto a la siempre discutida responsabilidad de las personas jurídicas en el proceso penal.

c) Conclusiones

Sin perjuicio del carácter parcial de las mismas, creo que se puede llegar a las siguientes conclusiones respecto a los problemas planteados por la doctrina y la jurisprudencia para la resolución de los casos prácticos.

1. Una vez más, no coinciden las preocupaciones doctrinales y las jurisprudenciales, pues, como se ha visto, al plantearse el mismo problema la jurisprudencia analiza cuestiones distintas a las que trata la doctrina.
2. La jurisprudencia, aunque con interpretaciones distintas según las sentencias, ha acogido favorablemente la tesis que emana de la STC 2/2003 de 16 de enero.
3. Con distintos argumentos, la jurisprudencia señala la primacía de la jurisdicción penal y carga las tintas (aunque desde mi punto de vista aún es moderada) en la irregularidad de la administración por no paralizar los expedientes sancionadores una vez existe procedimiento penal en curso.
4. La jurisprudencia penal otorga un importante papel a las cuestiones de naturaleza procesal a la hora de rechazar la concurrencia de una violación del principio que se estudia. Con todo, resulta mucho más convincente cuando argumenta que la ley no prevé que el *non bis in idem* pueda constituirse por sí mismo en causa de sobreseimiento y archivo que cuando utiliza el argumento de la no alegación del mismo en el momento procesal oportuno para no entrar en el fondo del asunto y rechazarlo.

Como se viene insinuando desde el comienzo de esta parte del trabajo, el *non bis in idem* afecta a derechos fundamentales por lo que las cuestiones procedimentales que no generen indefensión, como es el caso, deben ceder en

favor de la apreciación o no de una lesión de dichos derechos.⁴⁴⁰

VI.4 CONCLUSIONES SOBRE EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*. TOMA DE POSTURA

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, me parece que se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) El derecho fundamental a no padecer *non bis in idem* no está expresamente reconocido en la CE, a diferencia de los arts. I-9 y II-110 de la nonata constitución europea y del art. 4 del Protocolo 7 del Convenio europeo de derechos civiles y políticos, que sí lo contemplan expresamente.

b) Se trata pues un derecho fundamental de creación doctrinal, jurisprudencial y por parte del TC, desde mi punto de vista, con bastante acierto en su última sentencia sobre la materia, la STC 2/2003 de fecha de 16 de enero (ponente Casas Baamonde).

c) Al legislador, y sólo a él con los límites expuestos en el apartado que trata del bien jurídico en el presente trabajo, corresponde establecer en qué rama del *ius puniendi* queda integrada una infracción o un ataque a un bien jurídico y, por tanto, la sanción que le corresponde. De ello resulta además que si el legislador, no cumple con su papel y tipifica en dos ramas una conducta (lo que en España sucede con más frecuencia de la deseable), será la jurisprudencia la que deberá argumentar más o buscarse una salida más elaborada que justifique la aplicación preferente del derecho penal que la de su mera prevalencia.

d) El legislador y el ejecutivo, que conforme a lo dispuesto en el art. 53.1 CE vienen vinculados por el *non bis in idem* entendido como derecho fundamental, están obligados a extremar su diligencia tanto a la hora de tipificación de infracciones y sanciones como de paralización del procedimiento administrativo

⁴⁴⁰ La cuestión se enmarca en una de carácter más general. El incidente de nulidad de actuaciones regulado en los arts. 237 y ss. de la LOPJ, con excepción del supuesto improbable del Juez que resolvió bajo intimidación o violencia, no hace más que perturbar el normal desarrollo de los procesos, por el mal uso que del mismo hacen los Letrados y la errónea interpretación judicial y del Ministerio Público sobre él. Abogo desde aquí porque se proceda a su supresión y los derechos fundamentales se aleguen a través de los recursos ordinarios.

sancionador. Si no cumplen con esta última cautela, en el momento legislativo actual, dado que la sanción que se impuso al ciudadano en el procedimiento penal lo fue con todas las garantías, entiendo que debería sin más procederse, bien por el tribunal penal, bien en último extremo por el TC, a anular la sanción administrativa, restituyendo al ciudadano en la forma que sea más adecuada y efectiva su patrimonio o los derechos que le fueron eventualmente conculcados por la Administración. Todo ello, en tanto en cuanto el *non bis in idem* es un derecho fundamental del ciudadano.

e) La única salida a la situación pasa por considerar la cuestión desde el prisma de la constitucionalidad, es decir, al modo del FJ 10º de la STC 2/2003 y de la propuesta de *Pérez Manzano*, que desarrollan el argumento que sustenta la declaración constitucional de que no siempre ha de anularse la segunda sanción que se impone. Ello en tanto que la declaración penal se lleva a cabo en el marco de un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el art. 24.2 de la CE, mientras que la declaración de responsabilidad administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada (especialmente en cuanto a los principios de imparcialidad del órgano sancionador, oralidad, intermediación y publicidad).

f) Ello me lleva al planteamiento que sostiene *Pérez Manzano*,⁴⁴¹ quién afirma que el proceso penal actual carece de norma que permita al juez o tribunal llevar a cabo una actuación así y que, en tanto no se legisle sobre la materia en dicho sentido, habrá que irse conformando con descontar la multa de las responsabilidades impuestas en sentencia penal. Desde mi punto de vista, aun a sabiendas de que el legislador puede o no hacerle caso, el TC en la STC 2/2003 de fecha de 16 de enero (ponente Casas Baamonde) debió indicar a éste los cambios legislativos necesarios para la adecuada satisfacción judicial del derecho fundamental a no padecer *bis in idem*.

g) Si se sancionó primero con pena, y por tanto, con todas las garantías, no existe ninguna posibilidad posterior de que la Administración pueda proceder a imponer una sanción al sujeto ya penado. Toda norma que así lo establezca debe ser eliminada por el Tribunal Supremo, bien directamente, bien mediante reenvío al TC para el improbable caso de que una norma con rango de ley estableciera la posibilidad de sancionar administrativamente a un ciudadano tras una condena penal, porque efectivamente el legislador, que se debe recordar está vinculado

⁴⁴¹ PÉREZ MANZANO. *El derecho fundamental*, pp. 97 y 98.

por los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), nunca debió incluirla en el ordenamiento jurídico. Luego, si nadie se rasga las vestiduras porque se anule una sanción impuesta con posterioridad a la pena, ¿por qué sí cuando la imposición fue previa?, ¿influye o debe hacerlo en este campo el viejo principio *prior in tempore potior iure*?

h) Como se puede ver, no debe dejarse al albur de la administración un derecho fundamental como el *non bis in idem*, procediendo a dejar sin efecto de la manera más adecuada en derecho el erróneo actuar de la administración. De otra parte, no se debe amparar judicialmente a quién paga la multa administrativa para fabricar una causa de exención de la sanción penal.

i) La jurisprudencia penal otorga un importante papel a las cuestiones de naturaleza procesal a la hora de rechazar la concurrencia de una violación del principio que se estudia. En dicho razonamiento la jurisprudencia resulta mucho más convincente cuando argumenta que la ley no prevé que el *non bis in idem* pueda constituirse por sí mismo en causa de sobreseimiento y archivo que cuando utiliza el argumento de la no alegación del mismo en el momento procesal oportuno para no entrar en el fondo del asunto y rechazarlo. Como se viene insistiendo en esta parte del trabajo, el *non bis in idem* afecta a derechos fundamentales, por lo que las cuestiones procedimentales que no generen, indefensión, como es el caso, deben ceder en favor de la apreciación o no de una lesión de dichos derechos.

j) En lo que se refiere al concreto campo de la prevención de riesgos laborales, una somera lectura de las infracciones administrativas previstas en los arts. 11 a 13 de la LISOS permite afirmar que una vez más el ejecutivo-normador ha sido desaprensivo, pues la coincidencia de algunos apartados es total y de otros muy similar con lo que se protege en los arts. 316 y 317 CP. El art. 3.2 de la LISOS obliga a la Inspección de Trabajo⁴⁴² a dar traslado del tanto de culpa al Ministerio Fiscal. Por tanto, si la administración no lo hace, a partir de ahí cobra vigencia el sistema que en estas conclusiones he pretendido desarrollar.

⁴⁴² Creo que hay que entenderlo igualmente aplicable a todos los organismos autonómicos con competencia en la materia.

VI.5 PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

A la vista de todo lo examinado y presentadas las conclusiones *lege data* en la materia, entiendo apropiado hacer una propuesta *lege ferenda*.

De conformidad con la tipología que hemos establecido para nuestro delito e infracciones administrativas, las posibilidades serían las siguientes:

a) La Inspección de Trabajo descubre una infracción de normativa de prevención de riesgos laborales que considera que no pone en grave peligro la salud o la vida de los trabajadores y propone al órgano sancionador administrativo la sanción correspondiente, sin dar traslado del tanto de culpa al Ministerio Público.

El caso se tramita correctamente, siempre que no haya habido resultado lesivo. Si a pesar de no haber resultado lesivo la cuestión llega a los Tribunales por denuncia sindical o atestado policial, la Inspección de Trabajo viene igualmente obligada a paralizar el procedimiento cuando se le comunique la incoación de diligencias previas por el órgano judicial. Y la Administración tendrá que esperar a su terminación mediante sobreseimiento o sentencia absolutoria para poder sancionar de la forma indicada en estos casos, conforme a la doctrina administrativista mayoritaria desde hace más de cincuenta años antes comentada⁴⁴³ a la que me adhiero plenamente en esta materia.

b) Cuando haya habido resultado lesivo, de éste no puede inferirse con seguridad absoluta que existió grave riesgo (peligro concreto)⁴⁴⁴ que se materializó en una lesión, pero por supuesto tal resultado es un importante indicio, por lo que entiendo que ya no debe haber margen para la interpretación por parte de la Inspección de Trabajo, que debe paralizar el procedimiento y dar traslado al Ministerio Público conforme al art. 3.2 de la LISOS, para proceder a llevar el caso por la vía penal.

Caso de no hacerlo, con la adecuada ponderación del caso concreto, deberá deducirse testimonio contra los funcionarios por el delito de no cumplir con el deber de perseguir delitos del art. 408 CP, y en su caso por cohecho, si pudiere probarse la promesa o entrega de alguna compensación económica por su

⁴⁴³ V. *supra* epígrafe VII.2

⁴⁴⁴ Un riesgo leve, pongamos un 0,5%, se hará resultado uno de cada 200 casos, por tanto no siempre ocurre, pero sí en la mayoría de veces.

abstención.

En dicho supuesto de no paralización, el ciudadano se verá doblemente sancionado de facto, pero es evidente que, como se viene estudiando, eso constituye una violación de uno de sus derechos fundamentales. Por tanto, la propuesta es la siguiente:

a) Si la sanción es meramente administrativa, cualquiera que sea el momento de su dictado, siempre que sea anterior a la sentencia penal, habrá de ser anulada por el tribunal penal en dicha sentencia, que restablecerá al ciudadano en la forma más adecuada en su derecho. La razón de este proceder es que, como se ha explicado más ampliamente con anterioridad, es en el proceso penal donde el ciudadano tiene mayores garantías.

b) Para el supuesto en el que la sanción administrativa sea impuesta con posterioridad a una sentencia penal, si se acreditare el conocimiento de la sentencia penal por parte de la Administración, el acto administrativo dictado en el procedimiento administrativo sancionador se considerará nulo de pleno derecho conforme al art. 62.1.d) de la LRJAPPAC. Si no hubiere tenido conocimiento de la resolución, simplemente se anulará en la fase de ejecución de la sentencia penal mediante auto.

c) En el supuesto de que la sanción administrativa haya sido revisada jurisdiccionalmente y dicha sentencia sea firme, el tribunal penal habrá de dictar auto de sobreseimiento libre, en atención a la jurisprudencia europea sobre el Acuerdo de *Schengen* y la emanada del TEDH, así como a la configuración del principio en los distintos Tratados Internacionales. En todo caso, lo más conveniente sería que el legislador añadiera un apartado especial al art. 637 LECrim., enlazando con lo que se dirá inmediatamente en el apartado “d”.

d) A esta construcción sólo se opone un obstáculo de naturaleza procesal: no existe causa de sobreseimiento o archivo por *non bis in idem*. No obstante, entiendo que no habría problema en incluir el sobreseimiento en espera de una causa expresa por el legislador en el número tercero del art. 637 de la LECrim., es decir, existen los hechos, son delito, pero existe una causa asumida como tal por toda la comunidad jurídica que impide su persecución.

Sé que ello provoca en cierto modo una especie de cosa juzgada de las resoluciones de la jurisdicción contencioso administrativa en vía penal, pero no

es menos cierto que, como se ha tenido ocasión de ver, el *ius puniendi* es único, el *non bis in idem* es un derecho fundamental del ciudadano y, además, debe entenderse que predica el principio única y exclusivamente respecto a las sentencias contencioso-administrativas firmes, de fondo y condenatorias, y no respecto a ningún otro tipo de resolución que pueda amparar mediante desistimientos u otras triquiñuelas un uso indebido y contrario a la buena fe del derecho por parte del administrado o sus letrados.

VII. APLICACIÓN DEL MODELO TEÓRICO A UN CASO CONCRETO: EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

VII.1 JUSTIFICACIÓN Y OBJETIVO DEL CAPÍTULO

Una vez obtenido el modelo teórico-práctico de interpretación del tipo de los arts. 316 y 317 CP conforme al bien jurídico que propongo, conviene finalmente efectuar una aplicación de lo hasta ahora analizado al sector de las obras de construcción. Dicho sector se elige por ser el que concentra el mayor índice de siniestralidad laboral.

Así, de acuerdo con los datos suministrados por *Sánchez De La Arena*,⁴⁴⁵ la construcción concentra en torno a un 25% de los accidentes mortales y con graves lesiones que se producen anualmente en España. Similares cifras se encuentran en el “Informe sobre el sector de la Construcción 1999-2002” (2003) o en el denominado “Informe Durán” (2001).⁴⁴⁶ Por su parte, el “Informe del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene” (INSH) de 2003 fija la cifra en un 26,7%.

Lo primero que ha de ponerse de manifiesto es que, como se ha visto en el apartado correspondiente, entiendo que la omisión de la vigilancia del uso que hagan los trabajadores de las medidas de seguridad integra el tipo penal.

Además, y a diferencia de la mayoría de los autores que se han ocupado de la cuestión, considero relevante la normativa específica en la materia a la hora de la interpretación típica de los arts. 316 y (por remisión) 317 CP.

VII.2 DEFINICIÓN DE CONSTRUCCIÓN

Para comenzar y con vocación clarificadora, conviene establecer la definición de obras de construcción.

⁴⁴⁵ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, p. 241.

⁴⁴⁶ *Informe Durán* (2001), p. 139.

Así, si seguimos a *Sánchez de la Arena*,⁴⁴⁷ cabría definir obra de construcción como todos aquellos cometidos, realizaciones y actividades destinadas a llevar a cabo mediante una acotación temporal, con un inicio y una terminación, la transformación de un espacio para un destino concreto y su utilización con un determinado fin.

Asimismo, podemos seguir también al art.2.1.a) del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, importantísimo en este sector, sobre “Disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción”, que traspone la Directiva de la UE 92/57 del mismo nombre. De acuerdo con el mismo, se entenderá por obra de construcción cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil.⁴⁴⁸

De una parte cabría calificar dicha segunda definición como innecesaria, ya que vuelve a incluir el término obra en la definición, y de otra parte como incompleta, en tanto remite al anexo I del propio R.D. 1627/1997 de 24 de octubre en lo relativo a los trabajos que se efectúan, advirtiendo de antemano que la relación que allí se contiene no tiene carácter exhaustivo.

La ya citada SAP de Madrid, Sección 17ª, de 6 de octubre de 2003 (ponente Fernández Entralgo) nos proporciona la definición de la práctica judicial alemana respecto a la construcción. Según ésta, la construcción incluiría cada una de las actividades realizadas en la práctica de la edificación, en las cuáles mantienen su significado las reglas reconocidas de dicho arte, cuya inobservancia se conecta con el peligro para un tercero.

Dado que el bien jurídico no varía por el hecho de tratarse de uno u otro sector de la actividad laboral, comenzaré el análisis directamente por el apartado relativo a la conducta típica.

VII.3 ELEMENTO DESCRIPTIVO. MEDIOS

Habida cuenta que la cuestión sobre si el delito es de omisión, de comisión por omisión o de acción es de carácter general y ha quedado también resuelta, me centraré en saber qué debe entenderse por “medios” en el sector de la

⁴⁴⁷SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, pp. 24 y 25.

⁴⁴⁸ Idéntica definición repite en el art. 3 a) la Ley 32/2006, de 18 de octubre, sobre la subcontratación.

construcción. Aplicando el esquema general elaborado al sector de las obras en construcción, hay que notar que el R.D. 1627/1997 de 24 de octubre⁴⁴⁹ se constituye en clave aplicativa del delito. Este dato origina la primera diferencia sustancial con el delito que podríamos denominar genérico contra el derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal. Es decir, plantea una diferencia sustancial respecto al delito cuando éste se ha de aplicar en los otros grandes sectores de la actividad económica (primario, servicios e industria).

Como peculiar elemento interpretativo en el sector de las obras en construcción debe añadirse, asimismo, que el art. 31 del CGSC añade expresamente la obligación del empresario de velar por el uso efectivo de los medios de protección necesarios, sin distinguir entre los equipos de protección individual y el resto de medidas de seguridad, a diferencia del art. 17.2 de la LPRL.⁴⁵⁰

Cuando este delito contra los derechos de los trabajadores se comete en el ámbito de las obras de construcción se puede afirmar que en cierto modo se normativiza también el elemento descriptivo. Es decir, en el delito genérico, pese a la necesidad del intérprete de revisar la normativa laboral, el mismo tenía libertad para interpretar el término “medios”. En cambio, si el delito es en el ámbito de las obras en construcción, debe ser tenida en cuenta la decisión del ejecutivo-normador⁴⁵¹ de que en este sector concreto de la actividad laboral, el término “medios” debe ser interpretado conforme al criterio de interpretación sistemática que ofrece el anexo IV del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre.

⁴⁴⁹ Para ALMELA VICH. *Delitos contra la vida*, p. 510, en el sector de la construcción, los medios no facilitados serán necesariamente los previstos en el citado R.D. y la infracción de la normativa laboral será asimismo (amén de la normativa contenida en la LPRL) la de dicho reglamento. Este R.D. ha sido modificado por el R.D. 604/2006 de 19 de mayo, si bien la modificación sólo afecta a la presencia del delegado para la vigilancia de las medidas en la obra en construcción.

⁴⁵⁰ En contra de su relevancia, en coherencia con su postura general sobre el tema, MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 356. A favor AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 196, cuando señala que hay que considerar que conforme al art. 14.2 LPRL medios incluye todo, porque si no se otorgaría en el orden penal más importancia a una obligación que en el orden laboral es subsidiaria, ya que el 17.2 le da un carácter subsidiario a los medios personales de protección cuando afirma que deberán utilizarse cuando los riesgos laborales no puedan evitarse o limitarse suficientemente por medios de protección colectiva o mediante métodos o procedimientos de organización del trabajo.

⁴⁵¹ Formalmente, al ser un R.D. hay que hablar del ejecutivo-normador, pero, lo cierto es que transpone una directiva europea, es cuestión que cabría enmarcar en el ámbito del consenso y es forma aceptada de legislar en una serie de ámbitos como hemos puesto de manifiesto *supra* respecto a los delitos contra el medio ambiente. No ignoro, no obstante, que para el intérprete-aplicador, la vinculación de esta normativa es mucho más leve que la de la verdadera ley emanada del Parlamento.

Con anterioridad al estudio de los medios concretos que recoge el R.D. 1627/1997 de 24 de octubre resulta adecuado afrontar dos cuestiones: en primer lugar, la relativa a la consideración como “medios” a efectos de este delito del estudio de seguridad y salud, el estudio básico de seguridad y salud, el plan de seguridad y salud en el trabajo y el nombramiento del coordinador de seguridad (A); en segundo lugar, determinar si el deber de información puede considerarse un “medio” (B).

A) ¿Contraviene el tenor literal posible considerar como “medios” el estudio de seguridad y salud o el estudio básico de seguridad y salud, así como el plan de seguridad y salud en el trabajo y el nombramiento del coordinador de seguridad y salud?

El artículo 4 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre hace referencia a la obligatoriedad de la existencia del estudio de seguridad y salud en los proyectos de obras en los que se dé alguno de los supuestos siguientes:

- a) Que el presupuesto sea igual o superior a 450. 000 €.
- b) Que la duración sea de más de 30 días laborables y que se emplee en algún momento a más de 20 trabajadores simultáneamente.
- c) Que el volumen de mano de obra, entendiendo por tal la suma de los días laborables del total de los trabajadores, sea de 500.
- d) Que se trate de un túnel, galería, conducción subterránea o presa.

Asimismo, el art. 6 señala que el estudio básico de seguridad y salud debe identificar los riesgos laborales que puedan ser evitados, indicando las medidas. Respecto a los que no puedan evitarse, deberá especificar las medidas preventivas y las protecciones técnicas necesarias para reducirlos.

El art. 7 señala la obligatoriedad de cada contratista de elaborar un plan de seguridad y salud en el trabajo para adaptarlo a su propio sistema de ejecución de la obra. Este plan tiene que ser aprobado por el coordinador de seguridad y salud o, si su designación no es obligatoria, por la dirección facultativa, debiendo

asimismo autorizar expresamente su modificación en función de las incidencias de la ejecución de la obra.⁴⁵²

De conformidad con el art. 2.f), deberá nombrarse por el promotor de la obra, un coordinador de seguridad que será un técnico integrado en la dirección facultativa y que se encargará de llevar a cabo las funciones que le encomienda el art. 9.

Por último, el art. 9 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre encomienda las siguientes funciones a los coordinadores en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra:

- Coordinar la aplicación de los principios generales de prevención y de seguridad:

Al tomar las decisiones técnicas y de organización.

Al estimar la duración requerida para la ejecución de estos distintos trabajos o fases de trabajo.

- Coordinar las actividades de la obra para garantizar que los distintos contratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de acción preventiva.

- Aprobar el plan de seguridad y salud elaborado por el contratista.

- Asimismo, el art. 14 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre les otorga, de manera compartida⁴⁵³ con la dirección facultativa, la potestad de paralizar las obras cuando se den las circunstancias para ello por las deficiencias preventivas de las mismas y les impone la obligación de advertir al constructor de todas las deficiencias que se encuentren y asimismo de hacerlas constar en el libro de incidencias.

En la jurisprudencia, la SAP de Zaragoza, Sección 3ª, de 30 de abril de 2004 (ponente López López de Hierro), se ha planteado la cuestión de si contraviene el tenor literal posible considerar como “medios” el estudio de seguridad y salud o

⁴⁵² MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 375.

⁴⁵³ Y en cierta manera doble, dado que nada impide, y así sucede en la práctica, que sean ellos también miembros de la dirección facultativa directamente nombrados por el promotor.

el estudio básico de seguridad y salud, así como el plan de seguridad y salud en el trabajo y el nombramiento del coordinador de seguridad y salud como “medios”. La misma contiene los siguientes hechos probados:

“El acusado, Miguel, y su hijo el también acusado Arturo, decidieron de común acuerdo, ampliar sus respectivas viviendas sitas en Tauste, mediante una nueva construcción en el solar del primero y que tendría que tener el mismo número de plantas que el edificio anterior. Para ello, decidieron contratar la mano de obra necesaria para la estructura con la entidad Marqués S.L., en la persona de su propietario, el también acusado Cristóbal, aportando ellos el material. Asimismo, Miguel contrató también al acusado Claudio, Arquitecto técnico y al acusado Constantino, Arquitecto superior, al que encargó la redacción del proyecto básico y de ejecución de ampliación de edificio. Dicho acusado, lo confeccionó con un anexo consistente en el estudio básico de seguridad y salud, en cuyo capítulo dedicado a estructuras, se aprecia el riesgo de caída en altura y como medida de protección colectiva, la protección de huecos, barandillas, redes y viseras. En fecha no determinada de enero de 2000 comenzaron los trabajos de construcción, alcanzando con el tiempo la estructura una altura de dos plantas sin que se hubieran colocado las redes o barandillas de protección, lo cuál era conocido por los acusados que con mayor o menor frecuencia visitaban la obra. La ausencia de redes facilitaba el acceso de material por la fachada principal, sistema que resultaba más económico que cualquier otro. El día 16 de junio de 2000 se hallaba trabajando Serafín, oficial de segunda de Marqués S.L., realizando labores de desencofrado en la segunda planta del edificio cuando se precipitó al vacío falleciendo a consecuencia de la caída.”

La sentencia, en el Fundamento de derecho 2º, señala que los acusados Miguel y Arturo eran promotores y que, en virtud del art. 3 del R.D. 1627/97 de 24 de octubre, deberían haber nombrado un coordinador en materia de seguridad y salud desde el comienzo de la obra, obligación de la que tenían conocimiento a través del estudio básico de seguridad y salud confeccionado por Constantino en el que ya venía especificada la misma. Sin embargo, sigue diciendo la citada resolución, no lo nombraron hasta después de acaecido el siniestro y tampoco había un plan de seguridad ni un libro de incidencias, por lo cual es de apreciar en ambos una omisión causal⁴⁵⁴ en relación con la figura contemplada en el art. 316 CP.

⁴⁵⁴ Nótese una vez más la confusión dogmática de la que suele hacer gala la jurisprudencia: es obvio que las omisiones no pueden causar.

En la doctrina, *Sánchez de la Arena*⁴⁵⁵ señala que las obligaciones del promotor de nombrar a un coordinador de seguridad y salud y de encargar la redacción de un plan, deben ser puestas en relación con el art. 24.2 de la LPRL. El citado precepto señala que:

“El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en ese centro de trabajo reciban información, y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes.”

El citado autor considera que no debe existir duda de la consideración empresarial del promotor, aunque no tenga asalariados por cuenta ajena, cuando el destino que se dará a la obra tenga una finalidad económica o inversora, en cualquiera de sus múltiples sentidos. Además, añade, una obra en construcción es un centro de trabajo cuyo titular o dueño es el promotor. Por tanto, conforme a esa doble interpretación del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, que no contradice en absoluto la LPRL sino que la desarrolla, no habría duda para dicho autor de que la falta de plan o la falta de nombramiento del coordinador de seguridad y salud es omisión de un medio, y por tanto delito del art. 316 CP. Admite, no obstante, una excepción, que precisamente es el supuesto de hecho de la sentencia que comentábamos con anterioridad: el caso de los particulares como promotores de su propia vivienda. En dicho caso, entiende *Sánchez de la Arena* que a dichos promotores no cabe desde ningún punto de vista atribuirles la condición de empresarios, por lo que ni siquiera, sostiene, se les podría sancionar en vía administrativa. Bastaría con que el propio estudio de seguridad y salud, que conforme a la normativa habrá debido redactar un arquitecto superior, fuera facilitado a los trabajadores autónomos para desplazar a éstos la obligatoriedad de adoptar las medidas de protección.

De parecida opinión son asimismo *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*⁴⁵⁶ que, si bien deciden no profundizar en el estudio de las específicas medidas de seguridad contenidas en el Anexo IV del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, por considerar que son tan específicas que desafían el análisis jurídico y no ven el sentido a intentar profundizar en ellas desde la teoría jurídica, en cambio señalan específicamente las que yo me planteo como “medios” como deberes específicos

⁴⁵⁵ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, pp. 88 a 90.

⁴⁵⁶ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 375 a 377 y nota a pie de p. 146.

del empresario de la construcción (es decir, “normativa de prevención de riesgos laborales”).

Por mi parte, entiendo, como ya hacía con carácter general al tratar de la especialidad del delito, que lo que no cabe en ningún caso es sostener interpretaciones que dejen desprotegido al trabajador, si bien habrá que distinguir caso por caso. En concreto, no puede tener el mismo tratamiento el supuesto en el que un particular contrata a un trabajador autónomo que otros supuestos de mayor complejidad que analizaré con posterioridad.

Los supuestos de trabajos en el ámbito doméstico, realizados por trabajadores individuales, habida cuenta de la ignorancia del particular en la materia y la ausencia de obligación legal de contratar técnicos que lo asesoren, entiendo que dan lugar a que el particular no sea penal ni administrativamente responsable de los riesgos a los que el trabajador pueda verse expuesto. Debiéndose además añadir, que, como decía con anterioridad, la interpretación del término “empresario” en este caso no tiene por qué venir vinculada a lo que se entienda por tal en la legislación laboral o administrativa, sino que cabe la elaboración de un concepto propio del derecho penal.

Por tanto, y ya para cerrar el tema, hay que plantearse dos cuestiones.

De una parte, dado que, como se podrá observar con posterioridad, el Anexo IV del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, aun teniendo carácter exhaustivo, no habla de medios, cabe considerar con carácter general que pueden existir, conforme a la interpretación espiritualizadora que vengo sosteniendo, otros medios. Es decir, difícilmente va a poder afirmarse que los trabajadores tenían todos los medios para trabajar en condiciones de dignidad vital mínimas si no se había elaborado el estudio de seguridad y salud en los casos en los que legalmente sea exigible (que, conforme a la opinión de *Sánchez de la Arena*, son la práctica totalidad). Tampoco si lo que no se elaboró conforme al art. 7 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre fue el estudio básico de seguridad y salud. Mal van a poder facilitar los medios adecuados un empresario (promotor) o sus contratistas si ningún técnico les ha indicado cuáles son los riesgos de la obra en construcción que van a llevar a cabo y qué medidas deben adoptar para evitarlos. Sólo la casualidad hará que en dichos casos no se produzca un riesgo para la vida, salud o integridad corporal de los trabajadores.

De otra parte, la ausencia de nombramiento del coordinador de seguridad y salud en los supuestos en que haya que nombrarlo, si además aumenta el riesgo permitido, puede interpretarse como “no facilitar medios” a los efectos del art. 316 CP, sin con ello superar el tenor literal posible del tipo. Conforme a los arts. 2 f) y 9 del R.D. 1627/1997, de 24 de octubre, las funciones del coordinador de seguridad y salud son, como su propio nombre indica, de coordinación de los distintos estudios y planes de seguridad y de los sujetos responsables de la prevención, así como el control de la forma en que los mismos llevan a cabo la tarea preventiva.

Es decir, con los estudios técnicos que identifican los riesgos y los autores encargados de implementar las medidas para evitar los mismos, el coordinador lo único que hará es disminuir el riesgo permitido mediante el logro de la mayor eficiencia posible de los medios ya existentes o la advertencia de que alguno no existe o existe de manera inadecuada.

Entiendo por tanto que la responsabilidad del empresario-promotor por no haber nombrado el coordinador de seguridad deberá matizarse con relación al tamaño de la obra en construcción que promueva. Es decir, en los supuestos de gran número de empresas trabajando en la misma que necesariamente impliquen una coordinación de riesgos, responsables y medidas, el empresario no podrá alegar que facilitó los medios y que no aumentaba el riesgo la falta de nombramiento del coordinador.⁴⁵⁷

Diferente tratamiento, en cambio, debe tener un supuesto de obras en el ámbito doméstico, como el que analizaba la SAP de Zaragoza, Sección 3ª, de 30 de abril de 2004 (ponente López López de Hierro).

Sobre esta sentencia, cabe decir que ya antes expresaba mis dudas, siguiendo a *Sánchez de la Arena*, respecto a los casos en los que la obra de construcción se desarrolla en una vivienda particular y con un promotor también particular. A ello habría que añadir en este caso dos cuestiones más:

⁴⁵⁷ Así parece haberlo entendido también el legislador cuando en la reforma de 2003 de la LPRL en sus arts. 24.2 y 24.3 atribuye a todas las empresas concurrentes la obligación de cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales, insistiendo en los deberes de la empresa principal, especialmente el de coordinación y vigilancia sobre las contratadas o subcontratadas.

a) En el momento del supuesto de hecho de la sentencia, según el art. 4 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre el estudio de seguridad y salud no era obligatorio Y, sin embargo, los condenados (promotores particulares) lo llevaron a cabo.

b) El hecho de que, atendidas las funciones del coordinador de seguridad y salud (art. 9 R.D. 1627/1997 de fecha de 24 de octubre) su inexistencia no aumentaba el riesgo permitido, en cuanto que no había nada que coordinar, ya que sólo trabajaba una empresa.

Este conjunto de cuestiones me lleva a sostener que se debió absolver a los acusados y condenar al dueño de la empresa contratista, dado que la falta de elaboración por su parte del plan de seguridad y salud laboral sí puso en riesgo la vida de sus operarios.

En conclusión, interpretar como falta de “medios” la ausencia de nombramiento del coordinador de seguridad y salud no viola el tenor literal típico. Ahora bien, habrá que tener en cuenta las características concretas de la obra en construcción en la que se produzcan los hechos, pues, es perfectamente factible que, pese a la obligación legal impuesta, no nombrarlo no aumente en absoluto el riesgo permitido.

B) ¿Es un medio el deber de información?

El art. 15 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, señala:

“1. De conformidad con el art. 18 de la LPRL, los contratistas y subcontratistas deberán garantizar que los trabajadores reciban una información adecuada de todas las medidas que hayan de adoptarse en lo que se refiere su seguridad y su salud en la obra.

2. La información deberá ser comprensible para los trabajadores afectados.”

En la doctrina, *Sánchez de la Arena*,⁴⁵⁸ entiende que el precepto citado sólo puede ser interpretado como una obligación del empresario (y, por tanto, un “medio”).

⁴⁵⁸ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, p.151.

Así, el autor citado señala que la empresa debe informar directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos. Añade además, que debe informar de los riesgos existentes, tanto generales como particulares en cada actividad. También deberá informar de las medidas a adoptar en caso de emergencia.

Comparto plenamente la opinión de este autor. Me parece además interesante y adecuada su propuesta de fomentar la elección de un representante de los trabajadores en cada obra para que ejerza como delegado de prevención, por la vía de la disposición adicional 4ª de la LPRL, es decir, en todas las obras y no sólo en aquéllas con un número mínimo de trabajadores o de trabajadores con antigüedad suficiente conforme al art. 18 de la LPRL.

Por su parte, *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*⁴⁵⁹ consideran el deber de información contenido en el art. 15 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre como un recordatorio de dudosa necesidad, si bien, y es cuestión que no me parece desdeñable, incluyen dentro de dicho deber el contenido en el art. 7.4 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, que establece que los representantes de los trabajadores, los órganos con responsabilidad en materia de prevención de las empresas que trabajen en la obra en construcción y cualquier persona que intervenga en su ejecución, pueden presentar por escrito sugerencias o alternativas. Añadiendo que, para facilitar lo anterior, el plan estará a su permanente disposición.

Es decir, si bien consideran los autores citados que el deber de información que analizo no es más que un recordatorio del deber contenido con carácter general en la LPRL, al mismo tiempo amplían su ámbito. De esta manera, si el sujeto penalmente responsable ignoró deliberadamente y a sabiendas la mayor eficacia de las sugerencias o alternativas en materia de prevención de riesgos laborales respecto a las implementadas, ello sería suficiente para poder considerarlo como autor del delito.

De otra parte, conectando el art. 15.2º del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre con mi interpretación sobre la manera en que se debe realizar el deber de información, y con *Sánchez de la Arena*,⁴⁶⁰ debo reafirmarme en que parece del todo insuficiente entregar a personas no obligadas a tener una formación más allá

⁴⁵⁹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 375 y 376.

⁴⁶⁰ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, p. 55.

de la elemental un documento escrito que en la mayor parte de las ocasiones ha sido redactado por un técnico superior, con lo que en la mayoría de las ocasiones no hay posibilidad de que se asimile su contenido. La información debe ir necesariamente acompañada de actuaciones de mayor intensidad si se quiere cumplir el esencial papel que la misma tiene o debiera tener y verse exonerado de ser sujeto activo del delito. Todo ello se ve necesariamente incrementado ante la cada vez mayor presencia de trabajadores procedentes de Estados con lenguas diferentes a las nuestras.

En conclusión, el deber de información en el sector de la construcción, al igual que en el resto de actividades laborales, ha de ser entendido como un “medio”, sin que ello viole el tenor literal típico del art. 316 CP con relación en este caso al art. 15 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre. Este resultado no se ve afectado por el hecho de que tal obligación no figure expresamente entre los medios contenidos en el Anexo IV del citado R.D., que se estudiarán a continuación.

C) Los medios en concreto. Interpretación sistemática: el Anexo IV

El Anexo IV del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, ahora sí con carácter exhaustivo, describe lo que denomina: “Disposiciones mínimas de seguridad y salud que deberán aplicarse en las obras.” Dichas disposiciones se dividen en tres partes, que como he dicho deben entenderse como medios a efectos del delito.

La parte A hace referencia a las medidas a aplicar en la totalidad de la obra.

La parte B hace referencia a las medidas a adoptar en las obras en el interior de los locales.

Por último, la parte C hace referencia a las medidas mínimas a adoptar en la parte exterior de los locales.

No entro a enumerar uno por uno los medios recogidos en esta norma, pues entiendo que excede del ámbito de un trabajo como el presente, amén de haber obras de gran acierto que, con carácter exhaustivo, ya se ocupan de los mismos.⁴⁶¹

⁴⁶¹ Para ello, V. SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, pp. 163 a 221. Como se ha visto *supra* idéntica opinión respecto al análisis concreto de lo que denominan deberes específicos de seguridad, sostienen *Martín Lorenzo y Ortiz De Urbina Gimeno*.

No obstante, entiendo que lo primero que hay que plantearse es si la referencia a “disposiciones mínimas” contenida en el Anexo IV debe conllevar que por debajo de éstas necesariamente haya delito. Dentro de la línea interpretativa que vengo desarrollando, lo coherente es responder de forma afirmativa. El carácter de normativa mínima debería motivar que las demás estén en principio por debajo en cuanto a seguridad, pero habrá que ir caso por caso.⁴⁶²

He de ratificarme en la afirmación realizada con carácter general: entiendo que en ningún caso cabrá considerar que el carácter de mínimas de las disposiciones que regulan los medios en el sector autoriza a entender la *lex artis* como normativa laboral. La *lex artis* no es normativa de prevención de riesgos laborales y su consideración como tal violaría el tenor literal típico. La comparación, por tanto, para poder afirmar cuál es la medida máxima de protección que debieron adoptar los posibles distintos autores del delito (que será tratada en el apartado siguiente), deberá ser entre normas reglamentarias y convencionales.

A este respecto resulta especialmente interesante la SAP de Barcelona, Sección 7ª, de 26 de abril de 2004 (ponente Sotorra Campodarve).

Aunque no reproduce los hechos probados por el Juzgado de lo Penal, que acepta, se puede deducir que los mismos se contraen a la muerte de un trabajador por caída de un andamio al fallar un cable de sujeción del mismo. La resolución acoge el recurso del arquitecto técnico, al que condena sólo por una falta de homicidio por imprudencia leve, con el siguiente argumento, que desarrolla en el Fundamento de Derecho 3º:

“[...] no se ha declarado probado, que los trabajadores carecieran de los medios necesarios para desempeñar su actividad de forma adecuada, en el modo exigido por la legislación laboral vigente, ni que la empresa no les hubiera facilitado los mismos. Antes al contrario, el propio Inspector de Trabajo manifestó en el plenario que en la época en que tuvieron lugar los hechos enjuiciados no existía ninguna normativa que exigiera la existencia de un tercer cable de seguridad; que

⁴⁶² El CGSC de 2007-2011 declara derogada la tradicional Ordenanza Laboral del Vidrio y la Cerámica de 1970, que hasta ahora todos los Convenios Generales habían ido declarando en vigor. Ello provocaba cierta confusión interpretativa sobre cuál era la normativa mínima. Tras el Convenio Vigente, al haber incorporado éste a su letra los preceptos no obsoletos de la Ordenanza, parece que ya no hay dudas. No obstante, insisto en la necesidad de ir caso por caso. V. *in extenso* sobre la Ordenanza del Vidrio y la Cerámica, SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, p. 163.

las barandillas laterales del andamio estaban bien colocadas, y que ni éstas ni el tercer cable, caso de existir hubieran evitado probablemente la producción del accidente. [...] Sólo consta probado respecto al arquitecto técnico, que no revisó el andamio antes de su utilización, que no previó medidas alternativas de seguridad (las cuáles no eran exigidas por la legislación laboral) y que no dio instrucciones ni advertencias específicas sobre la instalación del andamio.”

Por tanto, dado que el arquitecto técnico cumplió con la entrega y vigilancia de la utilización de los medios previstos respecto a andamios en el Anexo IV del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, no se le puede exigir que emplee medidas alternativas de seguridad. Es decir, que aun si por su trabajo o ciencia conoce la existencia de medidas de protección más eficaces, no tiene deber de comunicarlo al empresario para su facilitación a los trabajadores.

La sentencia plantea además algo realmente interesante al afirmar que por la prueba pericial del Inspector de Trabajo se acreditó que, aun habiendo adoptado alguna de estas medidas extras o de *lex artis*, como el uso de un tercer cable, el accidente probablemente no se hubiera evitado. Es decir, a partir de la interpretación que vengo desarrollando he de admitir que determinados accidentes son difícilmente evitables ya que la normativa que regula los medios no es del todo adecuada para evitar el riesgo, o en último caso paliar el resultado. En dicho caso, sólo queda el recurso de que a la mayor brevedad agentes sociales y profesionales técnicos que pueden acabar siendo sujetos activos del delito, informen a la Administración para que proceda a legislar en la materia. Sería deseable que, para garantizar el cumplimiento de dicha tarea de información, se dictara una normativa administrativa que obligara a dar aviso a la Administración y estableciera sanciones en caso contrario.

Como ya he puesto de manifiesto, excede del ámbito de un trabajo como el presente el analizar uno a uno los medios que regula el Anexo IV, pero lo que sí llevaré a cabo es un estudio de la jurisprudencia⁴⁶³ que cita específicamente dichos medios y la interpretación que hace de los mismos. Examinaré para ello tres ejemplos.

⁴⁶³ MARTÍN LORENZO Y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 377 y nota a pie de p. 145, consideran la utilización del R.D. por la jurisprudencia por lo general como superficial. Creo que ello es consecuencia de no considerar “medios” las obligaciones que el citado R.D. establece, sino simple normativa de prevención de riesgos. No parece en absoluto superficial el tratamiento que la SAP de Almería, Sección 1ª, de 3 de noviembre de 2004 (ponente Soler Beltrán), citada por los mismos autores, da a la cuestión. Ésta condena por el delito del art.316 CP al no haber confeccionado el Plan de Seguridad y Salud.

Así, en primer lugar analizaré la SAP de Lugo de 19 de septiembre de 2003 (ponente Varela Agrelo) que sustituye los hechos probados por el Juzgado de lo Penal por los siguientes:

“Sobre las 12’00 hs. del día 2 de septiembre de 1999, en una obra para la construcción, concretamente en un balcón de la segunda planta, se hallaba trabajando Cosme, realizando los trabajos de instalación de una caja eléctrica. Cuando se hallaba de puntillas, realizó un giro y dio un paso hacia atrás precipitándose al vacío desde una altura de 6’70 ms. sufriendo lesiones. La empresa promotora y constructora de la obra era la entidad mercantil López Castro.”

Frente a la absolución que había resuelto el Juzgado de lo Penal, se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Público. La sentencia, en su Fundamento de Derecho 2º, acoge la tesis del Fiscal y dice que en la obra había una total ausencia de cualquier medida de protección colectiva para evitar caídas. Señalando, además, que tal ausencia integra las exigencias del tipo, pues siendo el mismo una norma penal en blanco, precisa también una contravención de la normativa de prevención de riesgos. Declara expresamente vulnerados, los apartados 3 a y b) de la Parte C del Anexo IV del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, así como el art. 187 de la Ordenanza de Trabajo para la Industria de la Construcción de fecha de 28 de agosto de 1970.

Esta resolución utiliza una curiosa técnica de atribución de los hechos a los distintos autores que distingue el delito de peligro del imprudente de resultado según las competencias de cada autor y que aplica el concurso de normas del art. 8.1 CP (principio de especialidad) considerando el 316 CP especial respecto al 152 CP. Asimismo destaca en dicha resolución que, a diferencia de nuestro planteamiento, da importancia a los medios expresos del Anexo IV considerándolos integrantes del elemento normativo “con infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales”. Es más, incluso, admite otras fuentes como la Ordenanza que cita, para la definición de “medios”, lo cuál de facto implica solventar la cuestión propuesta. Es decir, para esta sentencia, la cuestión no radica en si, como me planteo, debe considerarse o no “medios” del art. 316 CP a los medios expresamente regulados en el Anexo IV del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, sino en considerar que toda la normativa extrapenal, por ínfimo rango que tenga, integra el tipo penal a través de la ley penal en blanco. De esta manera, cualquier contravención de dicha normativa que “ponga en grave peligro la vida o la integridad física de los trabajadores” será delictiva.

Por su parte, la SAP de Almería de 20 de diciembre de 2005 (ponente García Laraña), en extracto y en lo que aquí interesa, contiene los siguientes hechos probados:

“En Roquetas de Mar (Almería), se estaba construyendo la obra promovida por una empresa promotora cuyo administrador único era Manuel. La empresa promotora tenía contratadas las distintas fases de la obra con varias empresas contratistas, así con la empresa "H", cuyo administrador único es Luis, contrató la ejecución de la albañilería; con la empresa "F", cuyo administrador único es Marco Antonio, contrató la ejecución de los trabajos de ferralla; y con la empresa "E", cuyo administrador es Alejandro, contrató la ejecución de la estructura de la referida obra. El día 16 de enero de 2003 se giró visita a la mencionada obra por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, observándose graves deficiencias consistentes fundamentalmente en el grave e inminente peligro de caída de altura sin que los trabajadores de las empresas “F”, “E” y “H”, hicieran uso tampoco de cinturones de seguridad ni estuvieran instalados cables fiadores para su anclaje. A la vista de ello, por el Inspector de Trabajo se formuló orden de paralización de los trabajos en altura. Los acusados Narciso y Miguel Ángel eran coordinadores en materia de seguridad y salud de la obra, designados por la empresa promotora.”

Con independencia del análisis de los distintos sujetos activos del delito, que lleva a la Sala a la absolución del promotor al entender que no tiene un deber de vigilancia directa, cuestión que analizaré en su momento, el fundamento de la condena, tanto de los contratistas como de los arquitectos y arquitectos técnicos, lo encuentra la sentencia en el Anexo IV que se analiza. Así, se ve que no cabe tampoco en este caso tildar de superficial su tratamiento.

La sentencia señala que concurren los elementos integradores del tipo penal de los arts. 316 y 318 CP puesto que, con grave riesgo para la integridad de los trabajadores, se ha vulnerado el derecho que asiste a todo trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, derecho reconocido en el art. 14.1 de la LPRL 31/1995 de 8 de noviembre. Y ello por haberse omitido las normas básicas de seguridad para situaciones de riesgo de caída desde alturas establecidas en el art. 193 de la Ordenanza de Trabajo de la

Construcción, aprobada por Orden Ministerial de 28 de agosto de 1970, así como en el Anexo IV Parte C, apartado 3 ("Caídas de altura"), letras a y b).⁴⁶⁴

También se ocupa del Anexo IV el AAP de Albacete, Sección 1ª, de 15 de febrero de 2006 (ponente Mateos Rodríguez). En él se resuelve el recurso del arquitecto técnico y coordinador de seguridad y salud en una obra de construcción, que entiende que no debe seguir imputado por el accidente de un trabajador que sufrió lesiones al caerle encima la carga que subía el maquinillo (montacargas) y el propio maquinillo. En dicho Auto se afirma que:

“La ausencia de un plan real y efectivo de seguridad provocó, según parece indicar lo hasta ahora actuado, el incumplimiento de las prescripciones que, en cuanto a aparatos elevadores, establece el art. 6 de la parte C del Anexo IV, "Disposiciones Mínimas de Seguridad y de Salud que deberán aplicarse en las Obras", del RD 1627/1997 de 24 de octubre, por lo que se considera que sí que existen indicios de comisión del delito del art. 316 del CP y al menos una falta del art. 621 CP en contra del recurrente, que justifican el mantenimiento del mismo como imputado dentro del proceso y de las medidas cautelares establecidas en cuanto a su responsabilidad civil.”

Luego, el hecho de no cumplir con las disposiciones del Anexo IV que se estudia, es lo que determina a la sala a mantener la imputación y a considerar que por si solo ya es bastante para que existan indicios racionales del delito del art. 316 CP.

⁴⁶⁴ Dichos arts. establecen literalmente: a) Las plataformas, andamios y pasarelas, así como los desniveles, huecos y aberturas existentes en los pisos de las obras, que supongan para los trabajadores un riesgo de caída de altura superior a 2 metros, se protegerán mediante barandillas u otro sistema de protección colectiva de seguridad equivalente. Las barandillas serán resistentes, tendrán una altura mínima de 90 centímetros y dispondrán de un reborde de protección, un pasamanos y una protección intermedia que impidan el paso o deslizamiento de los trabajadores.

b) Los trabajos en altura sólo podrán efectuarse, en principio, con la ayuda de equipos concebidos para tal fin o utilizando dispositivos de protección colectiva, tales como barandillas, plataformas o redes de seguridad. Si por la naturaleza del trabajo ello no fuera posible, deberá disponerse de medios de acceso seguros y utilizarse cinturones de seguridad con anclaje u otros medios de protección equivalente.

VII.4 EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO EN LAS OBRAS EN CONSTRUCCIÓN

Como ya se ha visto al tratar la cuestión del sujeto activo en general, el solo análisis de la normativa reguladora de los distintos sujetos implicados y la aplicación a los mismos de las distintas categorías de la parte general del derecho penal da lugar a una extensión considerable del número de sujetos eventualmente responsables. En el ámbito de las obras en construcción debe tenerse en cuenta, además, el elevado número de intervinientes en el proceso, que se puede observar en la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) de 5 de noviembre de 1999, el R.D. 1627/1997 de 24 de octubre y la normativa sectorial.

Comenzando por el tratamiento doctrinal de la cuestión, cabría clasificar las posiciones sostenidas en tres tendencias.

Así, en primer lugar, los que, como *López Barja de Quiroga*,⁴⁶⁵ señalan que las distintas leyes y decretos que organizan la materia son tremendamente oscuros, proporcionando un panorama en el que se entrelazan las competencias, las funciones y, en definitiva, las responsabilidades. Por ello, optan por considerar que dicha normativa sólo puede ser tenida en cuenta nominalmente, es decir, para saber quién interviene en un proceso constructivo. Una vez establecido lo anterior, dichos autores, partiendo de la aplicación tanto de los principios generales del derecho penal como de la organización y división del trabajo vertical y horizontal y del principio de confianza, declaran que deben clarificarse las posiciones y posibilidades de ser autor del delito de cada uno de los sujetos intervinientes.

Sobre la base de un ejemplo jurisprudencial citado por el propio *López Barja de Quiroga*,⁴⁶⁶ trataré de demostrar cómo esta clase de planteamientos, es decir, aquellos que no parten de la concreta normativa reguladora de los intervinientes en la materia, generan autorías excesivamente amplias o, como es el caso, excesivamente reducidas.

Así, el citado autor critica la STS de 18 de enero de 1995 (ponente Delgado García), que revoca la anterior de la Audiencia Provincial de Valencia para

⁴⁶⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *La responsabilidad penal en actividades arriesgadas: El caso de la construcción*, Madrid, 2000, pp. 44 a 61.

⁴⁶⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA *supra*, pp. 61 a 69.

condenar a un arquitecto por no haber cumplido con su obligación de vigilar la obra en tanto que director de la misma, con un abandono total y negligente de su función en dicho punto. La sentencia hacía referencia al supuesto de una obra en construcción en la que los trabajadores utilizaban habitualmente para subir de la cuarta a la novena plantas de la misma un montacargas de materiales que finalmente se rompió, provocando su caída al vacío y su muerte.

López Barja de Quiroga señala que no debe acudirse a afirmaciones omnicomprendivas como la de “máximo responsable”, pues de esa manera es fácil pensar que se está aplicando una responsabilidad objetiva, cuando en realidad deben ser tenidas en cuenta más cuestiones, como la delimitación de funciones, la delegación o la conducta de la propia víctima. Mas lo cierto es que la sentencia criticada, para alcanzar su conclusión revocatoria, efectúa un estudio del art. 10 de la Ordenanza General de la Construcción de 10 de marzo de 1971, así como del Decreto 265/1971 de 19 de febrero, que regula las competencias específicas de los arquitectos técnicos. Es decir, aun considerando errónea la conclusión a la que llega la sentencia, no es menos cierto que sólo mediante el estudio de dicha normativa cabe plantearse las responsabilidades penales de los distintos sujetos intervinientes. La postura defendida por *López Barja de Quiroga* con vagas alusiones a instituciones generales como la delegación, que no es predicable de la relación entre el arquitecto y el arquitecto técnico, o como la autopuesta en peligro, inexistente en un supuesto en el que de la planta cuarta a la novena no existen escaleras, lleva necesariamente a conclusiones siempre absolutorias que dejan desprotegido al trabajador, sin cumplimiento los mandatos del legislador y, por ende, de la sociedad a la que representa.⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ Asimismo, en el concreto autor citado se observa una confusión entre el delito que estudiamos, que no conlleva resultado lesivo alguno, y dicho resultado lesivo causado por imprudencia (*La responsabilidad penal* p. 44) . Así, ello se puede observar cuando dice: “Imaginemos que durante la construcción de una obra un operario fallece al caerse del andamio y resulta que no llevaba puesto el cinturón de seguridad, no estaban colocadas las redes, no existían cascos suficientes para todos los trabajadores, y, además, el andamio no estaba asegurado convenientemente. ¿Cómo debe solucionarse la cuestión? ¿De quién era competencia que las infracciones anteriores no se hubieran producido? Para determinar las responsabilidades, es preciso comenzar con una pregunta, ¿Cuál ha sido la causa de la muerte? [...]”. No es, en absoluto relevante, inicialmente, cuál de todos los factores descritos fue el causante de la muerte, o si fue la suma de todos ellos la que causó la muerte del trabajador. El delito del art. 316 CP es un tipo de peligro concreto que sanciona al que estando legalmente obligado no facilite los medios y, a tal efecto, está muy claro en la normativa sectorial quiénes deben facilitarlos. Así, en dicho hipotético supuesto, la normativa conduce directamente, según el tamaño de la obra en construcción, al constructor, su encargado o delegado y al contratista o subcontratista para el que trabajara el operario siniestrado. Sólo una vez atribuidas responsabilidades a dichos sujetos conforme a los arts.316 y 318 del CP será posible entrar a valorar cuál fue la causa de la muerte del trabajador, conforme a la teoría de la imputación objetiva del resultado, valorando en su caso la influencia que pudo tener el no ponerse el cinturón y el

En segundo lugar, están los autores que, como *Sánchez de la Arena*,⁴⁶⁸ creen que la normativa sectorial ofrece suficientes criterios para la determinación de responsabilidades y la concreta imputación de los sujetos.

Por último, cabría citar a aquellos autores que, como *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,⁴⁶⁹ han desarrollado previamente un esquema sobre los posibles responsables a título de autor del delito de los arts. 316 y 317 CP. Estos autores consideran, como no puede ser de otra manera, que dicho esquema es aplicable a los riesgos generados en el sector de la construcción, si bien añaden que la dinámica empresarial y la organización jerárquica de la construcción determinan algunas peculiaridades que requieren un tratamiento específico.

Por mi parte, la postura que sostendré es una síntesis entre lo sostenido por *Sánchez de la Arena* y por *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*. Es decir, dado que he propuesto con anterioridad un esquema general de imputación⁴⁷⁰ para todo tipo de posibles autores del delito de los arts. 316 y 317 CP, entiendo que dicho esquema es plenamente aplicable a este sector del trabajo, relativo a las obras en construcción. Sin embargo, considero que las peculiaridades vienen dadas no tanto por las características empresariales del mismo, que también, sino sobre todo por la normativa específica en la materia.

En la jurisprudencia destaca por sostener una postura intermedia entre dichas posturas doctrinales la tantas veces citada SAP de Madrid, Sección 17ª, de 6 de octubre de 2003 (ponente Fernández Entralgo) la cuál, con un discurso que cabría denominar como jakobsiano, señala que pueden establecerse los siguientes principios rectores para los siniestros en la construcción:

a) Aquellos que desempeñan puestos cuya competencia, contenido y responsabilidad están fijados legal o reglamentariamente, actuarán correctamente ajustándose a las normas reguladoras de su función, sin que quepa exigirles que asuman el rol y la responsabilidad correspondientes a otros intervinientes en la obra.

grado de voluntariedad de dicha decisión, así como la posibilidad de que el mal aseguramiento del andamio fuera causa de la muerte.

⁴⁶⁸ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, pp. 86 a 108.

⁴⁶⁹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 437 a 453.

⁴⁷⁰ V. *supra* mi esquema general de imputación, que parte asimismo del análisis del art. 14 LPRL, que como aquí señalo ofrece suficientes criterios de imputación, sin perjuicio de que no todas las figuras estudiadas por la normativa no penal deban ser objeto de imputación jurídico-penal.

b) Cuando una persona que interviene en una actividad de construcción asume voluntariamente un rol distinto del que le es propio, tendrá que desempeñarlo con arreglo a las pautas que son propias de aquél, incurriendo en otro caso en responsabilidad por los daños que puedan derivarse de su comportamiento negligente.

c) La construcción se realiza bajo el control superior del arquitecto. Cuando éste perciba que en el desarrollo de aquella alguna tarea se está realizando de modo patentemente defectuoso y que la infracción del deber de cuidado entraña un riesgo grave e inminente para la vida, la integridad corporal o la salud de los obreros, tendrá la obligación de adoptar las medidas a su alcance (incluida la paralización de la obra)⁴⁷¹ para prevenir el peligro.

d) Lo afirmado en el anterior apartado para el arquitecto es asimismo predicable respecto al arquitecto técnico.

e) Si son varios los arquitectos técnicos, cumplirán ajustándose a las reglas que rijan su división horizontal del trabajo. No obstante, la advertencia de un comportamiento irregular en el colega los constituye en el deber de tomar precauciones para evitar el riesgo.

f) La responsabilidad por el trabajo de los colegas del mismo nivel o de los subordinados es excepcional y exige la comprobación de un grave riesgo, de una amenaza inminente que reclame una actuación enérgica y rápida.

Por mi parte, y con los matices que se van observando, me hallo cercano a una combinación de la segunda y de la tercera de las posturas doctrinales expuestas. Parece correcto, por tanto, realizar un estudio de cada una de las figuras, reguladas por la normativa administrativa y estudiadas por la doctrina y la jurisprudencia, estableciendo cuándo dichas figuras pueden ser sujetos activos del delito que se examina.

⁴⁷¹ A éste respecto, V. nuestro planteamiento en otros sectores del trabajo: la paralización de la obra no previene el peligro como afirma erróneamente la resolución que se comenta, sino que evita el resultado lesivo. El peligro ya existe y, por tanto, el delito del art. 316 CP ya se ha producido. Un ejemplo de ello puede verse en la antes comentada SAP de Almería de 20 de diciembre de 2005 (ponente García Laraña) que condena por los arts. 316 y 318 CP en un supuesto de paralización de obra.

A) Promotor

De conformidad con el art. 2.1.c) del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre,⁴⁷² es promotor cualquier persona física o jurídica por cuya cuenta se realiza una obra. Combinando el R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, la LOE de 5 de noviembre de 1999 y el R.D. 171/2004 de 30 de enero, de desarrollo del art. 24 de la LPRL en materia de coordinación de actividades empresariales, a mi juicio las obligaciones preventivas del promotor serían las siguientes:

a) Elección de los técnicos competentes para realizar el proyecto y para elaborar el estudio de seguridad y salud o el estudio básico de seguridad y salud.

Si el promotor no elige técnicos, es decir, si los proyectos o estudios no se realizan, evidentemente será responsable penalmente de las puestas en peligro grave de los trabajadores que lleven a cabo la obra. Ello será así ya hayan contratado directamente con él de manera autónoma o con relación de ajenidad, ya pertenezcan a empresas contratistas o subcontratistas, pues sólo la casualidad impedirá en este tipo de casos un resultado lesivo o mortal.

Más compleja resulta la cuestión cuando sí se eligen los técnicos pero los elegidos son incompetentes. Es decir, la no descripción de un riesgo en cualquiera de los documentos que hay que elaborar, o la inadecuación de los medios o medidas propuestas para la supresión o reducción de un riesgo, poniendo en peligro la vida o la salud de los trabajadores.

En los casos de promotor persona física, considero válido el esquema que he trazado para el delito en general, es decir, considerar a los arquitectos y Arquitectos técnicos trabajadores del promotor. Ello permite afirmar que cuando en total haya menos de seis trabajadores, el promotor responderá penalmente, dado que debe supervisar todas y cada una de las cuestiones preventivas.

En los supuestos en los que existan más de seis trabajadores, cabría considerar al arquitecto y a los arquitectos técnicos como trabajadores encargados de la prevención. De esta manera, por los fallos cometidos por los mismos respondería en su caso el promotor por culpa *in eligendo*, haciéndolo asimismo en aquellos

⁴⁷² Curiosamente la definición viene desarrollada en la LOE de 5 de noviembre de 1999, y no a la inversa como sería lo deseable. La ley de subcontratación 32/2006 de 18 de octubre, repite asimismo la definición en su art. 3.b). La definición es citada asimismo por MARTÍN LORENZO Y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 443.

supuestos en los que conforme menciono *infra* (art. 9.2.b. de la LOE de 5 de noviembre de 1999) no hubiera facilitado la necesaria información y documentación para la elaboración de los proyectos y estudios, o la misma fuera errónea o insuficiente, conforme a la interpretación que con carácter general vengo manteniendo sobre los términos “no facilitare los medios necesarios”.

Más complejo resulta el caso del promotor persona jurídica. No creo que pueda aplicarse en este caso lo que en el apartado general se ha afirmado sobre la delegación. Si bien la delegación es un “poder” normativo y no fáctico, parece razonable entender, como ya había manifestado en el apartado general, que la delegación no puede venir impuesta, sino que es opcional. En el caso del promotor de la construcción, sin embargo, la opción desaparece. Se convierte en una obligación, en cuanto la ley impone al promotor un deber de elaboración de los documentos a los que vengo refiriéndome, a sabiendas de que, generalmente, el promotor carece de conocimientos técnicos suficientes para poder elaborarlos.

Por tanto, parece que en aquellos casos y para prevenir la irresponsabilidad organizada habrá que acudir a la autoría social-funcional sostenida por *Del Río Fernández*⁴⁷³ a través del art. 31 CP, lo que es obvio que plantea algún problema con relación al principio de culpabilidad y a la imputación objetiva en la línea de algunas condenas genéricas del TS al “máximo responsable” que criticaba *López Barja de Quiroga*, tildándolas de afirmaciones omnicomprendivas.

En los supuestos de personas jurídicas promotoras en los que no quepa hablar del fenómeno de la irresponsabilidad organizada, quizá haya que conformarse con la responsabilidad del propio técnico. De esta manera, la responsabilidad del promotor quedaría en el campo civil, siempre que no sea posible probar un conocimiento previo sobre la incompetencia del técnico y que, a pesar de ese conocimiento, fuera elegido por el órgano social competente para su trabajo, por motivos económicos, de amistad o de otra índole.⁴⁷⁴

b) Deber de nombramiento del coordinador de seguridad y salud

Sobre la imputación del promotor por el incumplimiento de este deber ya me he pronunciado con anterioridad en el apartado relativo a los “medios”. Parece que

⁴⁷³ DEL RÍO FERNÁNDEZ. “La autoría en organizaciones complejas”, pp. 205 a 210.

⁴⁷⁴ Supuesto que por otra parte, en el caso de ser adoptado con ánimo de lucro, plantearía un concurso con el delito societario del art. 291 CP, al adoptar conscientemente con ánimo de lucro un acuerdo abusivo que perjudica a los socios de la empresa.

poco añade a dicho deber, desde el punto de vista penal, el hecho de tomar la iniciativa en el establecimiento de los medios de coordinación (arts. 12 y 13 del R.D. 171/2004 de 31 de enero), a salvo, claro está, de aquellos supuestos en los que el promotor no tome iniciativa alguna.

c) Deber de información (art. 15 R.D. 1627/1997 de 24 de octubre) e instrucción a otras empresas que trabajen en la misma obra sobre los riesgos específicos, las medidas de protección y las medidas de emergencia (art. 24.2 LPRL y arts. 7 y 8 R.D. 171/2004 de fecha de 31 de enero).

Respecto al deber de información e instrucción a otras empresas, me sumo en este punto a lo que señalan *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*⁴⁷⁵ cuando concluyen que existirá responsabilidad del promotor si el incumplimiento de sus deberes de información e instrucción ha desencadenado un peligro grave para los trabajadores de alguna de las empresas concurrentes.

d) Facilitar la documentación e información previa necesaria para la redacción del proyecto, así como autorizar al director de obra las posteriores modificaciones del mismo.

e) Deber de vigilancia del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, por parte de las empresas contratistas o subcontratistas. Esto exige comprobar, al inicio de sus actividades, que han realizado la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva, que han cumplido sus obligaciones de información y formación a sus trabajadores y que establecen los medios necesarios de coordinación entre ellas (art. 24.2 y 3 LPRL y art. 10 R.D. 171/2004 de 30 de enero).⁴⁷⁶

En el caso de este concreto deber, me muestro partidario, una vez más,⁴⁷⁷ de que la indebida supervisión o la falta de vigilancia de la utilización de los medios o de la implementación de las medidas de prevención o del cumplimiento de las obligaciones en materia preventiva por las empresas contratistas y subcontratistas integra el tipo. Creo que ello no infringe el principio de legalidad. De idéntica

⁴⁷⁵ MARTÍN LORENZO Y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 441, 444 y 445.

⁴⁷⁶ Sobre la base de este razonamiento, si bien utilizado de manera un tanto ambigua y no tan prolija, exime de responsabilidad al promotor la antes citada SAP de Almería de 20 de diciembre de 2005 (ponente García Laraña).

⁴⁷⁷ Mi posición al respecto con carácter general se puede ver en el epígrafe III.2 B) c) siendo válidos los argumentos entonces desplegados.

opinión es *Bartomeus Plana*,⁴⁷⁸ que entiende que el promotor debe velar por la seguridad de los trabajadores del contratista cuando se den tres circunstancias:

1. Que se trate de trabajos propios de la empresa principal
2. Que los mismos se desarrollen en el centro de trabajo del empresario principal [la obra en construcción *scil.*]
3. Que se produzcan durante el período de vigencia de la contratación

B) Proyectista

De acuerdo con la normativa que vengo citando, cabe definir a los proyectistas como aquellos arquitectos, arquitectos técnicos, Ingenieros o Ingenieros técnicos que por encargo del promotor efectúan la totalidad o parte del proyecto de obra.

Con *Sánchez de la Arena*,⁴⁷⁹ proyecto de obra puede ser definido como el conjunto de documentación que define las exigencias técnicas de la obra y que debe tener en todo caso en cuenta los principios preventivos.

Respecto a la responsabilidad penal de los mismos, me remito a lo dicho en el apartado relativo al promotor. Es decir, la no descripción de un riesgo en el proyecto de obra, o la inadecuación de los medios o medidas propuestas para su supresión o reducción, si ponen en riesgo la vida o la salud de los trabajadores y eventualmente les producen un resultado lesivo o mortal, producirán la responsabilidad penal del proyectista, respondiendo también el promotor, como se ha visto en el subepígrafe anterior.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ BARTOMEUS PLANA. *Delitos contra los derechos*, pp. 242 a 244, derivando el autor citado dicha obligación de los arts. 24.3 y 4 y 42 de la LPRL y de la teoría del dominio del hecho. Así también AGUADO LÓPEZ. *El delito contra la seguridad*, p. 282. En contra, coherentes con su postura general sobre el tema MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 441 y 442, quienes se muestran categóricos cuando señalan que no se incurre en delito porque el deber de vigilancia no es un deber general de facilitación de medios y que aunque no es la respuesta que cabría esperar desde el punto de vista político-criminal, es la única respetuosa con el principio de legalidad. En el mismo sentido, HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 305 y 306.

⁴⁷⁹ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, p. 105.

⁴⁸⁰ De acuerdo MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 451, que le atribuyen responsabilidad si elaboró incorrectamente el estudio de seguridad que, como recuerdan en nota a pie de p. 301, conforme a lo establecido en el R.D. 84/1990 viene encomendado al arquitecto técnico.

Me parece acertada, por otra parte, la idoneidad de designar un mismo profesional para la redacción del proyecto y del estudio de seguridad y salud, pues la combinación de soluciones constructivas y preventivas permite eliminar buena parte del riesgo.

C) Constructor/Contratista

Se puede definir a éste como aquella persona física o jurídica que, aportando los medios necesarios, realiza la obra en construcción, previo contrato con el promotor y con sujeción al proyecto de obra.⁴⁸¹

Respecto a su responsabilidad penal, y pese a la opinión mayoritaria de la doctrina que entiende, como hacen *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,⁴⁸² que la delimitación de responsabilidades de los mismos respecto al promotor y a los subcontratistas resulta especialmente compleja, por mi parte, entiendo que no plantea ningún problema –más allá de los generales ya expuestos para cualquier empresario–, en cuanto que, los constructores/contratistas son considerados empresarios por los arts. 15 y 24 de la LPRL. Por su parte, el R.D. 1627/1997 de 24 de octubre les impone una serie de obligaciones preventivas en su art. 11.

Así, responderán penalmente, de conformidad con el siguiente esquema:

1. Como empresarios, con carácter general respecto a sus trabajadores, de acuerdo con el esquema general que he planteado *supra*.
2. Con arreglo al esquema general que he propuesto y que consideraba también válido para el promotor, respecto al deber de información para con sus trabajadores.
3. Por incumplimiento de las obligaciones preventivas que les impone el art. 11 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, respecto a sus propios trabajadores.

Todavía respecto a sus propios trabajadores, habría que añadir, de acuerdo con *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,⁴⁸³ la responsabilidad por los riesgos

⁴⁸¹ Optan por la transcripción literal de la definición del art.2.1.h) del R.D.1627/1997 de 24 de octubre, MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 443.

⁴⁸² MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO *supra*, p. 442 y nota a pie de p. 287.

⁴⁸³ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO *supra*, p. 444.

que ocasione a los mismos el iniciar la actividad laboral sin haber recibido la información e instrucciones necesarias del promotor.

4. Respecto a los trabajadores de las empresas subcontratadas, responderán penalmente de conformidad con lo que *supra* he establecido para el promotor, puesto que respecto a dichos trabajadores, dado que su empresa (subcontratista) contrata con el constructor/contratista y no con el promotor, ocuparán la posición de empresario principal. Si bien el art. 5.2.c) y f) de la Ley 32/2006 de 18 de octubre de la subcontratación autoriza a que, salvo en los supuestos en que sólo aporten mano de obra, el primer y el segundo subcontratistas puedan volver a subcontratar, hay que entender que dichas empresas subcontratistas asumirán a su vez dicha posición respecto a los trabajadores de la empresa con la que subcontraten.

Llegados a este punto, surge una vez más la espinosa cuestión del deber de vigilancia o supervisión. En este caso, concretamente si existe dicho deber para el contratista respecto a los trabajadores de empresas subcontratadas y, caso de afirmar que sí, si debe o no tener consecuencias penales.

En la doctrina señala *Sánchez de la Arena*⁴⁸⁴ cómo es obligación propia del constructor mantener la vigilancia sobre las empresas subcontratistas o los trabajadores autónomos.

Por su parte, *Dopico Gómez-Aller*⁴⁸⁵ también se plantea la cuestión, esta vez no sólo en el ámbito del delito imprudente de resultado, sino de la delegación de funciones. Así, señala cómo “el empresario [constructor/contratista, *scil*] no actúa directa y personalmente en la gestión de los riesgos laborales” y cómo en su opinión “quien recibe la función de modo material recibe también la delegación de responsabilidad por ella, al menos en cierta medida.” Continúa diciendo el autor citado como cada cual, incluso los concretos trabajadores cualificados, responde del tramo de peligros cuya gestión se le asigna.⁴⁸⁶ Pero también señala que el constructor sigue conservando un deber de controlar a los trabajadores a los que ha asignado esos focos de peligro. Por todo ello, y aun

⁴⁸⁴ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, p. 96.

⁴⁸⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Del riesgo al resultado. Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción”, en POZUELO PÉREZ (coord.). *Derecho penal de la construcción*, Granada, 2006, pp. 514 y 516 a 518.

⁴⁸⁶ Parecido planteamiento puede verse en la ya citada SAP de Madrid, Sección 17ª, de 6 de octubre de 2003 (ponente Fernández Entralgo)

reconociendo que el problema se agudiza por la complicación que en ocasiones plantea la imputación de responsabilidades en los casos de subcontratación, se inclina por considerar al constructor/contratista responsable de los delitos imprudentes de resultado que puedan sufrir los trabajadores subcontratados.

En cuanto a la jurisprudencia, coincido con *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno* cuando señalan que el régimen legal de responsabilidades en caso de subcontratación, no se corresponde con las responsabilidades más parciales finalmente declaradas por las sentencias.⁴⁸⁷ No obstante, existen algunos supuestos que entiendo merece la pena analizar.

Así, puede verse en primer lugar el AAP de Álava de 19 de noviembre de 2004, (ponente Guerrero Romeo), que, al resolver la apelación contra el auto que daba por cerrada la instrucción e incoaba procedimiento abreviado, mantiene la imputación del subcontratista: “quien estaba obligado a proporcionar el arnés de seguridad al trabajador accidentado y creemos que también a vigilar la estructura del andamio del que se colgaba.” Puede observarse, por tanto, como el subcontratista es para la sala, conforme a lo que antes he venido exponiendo, responsable de facilitar medios y, lo que es más importante, de vigilar el uso que el trabajador hace de los mismos.

Un correcto deslinde de las obligaciones de cada uno de los intervinientes en la construcción, promotor, constructor/contratista y subcontratista puede asimismo verse en la SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 20 de septiembre de 2005 (ponente González Zorrilla), que en lo que aquí interesa contiene los siguientes hechos probados:

“Ildefonso, con categoría profesional de peón-oficial 3a, desde el día 03.06.2002 venía contratado como trabajador por la empresa *Bosch Instal.lacions Ramaderas S.L.*, de la que era legal representante el acusado Juan Miguel, empresa que al tiempo de los hechos no tenía redactado, ni aprobado, el correspondiente Plan de Seguridad y Salud, ni había impartido curso alguno de formación en riesgos laborales a sus empleados, pese a que entre las actividades que ejecutaba se encontraba la de construcción de naves ganaderas, lo que exigía la realización de trabajos en altura, como los que se iban a efectuar el día 5 de diciembre de 2002 en la localidad de *Sant Bartomeu de Grau*, a cuyo fin,

⁴⁸⁷ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 445 y nota a pie de p. 294. En algunos casos, como la por dichos autores citada SAP de Valladolid de 30 de enero de 2004, cabe directamente calificarlas de erróneas.

además, se había subcontratado por Juan Miguel a la empresa *Francesc Güell* S.A., que tampoco poseía a la fecha de autos el correspondiente Plan de Seguridad y Salud, cuyo titular es el también acusado Carlos, la utilización de un camión grúa al objeto de efectuar el izado y montaje de las piezas de la nave, vehículo que conducía y operaba Rodrigo, empleado de Carlos, bien que también era necesaria la presencia de un coordinador con formación suficiente que dirigiera las maniobras, cargo que no había sido provisto por ninguno de los coacusados Juan Miguel y Carlos, pese a que venían ambos legalmente obligados. Así las cosas, cuando el denunciante Ildefonso se encontraba subido en la estructura metálica de la nave bovina, sin que Juan Miguel hubiera dispuesto medida de seguridad alguna, ni particularmente instalado una plataforma elevadora autónoma, a lo que venía obligado por la normativa laboral vigente, por la inexistencia de coordinador con la formación suficiente que supervisara las maniobras de izado y colocación de las vigas, el dicho camión conducido por Rodrigo, golpeó con su pluma la estructura, que se vino al suelo y con ella el mismo Ildefonso, desde unos seis metros de altura sufriendo diversas lesiones que precisaron tratamiento médico quirúrgico.”

Frente a la pretensión del subcontratista de quedar exonerado, precisamente por su consideración de tal, la sentencia analizada responde como sigue:

“Y no debemos olvidar que el hecho de ser subcontratista de una obra, no exime por sí a los "legalmente obligados" a velar por el cumplimiento estricto de las normas de higiene y seguridad que garanticen la integridad y la salud de los trabajadores dentro del ámbito de su respectiva asunción de responsabilidad. En tales supuestos, la responsabilidad (en definitiva la obligación legal de adoptar las medidas de prevención necesarias cuya omisión generará responsabilidad penal cuando fueren puestos en peligro concreto la vida o la integridad física de los trabajadores) deja de tener un único centro específico, debiendo cada una de las partes integrantes hacerse cargo de específicas parcelas de evaluación formación, adopción de medidas y control.”

Es decir, conforme a esta sentencia los subcontratistas, como afirmaba, deben cumplir y hacer cumplir las medidas de protección de la seguridad de los trabajadores por parte del personal que ellos aporten a la construcción.

Idéntico planteamiento se puede encontrar asimismo en la SAP de Cádiz de 29 de junio de 2005 (ponente Fernández Marín), que argumenta de forma parecida ante

el recurrente contratista que pretende no tener responsabilidad, atribuyendo la misma a la dirección facultativa y a la empresa subcontratista.

En extracto, los hechos probados son los siguientes:

La empresa G. ejecutaba como contratista una obra en construcción. G. subcontrató con la empresa C., que aportaba a la obra exclusivamente mano de obra. El 18-12-1995 se hizo constar por G. ante la Autoridad Laboral que no existía todavía el plan de Seguridad e Higiene, de manera que el Jefe de obra dirigía el trabajo según sus facultades, a sabiendas de que legalmente todavía no existía Plan de Seguridad. Aunque lo adecuado era que la introducción de materiales se realizara por las fachadas de las viviendas, dejando al efecto huecos suficientes en las mismas, la práctica impuesta por la dirección de la obra fue utilizar al efecto dos grúas-torre que introducían los materiales a las viviendas por su patio interior. Al no ser éste el procedimiento adecuado, el Estudio de Seguridad no preveía medidas de seguridad para evitar los riesgos. En defecto de esa previsión, ni Jefe de obra ni el Encargado dispusieron medidas de seguridad que permitieran al gruista realizar su trabajo sin riesgo, ni respecto a los demás trabajadores. De otro lado, a los albañiles no se les dio un procedimiento de trabajo que les impidiera estar en momento alguno bajo la carga izada; tampoco se prohibió el paso al patio a quien no trabajara con el gruista; no se señaló siquiera la zona como de gran peligro.

En estas circunstancias, el día 19-3-96 el gruista repetidamente introducía con la grúa una cuba en el patio de una vivienda y trabajaba de pie en el tejado de la obra, y no se podía acercar lo bastante al borde para controlar visualmente su trabajo, sin poner en peligro su propia integridad física. El procedimiento consistía en que un peón se acercaba al borde de la segunda planta y a gritos le iba indicando hacia dónde dirigir la carga. En una de tales operaciones el peón, José Ramón enganchó un asa de la cuba al cable de la grúa, avisando de palabra al gruista de que la subiera, procediendo éste sin ver la carga a izarla. Sin embargo, la cuba chocó con el tejado, rompiéndose el asa y cayó al patio, sobre Sergio, albañil que en esos momentos trabajaba en la planta baja, aplastándolo y causándole la muerte. Ninguno de los acusados propuso a sus superiores ni ordenó a sus inferiores modificar el sistema de trabajo de la grúa descrito.

El recurso que mencionaba contiene un razonamiento que se antoja inadmisibles para la Sala, así como para cualquier estudioso de la materia o incluso para el sentido común, y que es el siguiente: como quiera que en el contrato de obra la

subcontratista C. había asumido contractualmente la responsabilidad de hacer cumplir las medidas de seguridad y de los accidentes que por su incumplimiento se pudieran causar, estima el recurrente que él, como Jefe de Obra de G., carece de obligaciones o responsabilidades al respecto, eventualmente transmitidas a la entidad subcontratada y en concreto a su encargado.

Ante ello, la sala se ve obligada a contestar que con dicha interpretación se desconoce la propia normativa sobre seguridad en el trabajo, señaladamente el art. 8.1 del propio R.D. 555/1986 y, sobre todo, los arts. 24.3 y 42.2 –este último vigente en la fecha de producción del hecho– de la Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales. Dicha normativa impone al margen de la validez entre las partes de los pactos contractuales, la responsabilidad del contratista o constructor principal respecto de las medidas de seguridad e higiene a adoptar por el subcontratista durante la vigencia de la contrata y para actuaciones desarrolladas en el centro de trabajo del empresario principal. Asimismo, la argumentación desconoce la propia interpretación jurisprudencial, según la cuál la caracterización del sujeto activo de estos delitos alcanza a “todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección a mando en una empresa, y tanto si son funciones superiores, como intermediarias o de mera ejecución” (STS de 30 de marzo de 1990- ponente Díaz Palos).

La SAP de Málaga, Sección 2ª, de 3 de febrero de 2006 (ponente Alarcón Barcos), condena al director general y al coordinador de seguridad de la empresa contratista por la muerte de un trabajador de la empresa subcontratada, dado que las obras no contaban con estudio ni plan de seguridad y salud.

Por mi parte entiendo que, a diferencia de lo que sostiene *Dopico Gómez-Aller*, (V. *supra*, p. 295) la cuestión no puede resolverse a través de la delegación y la subdelegación. Como vengo sosteniendo, el constructor/contratista es empresario principal respecto a los subcontratistas, sin que los mismos sean empleados suyos a los que quepa atribuirles funciones propias del empresario, más allá de las que expresamente atribuya la ley a subcontratistas y trabajadores. Es decir, la relación entre contratista/constructor y subcontratista es de contrato específico en el ámbito de la construcción o, si se prefiere, de contrato genérico (civil o mercantil) de arrendamiento de obras o de servicios, en ningún caso hay una relación laboral entre el contratista y el subcontratista, por lo que no cabe hablar de delegación de funciones o responsabilidades.

Hay que plantearse si resulta válido el esquema general de imputación que *supra* aplicaba al promotor, en el sentido de que la indebida supervisión o la falta de vigilancia de la utilización de los medios, o en este caso de la implementación de las medidas o del cumplimiento de las obligaciones en materia preventiva por las empresas subcontratistas, integra el tipo sin infringir el principio de legalidad. A diferencia del promotor, la respuesta debe ser en este caso negativa. Al promotor se le impone legalmente el deber de vigilar el cumplimiento de las medidas por parte de las empresas contratistas y subcontratistas (art.24.2 y 3 LPRL y art.10 R.D. 171/2004 de 30 de enero), mientras que, por el contrario, al contratista no se le impone dicho deber ni respecto a las empresas subcontratadas ni respecto a los trabajadores de las mismas.

Parece el momento adecuado para recordar que el tipo que se viene estudiando sanciona a “el que con infracción de normas de prevención de riesgos laborales”, normas que, si se quiere contra toda lógica, están ausentes en este caso, con lo que no puede construirse una imputación por falta del deber de vigilancia cuando dicho deber, aunque no se alcance a comprender la razón, no ha sido impuesto al constructor/contratista ni por el legislador ni por el ejecutivo-normador.

Por último, al igual que en determinados supuestos el contratista/constructor se transmuta en promotor/empresario principal, existe un supuesto en el que esto sucede a la inversa. Así, cabe la posibilidad de que el promotor contrate a terceros autónomos directamente,⁴⁸⁸ en cuyo caso respecto a los mismos el promotor sería contratista (art. 2.3 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre). En estos casos sería aplicable lo hasta ahora expuesto para el contratista/constructor, así como también en aquellos supuestos en los que coincida en una sola persona física o jurídica la condición de promotor y constructor.

Pese a ser la figura que se encuentra mayoritariamente en el origen del riesgo para las condiciones de seguridad personal mínima de los trabajadores, coincide toda la doctrina en considerar que la figura del subcontratista no merece un tratamiento independiente. Por tanto, no me detendré excesivamente en la misma. No obstante, conviene dejar dichas algunas consideraciones, de conformidad con la importancia que el legislador ha dado a dicha figura, al regularla expresamente mediante ley de la subcontratación 32/2006 de 18 de octubre.

⁴⁸⁸ Idéntica conclusión entiendo que cabe obtener de la interpretación conjunta de los arts. 3.g) y 5.2.1) de la ley de subcontratación 32/2006 de 18 de octubre.

En primer lugar, el art. 3.f) de la citada ley define al subcontratista como aquella persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista u otro subcontratista comitente el compromiso de realizar determinadas partes o unidades de obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución.

No obstante, los arts. 5 y 7 de la Ley 32/2006 de 18 de octubre de la subcontratación se ocupan de regular los requisitos para poder ser subcontratista y, en cierto modo, de frenar el descontrol que regía en el sector de la construcción al respecto. Pero la Ley no les impone deberes de prevención de riesgos más que en aspectos formales relativos a la documentación y cumplimiento de dichos requisitos.⁴⁸⁹ Por tanto, considero que la posición de los subcontratistas sigue siendo idéntica a la del constructor, teniendo las mismas obligaciones que él y debiendo controlar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos respecto a los trabajadores autónomos o a los de las nuevas empresas subcontratadas con las que de conformidad con lo expuesto puede contratar. La única diferencia radicaría en que el primer subcontratista suscribe el contrato, no con el promotor, sino con el constructor. Respondiendo, el subcontratista obviamente, como señalan *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina Gimeno*,⁴⁹⁰ como garante de la seguridad de sus propios trabajadores.

D) Coordinador de seguridad y salud

Respecto a la posibilidad de que el coordinador de seguridad y salud pueda ser autor del delito, entiendo que no debe existir ninguna duda para los coordinadores en fase de proyecto. Ello no obstante, no debe implicar en ningún caso la posibilidad de que por su mero nombramiento se pueda exonerar el promotor, como ya antes se ha puesto de manifiesto.

No obstante, parece necesario precisar que existen supuestos legalmente exigidos (art. 3 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre), que ya han sido tratados, en los que se debe nombrar un coordinador de seguridad y salud en fase de proyecto y un coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución, sin que nada impida que

⁴⁸⁹ Ni siquiera en la tipificación de infracciones se aprecia que las mismas tengan contenido de prevención de riesgos laborales. Amén del absurdo de dar una *vacatio legis* de 6 meses, como si la seguridad personal de los trabajadores que se supone que se protege con la Ley, pudiese esperar y como si semejante *vacatio* fuera necesaria en un ámbito tan profesionalizado como éste.

⁴⁹⁰ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 445.

ambos cargos recaigan sobre una misma persona técnica⁴⁹¹ y siendo incluso deseable que así fuere.

Los coordinadores de seguridad y salud en fase de ejecución plantean la duda⁴⁹² de si tienen atribuidas, además de funciones de coordinación entre empresas y de aprobación del plan de seguridad y salud, funciones realmente preventivas. En este punto comparto las dudas de la doctrina, pese a que la coordinación se lleva a cabo “[...] para garantizar que los contratistas, y en su caso los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que se recogen en el art. 15 de la LPRL durante la ejecución de la obra [...]” (art. 9 R.D. 1627/1997 de 24 de octubre).

Las dudas aumentan si se atiende al tenor del art. 14 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, según el cual los coordinadores de seguridad tienen la obligación de advertir al constructor de todas las deficiencias que se encuentren y asimismo de hacerlas constar en el libro de incidencias, lo que los coloca en una posición muy próxima a la de los técnicos de prevención interna de cualquier otra empresa y lleva a pensar que deberán ser tratados como éstos en cuanto a su responsabilidad penal.

Por su parte, *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina* se plantean la cuestión desde la perspectiva de si lo que realiza el coordinador de seguridad es facilitar medios. Dado que el examen de la legislación no les posibilita alcanzar resultado alguno concluyente, afirman que debe ser considerado como un delegado del promotor que asume los deberes que a éste corresponden en cuanto a información, instrucción y cooperación.⁴⁹³

Desde mi punto de vista, para considerar sujeto activo del art. 316 CP a los coordinadores de seguridad y salud en la fase de ejecución de las obras habrá que estar al caso concreto, sin que quepa equiparar aquellos supuestos de delegación, incluso tácita, que concede a los mismos amplias facultades de decisión y

⁴⁹¹ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 446, sostienen que si se tiene en cuenta el alto porcentaje de subcontratación, el supuesto de coincidencia en una misma persona es harto frecuente.

⁴⁹² SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, p. 104.

⁴⁹³ MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO *supra*, pp. 446 a 448, insisten en considerar de nuevo excluida la autoría del coordinador de seguridad, en este caso, por falta de vigilancia. Insisto yo en considerar que ello viene incluido en el tipo y que no viola el principio de legalidad.

responsabilidad⁴⁹⁴ con aquellos otros en los que su cometido se agota en detectar las posibles deficiencias y notificarlas al empresario-constructor que toma u omite todas las decisiones al respecto.

Entiendo, no obstante, que siempre serán imputables por la vía del art. 318 CP cuando sean los propios coordinadores los que hayan omitido poner de manifiesto los problemas que pudieran existir.⁴⁹⁵ Cuestión distinta es que la redacción dada al art. 14.2 R.D. 1627/1997 de 24 de octubre sea poco afortunada y, como ya es habitual, por completo descordinada con la legislación anterior, en este caso con el art. 316 CP.

Así, el citado artículo, autoriza la paralización de los tajos o en su caso de la totalidad de la obra “[...] en circunstancias de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores”. A pesar del olvido de la vida, hay que considerar que ello autoriza a la paralización de la obra una vez ya se ha consumado el delito de peligro, lo que no deja de ser, como vengo poniendo de manifiesto, poco preventivo así como un tanto chocante. Por tanto, hay que concluir que tampoco en este punto se otorgan especiales facultades preventivas a los coordinadores de seguridad y salud, ya que no pueden impedir la producción del delito mediante la paralización de la obra dado que sólo tienen dicha facultad una vez el delito ya se ha producido. Lo que es obvio es que si son testigos de la producción del delito de peligro y no hacen uso de la facultad del art. 14 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre, no podrán exonerarse del delito imprudente de resultado lesivo o mortal que con toda probabilidad terminará aconteciendo.⁴⁹⁶

Un ejemplo de lo anterior se puede ver en la SAP de Lugo de 19 de septiembre de 2003 (ponente Varela Agrelo), aunque los términos en los que se expresa autorizarían a pensar que el arquitecto técnico ni siquiera comunicó al promotor-

⁴⁹⁴ Piénsese en aquellos supuestos de grandes obras públicas (autopistas, gaseoductos o puentes) o privadas con un promotor lejano y multiplicidad de empresas contratistas y subcontratistas.

⁴⁹⁵ En contra, una vez más, ahora con carácter general para el art. 318 CP MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 435. En contra asimismo HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, p. 297 y nota a pie de p.718. Parcialmente de acuerdo, con una argumentación compleja, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. *Derecho penal económico*, 1ª ed. 1ª Reimpresión, Valencia, 2002, p. 794.

⁴⁹⁶ Dado que el derecho penal no puede estar en el limbo, no se me oculta la difícil situación legislativa en la que se ha colocado a los Arquitectos técnicos. O bien acarrean con una responsabilidad penal más que probable o bien se arriesgan a no volver a ser contratados nunca más por determinados promotores y/o constructores. Es un supuesto curioso el del que el asalariado controle al empresario.

constructor las deficiencias, por lo que siguiendo la tesis que mantengo sobre el deber de vigilancia, pudo ser condenado también por el art.316 CP.

La citada sentencia condena al coordinador de seguridad, en un supuesto de obra pequeña con un promotor-constructor y una empresa subcontratada con un solo trabajador.⁴⁹⁷ La condena se basa en que el Arquitecto técnico, que compartía la dirección facultativa con un Arquitecto y que era encargado del seguimiento del Plan de Seguridad e Higiene (sic), que incluía las medidas de protección omitidas, permitió con su conducta de no exigencia que las obras transcurriesen sin éstas, cuando entre sus facultades estaba requerir al empresario a su cumplimiento o en su caso paralizar las obras en tanto no se adoptasen. La sentencia añade más adelante que el arquitecto técnico no debió permitir trabajar en las condiciones descritas.

Por su parte la SAP de Almería de 20 de diciembre de 2005 (ponente García Laraña), a la que he hecho referencia para valorar la condena del promotor,⁴⁹⁸ también se refiere a la cuestión de los coordinadores de seguridad. Lo hace al resolver el recurso del arquitecto superior y arquitecto técnico, argumentando que en determinados casos la responsabilidad penal se extiende a quienes tienen la obligación legal de garantizar y controlar durante la ejecución la puesta en práctica de los medios de prevención de riesgos por parte de los empresarios. En concreto, afirma la SAP, los coordinadores de seguridad tienen obligaciones concretas y específicas de control directo. Estas vendrían incluidas en el R. D. 1627/1997 de 24 de octubre, que les obliga a "coordinar las actividades de la obra para garantizar que los contratistas y, en su caso, los subcontratistas y los trabajadores autónomos apliquen de manera coherente y responsable los principios de la acción preventiva que se recogen en el art. 15 de la LPRL durante la ejecución de la obra", a "organizar la coordinación de actividades empresariales prevista en el art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales" y a "coordinar las acciones y funciones de control de la aplicación correcta de los métodos de trabajo". Así pues, la SAP entiende que su cometido no acaba en la elaboración del estudio de seguridad y en la dación de instrucciones previas a las empresas que ha de coordinar, sino que se extiende a lo largo de la ejecución, en una labor de control a pie de obra. se estaría por tanto ante un caso concreto de coordinadores de seguridad con amplias facultades y con plena consciencia de los problemas existentes concretamente al riesgo de caídas de la carga en altura, que no los habían puesto de manifiesto ni habían

⁴⁹⁷ Para Hechos Probados V. *supra*, p. 283

⁴⁹⁸ Para Hechos Probados V. *supra*, p. 284

paralizado la obra, lo que los convierte en autores del delito, si bien, desde mi punto de vista, hubiera sido más correcto técnicamente que se los hubiera condenado por la vía del art. 318 C.P.

Por su parte, la SAP de Alicante, Sección, 3ª, de 18 de mayo de 2006 (ponente Salvatierra Ossorio),⁴⁹⁹ tras analizar la distinta normativa, considera responsables de la prevención de riesgos laborales a los coordinadores de seguridad. En extracto y en lo que aquí interesa, contiene los siguientes hechos probados:

"Se estaba ejecutando la obra de construcción de la promoción "Piso Joven Golf" sita en la playa de San Juan de Alicante, consistente en edificio para 39 viviendas con nueve plantas de altura en cuatro escaleras. Rodolfo era el arquitecto técnico de la obra, siendo el encargado de elaborar el plan de seguridad. En la referida obra, el día 18 de febrero de 2002, no se cumplían las medidas de seguridad necesarias, existiendo grave riesgo de caída para los trabajadores empleados a través de numerosos huecos que carecían de la reglamentaria protección colectiva, mostrándose accesibles a todas ellas y situados a partir de dos metros de altura. Tres escaleras fijas del edificio carecían de barandillas de protección en sus lados abiertos, en todo su recorrido de las nueve plantas. La circulación por ellas, resultaba muy peligrosa, sobre todo en los descansillos exteriores, con grave posibilidad de caída al vacío, al mostrarse todas estas zonas de obra, accesibles para todos los trabajadores que las venían utilizando. Todo el frente del edificio presentaba graves deficiencias de seguridad, con sistemas improvisados e insuficientes dejando espacios peligrosos abiertos al vacío. Todas estas zonas se encontraban accesibles para los trabajadores. Los huecos de los ascensores de las cuatro escaleras, en las plantas bajas, se encontraban totalmente desprovistas de protecciones colectivas, con grave posibilidad de caída de altura a las plantas sótano. Asimismo, en las plantas segunda, tercera, cuarta y séptima, en las distintas escaleras, estos huecos, aparecían con deficiente protección colectiva, consistente en tablonés y maderas sueltas colocadas improvisadamente de forma inclinada u horizontal que dejaban espacios abiertos y peligrosos al vacío."

Rodolfo, arquitecto técnico y coordinador de seguridad interpone recurso alegando como primera cuestión, quebrantamiento de los arts. 3.2, 7.1 y 7.2 del R.D. 1267/1997 de 24 de octubre por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

⁴⁹⁹ La citada SAP es muy interesante en cuanto no sólo condena al coordinador de seguridad, sino que lo condena por el art. 316 sin concurrencia de resultado imprudente lesivo.

La sentencia señala cómo el R.D. 1627/1997, de 24 de octubre, que estableció las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a las obras de construcción, define primeramente con precisión⁵⁰⁰ en su art. 2 a todos los intervinientes en el proceso constructivo. El «coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra» es definido como el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.

Asimismo, recuerda la sentencia cómo antes del inicio de la obra el coordinador en materia de seguridad y de salud designado para actuar durante la ejecución debe aprobar el plan de seguridad y salud (art. 7.2), estando dicho plan sujeto a modificaciones realizadas por el contratista en función del proceso de ejecución de la obra, la evolución de los trabajos y las posibles incidencias (art. 7.4).

A mayor abundamiento, la sentencia hace referencia a las funciones del coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra contenidas en el art. 9 del R.D. 1627/1997 de fecha de 24 de octubre. El Tribunal pone de manifiesto cómo en la declaración que el arquitecto técnico prestó en calidad de imputado ante el Juez de instrucción afirmó “que es el coordinador de seguridad y salud por encargo de la promotora [...] que el plan de seguridad es supervisado por el coordinador que en este caso es el declarante y que además ha comprobado él mismo que en el Plan de Seguridad y Salud para la construcción del edificio consta expresamente que el técnico encargado de la coordinación en materia de seguridad y salud en la fase de ejecución es Rodolfo.” Pese a que existe tan sólo una empresa contratista principal, entiende el Tribunal que las pruebas evidencian con rotundidad que Rodolfo fue el técnico designado por la contratista como coordinador en materia de seguridad y salud. Además, fue específicamente el encargado de elaborar el Estudio de Seguridad y Salud, atribuido según el RD 1627/97 a quien durante la fase de elaboración del proyecto asume el cargo de coordinador en materia de seguridad y salud, teniendo por ello tanto un dominio fáctico sobre la fuente de peligro como una idoneidad jurídica para llevar a cabo el comportamiento requerido por el tipo penal aplicado y por el que ha resultado condenado.

⁵⁰⁰ Ya se ha visto *supra* que con menos precisión de la que sería deseable.

La sentencia que se comenta establece dos principios que considero interesantes dado que aumentan la protección de los trabajadores y, especialmente el segundo de ellos, contribuyen a clarificar un aspecto que suele procurar la impunidad:

1. Es obligatorio nombrar coordinador de seguridad aunque sólo haya una contratista.
2. El coordinador de seguridad y salud en fase de ejecución de la obra tiene entre sus funciones facilitar medios de prevención de riesgos laborales y por tanto dominio fáctico y jurídico del hecho.⁵⁰¹

E) Director facultativo, director de obra y de ejecución de obra. El arquitecto técnico y el arquitecto superior

De conformidad con la doctrina, la LOE de 5 de noviembre de 1999 y los R.D.1627/1997 de 24 de octubre y R.D. 129/1995 de 23 de diciembre sobre Redacción de proyectos y dirección de obras, podríamos definir la dirección facultativa como aquel organismo integrado por Arquitectos técnicos (directores de ejecución de obra), superiores (directores de obra)⁵⁰² o ambos, nombrados por el promotor para controlar y ordenar la ejecución de la obra en sus aspectos técnicos, económicos, urbanísticos, estéticos, en su caso medioambientales y de protección de las condiciones de seguridad personal mínimas de los trabajadores con adecuación al proyecto.

La función de preservar las condiciones mínimas de seguridad personal de los trabajadores viene expresamente atribuida a los arquitectos técnicos en el art. 1 del Decreto 265/1971 de 19 de febrero cuando señala que “[...] deberán controlar [...] los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de seguridad en el trabajo.”

Desde mi punto de vista, la posibilidad de responsabilidad penal del arquitecto superior no ofrece duda alguna. Sin embargo, la ausencia de preceptos

⁵⁰¹ Curiosamente, con la misma argumentación el AAP de Madrid, Sección 5ª, (ponente Bertrán Núñez) de 29 de septiembre de 2004 revoca la imputación del arquitecto superior integrante de la dirección facultativa, pese a que no avisó a promotor y contratista de las deficiencias del estudio de seguridad y salud, porque entiende que sólo quién lo ha redactado tiene ese dominio del hecho y esa obligación legal de facilitar medios. Se trata de una interpretación que no puedo compartir. Quien debidamente preparado conoce que dicho estudio acarreará una desgracia y no lo pone en conocimiento o paraliza el tajo pudiendo hacerlo es responsable del delito, al menos por dolo eventual.

⁵⁰² MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 449.

específicos más allá de los citados en la LOE y en el RD 1627/1997 de 24 de octubre que atribuyan la misma función al arquitecto superior que al arquitecto técnico había venido determinando que en la mayoría de los casos en los que se acusaba de delito del art. 316 ó 317 a un arquitecto técnico éste resultara condenado, y en cambio absuelto si se trataba de un arquitecto superior.⁵⁰³ A dicha interpretación se ha visto obligado a poner fin el TS en su conocida sentencia de 5 de septiembre de 2001 (ponente Delgado García) en la que, pese a absolver al Arquitecto superior, se señala que en la dirección de la obra tiene como tarea primordial la del cumplimiento de la normativa establecida en beneficio de la seguridad de los trabajadores.⁵⁰⁴

En la doctrina, Dopico Gómez-Aller⁵⁰⁵ pone de manifiesto que la citada regulación agudiza un problema ya de por sí complicado, creando desde su punto de vista una situación determinante de una fuerte indefinición e inseguridad jurídica.

Sentado lo anterior, entiendo que la cuestión de la responsabilidad penal de arquitectos superiores y arquitectos técnicos debe considerarse resuelta con lo que hasta ahora he venido argumentando:

En aquellos casos en los que se deba nombrar coordinador de seguridad y salud, éste formará parte de la dirección facultativa, por lo que recibirá el tratamiento que he comentado en el punto anterior,⁵⁰⁶ quedando exonerados por tanto de responsabilidad sus compañeros que asuman las tareas de director de obra o de director de ejecución de obra, siempre que no sean testigos de deficiencias

⁵⁰³ HORTAL IBARRA. *Protección penal de la seguridad*, pp. 279 y 280 y nota a pie de p. 681, aprobadoramente.

⁵⁰⁴ Muy críticos con la misma y con la STS de 26 de septiembre de 2001 (ponente Martín Canivell) sobre la misma cuestión, MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, pp. 391, 392, 450 y 451 y nota a pie de p. 304, que califican la interpretación como extensiva y la actuación del arquitecto como colaborador en el cumplimiento de un deber ajeno, señalando que sólo desde el punto de vista una vez más, de la delegación y siempre que ejerzan funciones directivas, podrán ser responsables los arquitectos. De acuerdo HORTAL IBARRA *supra*, p. 282. Por mi parte, sólo me puedo mostrar conforme en la crítica a la resolución del caso concreto de la primera sentencia, no en la crítica general.

⁵⁰⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER. *Del riesgo al resultado*, pp. 520 y 521.

⁵⁰⁶ De acuerdo con el planteamiento de la cuestión en dichos términos MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO *supra*, p. 450.

preventivas o de negligencias de su compañero coordinador de seguridad y salud que acarreen una situación de peligro para los trabajadores.⁵⁰⁷

En los casos en los que, como es frecuente, por el tamaño pequeño o mediano de la obra, la dirección facultativa venga integrada por un solo arquitecto técnico o incluso por un arquitecto técnico y un arquitecto sin que se haya producido el nombramiento del coordinador de seguridad y salud, ambos desempeñarán el papel que correspondería al técnico de prevención interna en otro tipo de empresas. Por tanto, en su caso responderán como dichos técnicos, siempre que el arquitecto tenga conocimiento de las deficiencias o negligencias por haberle sido puestas de manifiesto por el arquitecto técnico o por haberlas observado personalmente.⁵⁰⁸ Pudiendo ser asimismo responsables a través del mecanismo del art. 318 CP.

Una postura distinta a la mía en la doctrina sostiene *Dopico Gómez-Aller*.⁵⁰⁹ Este autor manifiesta que, cada uno en su ámbito respectivo, arquitecto superior y arquitecto técnico están al mando de la obra, y son quienes pueden conducirla de modo seguro o inseguro, dado que son los que deben proyectar las medidas de seguridad y vigilar su efectivo cumplimiento. Añade que las puestas en peligro por instrucciones indebidas no deben plantear problemas en cuanto a la imputación del arquitecto superior, puesto que por mucho que no sea el más directo responsable de la seguridad en la ejecución, su intervención activa al dar instrucciones es la que desestabiliza la situación y a la que cabe imputar el peligro.

Opinión distinta mantiene la antes citada SAP de Zaragoza, Sección 3ª, de 30 de abril de 2004 (ponente López López de Hierro), que entiende que del art. 12 de la LOE de 5 de noviembre de 1999 se deriva que el arquitecto que figure como director de obra no tiene dentro de sus obligaciones estrictas la de controlar y vigilar personalmente las medidas de seguridad. Añade que en el caso concreto el arquitecto había elaborado el plan básico de seguridad que había entregado al

⁵⁰⁷ De acuerdo DOPICO GÓMEZ-ALLER. *Del riesgo al resultado*, p. 521, que señala en este punto que arquitecto superior y técnico estarían ambos obligados a investigar si tuvieran conocimiento de indicios que les hicieran dudar sobre ciertas condiciones de seguridad, sin que quepa apreciar una conducta típica en los supuestos de cumplimiento de los deberes de inspección genéricos sin percibir nada.

⁵⁰⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER *supra*, pp. 520 y 521. Nuevamente me muestro de acuerdo con dicho autor cuando manifiesta que no debe plantear problemas la omisa corrección de situaciones peligrosas si se demuestra que el arquitecto Superior o técnico supo del peligro y omitió corregirlo o no lo valoró de manera negligente.

⁵⁰⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER. *Del riesgo al resultado*, pp. 520 a 521.

promotor en el que se exponía como riesgo posible el acaecido y se describían las medidas a adoptar, pero no había intervenido en la obra.

Postura contraria mantiene el AAP de Sevilla, Sección 7ª, de 28 de octubre de 2004 (ponente González Fernández), que entiende que hay que considerar la dirección de la obra como una estructura global de la que no pueden considerarse desgajadas las cuestiones de seguridad y salud, por lo que confirma el auto de procedimiento abreviado contra el arquitecto superior integrante de la dirección facultativa.

A dicha conclusión llega tras analizar la misma normativa que la sentencia anterior y también el art. 3.2 del Decreto 462/1971 de 11 de marzo, modificado por Real Decreto 129/1985 de 23 de enero, sobre Dirección de Obras de Edificación y Cédulas de Habitabilidad. Dicho artículo establece que "los Técnicos Directores de la obra tienen como función esencial velar por la adecuación de la edificación en construcción al proyecto", mas en el apartado precedente se define la "dirección técnica de la obra" como "la actividad que controla y ordena la ejecución de la edificación en sus aspectos técnicos, económicos y estéticos coordinando, a tal efecto, las intervenciones de otros profesionales técnicos cuando concurren a la misma."

Puede observarse, por tanto, que respecto a los integrantes de la dirección facultativa se da la paradoja de que no pueden ser sujetos de responsabilidad administrativa, siendo asumida ésta en todo caso por el promotor que los nombró y, sin embargo, sí pueden, en su caso, ser sujeto activo del delito.⁵¹⁰

F) Autónomos

Como ya hemos comentado en otros apartados del presente trabajo, de acuerdo con la interpretación amplia del término del art. 316 CP "trabajadores", el hecho de que los autónomos estén conforme al art. 8 del TRET excluidos de la condición de contratados laborales y sean considerados como contratados mercantiles, no puede llevar a considerarlos excluidos de la protección del derecho penal. Lo anterior puede afirmarse con independencia del hecho, frecuente en la práctica de que en las obras pequeñas no haya trabajadores por cuenta ajena, sino sólo autónomos. De todo ello y desde mi punto de vista, ya puesto de manifiesto con anterioridad, se deduce que sólo pueden quedar

⁵¹⁰ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, pp. 107 y 255.

excluidos de la autoría jurídico penal, los particulares que contraten autónomos para la reforma de sus viviendas particulares.

Hasta ahora se ha visto a los autónomos como sujeto pasivo-víctima del delito, pero es asimismo posible hablar de ellos como sujeto activo.

Así, la legislación les impone obligaciones propias de los trabajadores y al mismo tiempo de los empresarios. No hay que olvidar que con frecuencia una sola persona es insuficiente para el desempeño del trabajo encomendado en una obra y se hace precisa la ayuda de otras a las que contrata por cuenta ajena. Pues bien, en estos supuestos, con independencia del cumplimiento o no de las obligaciones tributarias o de seguridad social del autónomo respecto al ayudante, éste tendrá la consideración de trabajador a efectos de la prevención. El autónomo deviene así empresario, y como tal deberá tratarse igual que al promotor, constructor o subcontratista, es decir, respecto a sus propios trabajadores, el autónomo es empresario principal. Prueba de lo anterior es que, como señala *Sánchez de la Arena*,⁵¹¹ le son exigibles las obligaciones preventivas del art. 15 de la LPRL, y del art. 10 y de las disposiciones mínimas del Anexo IV del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre.

G) Encargado de obra

Como señalan *Martín Lorenzo y Ortiz de Urbina*,⁵¹² la figura del encargado de obra no existe como institución normada, por lo que su papel dependerá de la concreta obra en construcción de que se trate. Coincido por tanto, con los autores citados en cuanto a la necesidad de remisión a lo señalado sobre el significado del art. 318 CP y su referencia a los encargados. Sintéticamente,⁵¹³ mi posición viene a coincidir con imputar a los encargados a través del art. 318 CP, de conformidad con lo señalado sobre dicha figura por el Tribunal Supremo.⁵¹⁴

⁵¹¹ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, p. 97.

⁵¹² MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Los delitos contra la seguridad*, p. 452.

⁵¹³ V. Epígrafe IV.5 C)

⁵¹⁴ No coincido, por tanto, con la postura que defienden al respecto para el capataz MARTÍN LORENZO y ORTIZ DE URBINA GIMENO. *Ibidem* y nota a pie de p. 306. Para jurisprudencia sobre encargado de obra de construcción es suficientemente ilustrativa la citada por estos mismos autores, *supra*, p. 453 (SAP de Alicante, Sección 3ª, de 11 de febrero de 2004 - ponente Mira-Perceval Verdú, SAP de León, Sección 2ª, de 30 de septiembre de 2004, ponente Muñiz Díez o SAP de Barcelona, Sección 8ª, de 5 de octubre de 2004 (ponente Navarro Morales) La misma suele basar la condena del encargado de obra en sus funciones de dirección de la misma.

H) Fabricantes y suministradores

Aunque como señala *López Barja de Quiroga*⁵¹⁵ es posible entender que los mismos se hallan incluidos en la normativa sectorial de la construcción a través del art.15 de la LOE de 5 de noviembre de 1999, lo cierto es que a los efectos preventivos que aquí interesan, dicha referencia es claramente insuficiente. Necesitará ser completada con lo dispuesto en la LPRL, que obliga a los fabricantes, importadores y suministradores a asegurar que los materiales, maquinaria y equipos de trabajo no constituyan una fuente de peligro para el trabajador y a dar la información necesaria para evitar los posibles riesgos en su utilización. Corresponde al constructor⁵¹⁶ la obligación de asegurar que dicha información, en la línea interpretativa que vengo sosteniendo, sea comprensible a los trabajadores. Caso contrario, como he señalado *supra*, desde mi punto de vista el constructor será autor del delito por no haber facilitado medios.

⁵¹⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *La responsabilidad penal*, p. 58.

⁵¹⁶ SÁNCHEZ DE LA ARENA. *Seguridad y salud*, p. 108 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA *supra*, p. 71, sostienen, en opinión muy discutible, que dicha obligación corresponde al promotor. Entiendo que ello sólo será sostenible si aporta él mismo los materiales o tiene trabajadores a su cargo. Si no, el encargado de aportar tanto los materiales como los trabajadores, y, por ende, sus equipos, será el constructor. Lo cual se ve además confirmado por la dicción del art. 15 del R.D. 1627/1997 de 24 de octubre.

VIII. CONCLUSIONES

1. Partiendo de una concepción del bien jurídico como emanación del consenso ciudadano y elemento limitador de la potestad legislativa, se puede concluir que en el tipo penal objeto de estudio el bien jurídico protegido es el derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal. A dicha conclusión se llega con los indicios que proporcionan la interpretación sistemática o *ad rubricam* y la interpretación histórica. No obstante, la clave reside en la interpretación teleológica del precepto, teniendo en cuenta, además, que se trata de un bien jurídico doblemente constitucionalizado en los arts. 15 y 40 CE. El bien jurídico alcanzado modula, como se verá, las respuestas a cuestiones como el concurso de delitos, el desistimiento y la tentativa o los sujetos pasivos del delito.

2. De acuerdo con un sector doctrinal y con la jurisprudencia del TS (STS de 26 de septiembre de 2001 –ponente Martín Canivell–) el tipo cuenta con tres elementos: el descriptivo, “No facilitar los medios necesarios”; el normativo, “Con infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales” y el valorativo, “Pongan en peligro grave la vida, salud e integridad física de los trabajadores”.

3. La cuestión de si el delito es un delito de omisión o de comisión por omisión, se resuelve al considerar que no se trata de una cuestión naturalística sino de estructura normativa. El delito objeto de estudio se cometerá tanto si no se facilita medio alguno como si los que se facilitan son insuficientes o ineficaces, tratándose por tanto de un delito de omisión por infracción de una norma imperativa: la que exige poner al alcance de los trabajadores medidas de seguridad suficientes. De otro lado, la expresión “medios necesarios” incluye la totalidad de deberes extrapenales, muy especialmente los deberes de información y vigilancia, sin que ello viole el principio de legalidad.

4. La normativa infringida de prevención de riesgos laborales, amén de la obvia LPRL y decretos de desarrollo y sectoriales, viene constituida asimismo por los convenios colectivos, tanto estatutarios como extraestatutarios, la normativa europea, la normativa de las CCAA y los contratos individuales. La inclusión de estos no supera el tenor literal típico, en cuanto serían la norma que regula la prevención de riesgos en aquellas empresas que así lo establezcan. Toda la

normativa incluye todos los deberes extrapenales como deberes cuya violación deviene típica, inclusive el deber de vigilancia de las medidas previamente facilitadas. La única normativa que no queda incluida es la *lex artis*. A diferencia de lo que sostiene cierta jurisprudencia (por todas, STS Sala 2ª, de 26 de julio de 2002 –ponente Giménez García–) no es necesario que la infracción de la normativa, sea grave: basta una infracción leve si pone en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

5. La gravedad del peligro, que es un peligro grave concreto, es un elemento de valoración judicial. De entre las distintas teorías para ayudar al Juez a tomar dicha decisión, la más adecuada es la que hace referencia, en los términos del art. 4.2 de la LPRL, según el cual para determinar la gravedad del peligro deben valorarse (*ex ante facto*) la probabilidad del peligro y la severidad del daño. A ello contribuye el hecho de que el legislador haya querido que el espacio de riesgo permitido en el presente delito sea mínimo. Las teorías de la probabilidad mayor de un resultado grave, del empleo de medios extraordinarios, del azar o de la clasificación de infracciones muy graves, graves o leves que realizan los Inspectores de Trabajo de acuerdo con la legislación de prevención de riesgos laborales presentan insuficiencias que no las hacen plenamente satisfactorias.

6. Partiendo de la teoría de los actos intermedios en los delitos de resultado (de peligro) y del hecho innegable de que el tipo contiene un elemento resultativo (el peligro grave concreto para la vida, salud e integridad física de los trabajadores), hay que admitir que caben tanto la tentativa como el desistimiento. Si la realización típica se ha iniciado por actos externos pero no se ha producido el hecho intermedio relevante de haber comenzado los trabajadores a realizar su trabajo sin las medidas preventivas adecuadas, la conducta no está consumada, pero es típica. Las opiniones doctrinales que consideran que conceptualmente, el resultado (de peligro) no es tal, sino que se trata del elemento valorativo del tipo, pese a su buena fundamentación deben ser desechadas en pos de la mejor fundada y con perfecto encaje en el tipo objeto de estudio, teoría de los actos intermedios relevantes.

7. El delito contra el derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal es un delito especial. La cláusula limitativa de la autoría “[...] los que estando legalmente obligados [...]” lleva en primer lugar a considerar posible autor al empresario, un concepto que no puede ser entendido conforme a los estrechos límites del art.1 del TRET. No obstante, de acuerdo con la sistemática del art. 14.4 LPRL, son muchos más los sujetos

obligados a facilitar medios que pueden ser considerados autores de los delitos de peligro de los arts. 316 y 317, sin que quepa considerar que la autoría jurídico-penal puede venir condicionada por la normativa extrapenal de rango legal o reglamentario.

8. Siguiendo la sistemática del art. 14 de la LPRL, los empresarios personas físicas responderán del delito en todo caso, hayan o no nombrado trabajadores para encargarse de la prevención de riesgos. En su caso, dichos trabajadores responderán si el empresario les facilitó mando. En caso contrario, si comunicaron al empresario los déficits de seguridad y éste no actuó, será éste el responsable. En los casos en que los trabajadores designados no tienen mando y no son obedecidos por sus compañeros y tampoco lo comunican al empresario, existe una laguna de punibilidad. Por ello, de *lege ferenda* se propone que el legislador imponga al empresario la obligación *ex lege* de dar mando en estos supuestos o alternatively defina qué debe entenderse por medios para que de esta manera la conducta empresarial de no dar mando sea punible.

9. El empresario persona jurídica responde a través del juego de los arts. 31 y 318 CP, que a diferencia de lo que sostiene la mayoría de la doctrina tienen distinto ámbito de aplicación y son ambos aplicables al delito objeto de estudio,. El art. 318 se aplicará a los administradores de hecho o de derecho, a los encargados del servicio (en la definición jurisprudencial de los mismos) y a todos aquéllos que pudiendo evitarlo, no hubieran hecho lo necesario para remediarlo. También se puede responder a través del mecanismo de la delegación, dado que la misma transfiere el deber al delegado, constituyéndolo así en garante y al empresario en controlador de dicha posición de garante. Los técnicos de prevención externa no pueden ser en cambio responsables del delito, del mismo modo que tampoco pueden serlo los sindicatos y los Inspectores de Trabajo, pudiendo estos últimos ser responsables en caso de negligencia en su informe o de no haber advertido las deficiencias de seguridad en su inspección.

10. Como afirma un sector doctrinal, el tipo imprudente no presenta ninguna diferencia de estructura objetiva con el tipo doloso, sólo existe la diferencia de tipo subjetivo, consistente en la ausencia de dolo. Por ello, la mayoría de los supuestos en los que la jurisprudencia condena por imprudencia son dolosos, dado que la insuficiencia consciente de medidas, pese a haber sido advertido el autor de su necesidad, convierte la misma en eventualmente dolosa, incluso aunque se desee que no se produzca el resultado lesivo. De otra parte, el tipo lesivo de resultado será casi siempre el gravemente imprudente (arts. 142 y 152

CP), sobre la base de la primacía del desvalor de la acción *ex ante facto* frente al desvalor del resultado. Se excepcionan los supuestos en los que la infracción de la norma de cuidado coincide con el tipo de peligro y la infracción de éste fue imprudente, los casos de concurrencia del riesgo creado por el autor con riesgos creados por terceros o por el azar y los de autopuesta en peligro.

11. Para poder hablarse de la existencia de una autopuesta en peligro es necesario que el trabajador asuma consciente y libremente el riesgo. Admiten matizaciones los supuestos de habituación al riesgo, precariedad laboral y desobediencia del trabajador, siempre que esta última no aumente considerablemente el riesgo. Para resolver las autopuestas en peligro debe usarse, como señala la mayoría de la doctrina, la teoría de la imputación objetiva, sin que sea necesario recurrir a la causalidad, como hace el TS. Frente a otros ámbitos, en la prevención de riesgos debe considerarse que no existe un principio de confianza, dadas las normas legales relativas al empresario y la necesidad del trabajador de conservar su puesto de trabajo y su obligación de obedecer las órdenes del empresario. Si la desobediencia del trabajador es grave y consciente, el empresario quedará impune, pero desde la Administración debería incentivarse el uso por parte del empresario de la batería de medidas disciplinarias que tiene a su alcance en la legislación contra esta clase de comportamientos.

12. El principio *non bis in idem* no está expresamente reconocido por la constitución, pero sí por normativa europea y en el CEDH. Dicho principio tiene rango de derecho fundamental, no pudiendo ser dejada su aplicación en manos de la Administración. La misma deberá llevarse a cabo por los tribunales del orden penal, pues es donde el ciudadano cuenta con mayores garantías, en aplicación de la STC 2/2003 y la interpretación que la doctrina lleva a cabo de la misma. Las sanciones administrativas anteriores a la sentencia penal deberán ser anuladas por ésta. Las sanciones posteriores, si se demuestra que la Administración conocía el fallo, serán nulas de pleno derecho de acuerdo con el art. 62.1.d) de la LRJAPPAC; en caso contrario, se anularán por la jurisdicción penal en ejecución de sentencia mediante auto. Si la sanción administrativa hubiera sido revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa y la sentencia fuera firme, el tribunal penal debería dictar auto de sobreseimiento libre. Se propone de *lege ferenda* que se añada un nuevo supuesto de sobreseimiento al art. 637 de la LECrim.

13. El esquema general de imputación desarrollado a lo largo del presente trabajo es plenamente aplicable al sector de las obras en construcción, que es el que

mayor siniestralidad produce. Es de particular importancia interpretativa en el mismo el RD 1627/1994 de 27 de octubre. De acuerdo con ambos criterios interpretativos se obtienen definiciones específicas de medios para el sector y una imputación de todos los sujetos con mando de distinto grado que intervienen en el proceso de construcción que permiten la plena tutela del derecho de los trabajadores a desempeñar su trabajo en condiciones mínimas de seguridad personal.

IX. JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES (SECCIONES PENALES)

- SAP de Barcelona, Sección 10ª, de 3 de octubre de 1994 (ponente Gimeno Jubero)
- SAP de Guadalajara de 25 de junio de 1998 (ponente Serrano Frías)
- SAP de Barcelona, Sección 3ª, de 14 de mayo de 1999, (ponente Ingelmo Ruiz)
- SAP de Teruel de 31 de enero de 2000 (ponente Ochoa Fernández)
- SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 22 de marzo de 2000 (ponente Arroyo Romagosa)
- SAP Barcelona, Sección 2ª, de 25 de abril de 2000 (ponente Martín García)
- SAP de Baleares de 17 de mayo de 2000 (ponente Gómez-Reyno Delgado)
- SAP de Barcelona, Sección 8ª, de 14 de septiembre de 2000 (ponente Morales García)
- SAP de Palencia, Sección Única, de 9 de noviembre de 2000 (ponente Bugidos San José)
- SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001 (ponente Puente Segura)
- SAP de Zaragoza, Sección 1ª, de 29 de mayo de 2001 (ponente López Millán)
- SAP de Tarragona de 23 de julio de 2001 (ponente Díaz Muyor)
- SAP de León de 22 de noviembre de 2001 (ponente Muñiz Díez)
- SAP de Málaga, Sección 3ª, de 20 de abril de 2002 (ponente Morales González)
- SAP de Castellón de 3 de septiembre de 2002 (ponente Ibáñez Solaz)
- SAP de Lérida, Sección 1ª, de 13 de noviembre de 2002 (ponente Segura Sancho)
- SAP de Vizcaya de 26 de noviembre de 2002 (ponente Martínez Saez)
- SAP de Barcelona, Sección 10ª, de 27 de enero de 2003 (ponente Planchat Teruel)
- SAP de Barcelona, Sección 2ª, de 2 de septiembre de 2003 (ponente Martín García)
- SAP de Orense de 10 de septiembre de 2003 (ponente Alañón Olmedo)
- SAP de Lugo de 19 de septiembre de 2003 (ponente Varela Agrelo)
- SAP de Oviedo de 2 de octubre de 2003 (ponente. Barrios Bernardo-Rúa)
- SAP de Madrid de 6 de octubre de 2003 (ponente Fernández Entralgo)
- SAP de Sevilla, Sección 4ª, de 29 de octubre de 2003 (ponente Barros Sansinforiano)
- SAP de Valladolid de 30 de enero de 2004 (ponente Ruiz Romero)

SAP de Alicante, Sección 3ª, de 11 de febrero de 2004 - ponente Mira-Perceval Verdú

SAP de Valencia, Sección 5ª, de 19 de febrero de 2004 (ponente Rius Alarcó)

SAP de Sevilla de fecha de 12 de marzo de 2004 (ponente Malpica Soto)

AAP de Barcelona, Sección 6ª, de 25 de marzo de 2004 (ponente Balibrea Pérez)

SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 13 de abril de 2004 (ponente Perarnau Moya)

SAP de Barcelona, Sección 7ª, de 26 de abril de 2004 (ponente Sotorra Campodarve)

SAP de Madrid de 26 de abril de 2004 (ponente Jorge Barreiro)

SAP de Huelva, Sección 1ª, de 28 de abril de 2004 (ponente García García)

SAP de Zaragoza, Sección 3ª, de 30 de abril de 2004 (ponente López López de Hierro)

SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 3 de mayo de 2004 (ponente Perarnau Moya)

AAP de Vizcaya, Sección 6ª, de 18 de mayo de 2004 (ponente Arévalo Lassa)

SAP de Tenerife de 21 de mayo de 2004 (ponente Toro Alcaide)

AAP de Madrid, Sección 1ª, de 27 de mayo de 2004, (ponente Perdices López)

SAP de Barcelona, Sección 8ª, de 1 de junio de 2004 (ponente Navarro Morales)

SAP de León de 3 de junio de 2004 (ponente Tomás Carrasco)

SAP de Orense de 14 de junio de 2004 (ponente Alañón Olmedo)

SAP de Zaragoza de 12 de julio de 2004 (ponente Blasco Obladé)

SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 23 de septiembre de 2004 (ponente Benlloch Petit)

AAP de Madrid, Sección 5ª, de 29 de septiembre de 2004 (ponente Bertrán Núñez)

SAP de León, Sección 2ª, de 30 de septiembre de 2004 (ponente Muñiz Díez)

SAP de Barcelona, Sección 8ª, de 5 de octubre de 2004 (ponente Navarro Morales)

AAP de Sevilla, Sección 7ª, de 28 de octubre de 2004 (ponente González Fernández)

SAP de Almería, Sección 1ª, de 3 de noviembre de 2004 (ponente Soler Beltrán)

AAP de Álava de 19 de noviembre de 2004, (ponente Guerrero Romeo)

SAP de Alicante, Sección 1ª, de 9 de febrero de 2005, (ponente González Pastor)

SAP de Guipúzcoa de 21 de febrero de 2005 (ponente Moreno Galindo)

SAP de Jaén de 21 de febrero de 2005 (ponente Aguirre Zamorano)

SAP de Valencia de 9 de marzo de 2005 (ponente Tomás i Tió)

SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 13 de marzo de 2005 (ponente Obach Martínez)

SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 1 de abril de 2005 (ponente Plaza López).

SAP de Cantabria de 31 de mayo de 2005 (ponente Ilaria Ibáñez)

SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 13 de junio de 2005 (ponente Hernández García)

SAP de Cádiz de 27 de junio de 2005 (ponente Ercilla Labarta)

SAP de Cádiz de 29 de junio de 2005 (ponente Fernández Marín)

SAP de Almería, Sección 3ª, de 7 de septiembre de 2005 (ponente Jiménez de Cisneros Cid)

SAP de Barcelona, Sección 5ª, de 20 de septiembre de 2005 (ponente González Zorrilla)

SAP de Madrid, Sección 15ª, de 27 de septiembre de 2005 (ponente Jorge Barreiro)

SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 14 de noviembre de 2005 (ponente Obach Martínez)

SAP de Zamora de 21 de noviembre de 2005 (ponente Brualla Santos-Fucia)

SAP de Barcelona, Sección 6ª, de 30 de noviembre de 2005 (ponente Obach Martínez)

SAP de Almería de 20 de diciembre de 2005 (ponente García Laraña)

SAP de Burgos de 30 de diciembre de 2005 (ponente Martín Ibáñez)

SAP de Tenerife, Sección 2ª, de 8 de enero de 2006 (ponente Ástor Landete)

SAP de Málaga, Sección 2ª, de 3 de febrero de 2006 (ponente Alarcón Barcos)

AAP de Albacete, Sección 1ª, de 15 de febrero de 2006 (ponente Mateos Rodríguez)

SAP de La Rioja de 21 de febrero de 2006 (ponente Santiesteban Ruiz)

SAP de Tarragona, Sección 4ª, de 13 de marzo de 2006 (ponente Pérez Bello)

SAP de Alicante, Sección, 3ª, de 18 de mayo de 2006 (ponente Salvatierra Ossorio)

SAP de Cádiz, Sección 4ª, de 4 de junio de 2006 (ponente Marín Fernández)

SAP de Madrid, Sección 7ª, de 5 de junio de 2006 (ponente Rasillo López)

SAP de La Coruña, Sección 6ª, de 16 de junio de 2006 (ponente Sánchez Herrero)

SAP de la Rioja de 21 de junio de 2006 (ponente Santiesteban Ruiz)

SAP de Barcelona, Sección 7ª, de 20 de julio de 2006, ponente Ingelmo Fernández)

SAP de Asturias, Sección 8ª, de 28 de septiembre de 2006, (ponente Donapetry Camacho)

SAP de Vizcaya de 23 de enero de 2007 (ponente Real de Asúa)

SAP de Madrid, Sección 4ª, de 31 de enero de 2007 (ponente Cubero Flores)

SAP de Logroño, Sección 1ª, de 2 de febrero de 2007 (ponente Mota Bello)

SAP de Burgos de 22 de marzo de 2007 (ponente Marín Ibáñez)

SAP de Orense, Sección 2ª, de 23 de abril de 2007 (ponente Blanco Arce).
SAP de Tarragona, Sección 2ª, de 15 de junio de 2007 (ponente Uceda Sales)
SAP de Madrid, Sección 23ª, de 24 de julio de 2007 (ponente Mozo Muelas)
AAP de Álava de 31 de agosto de 2007 (ponente Tapia Parreño)
SAP de Vizcaya de 13 de septiembre de 2007 (ponente Yangüela Criado)
AAP de Madrid, Sección 5ª, de 16 de septiembre de 2007 (ponente Beltrán Núñez)
SAP de Guipúzcoa, Sección 1ª, de 20 de noviembre de 2007 (ponente Maeso Ventureira)
SAP de Alicante, Sección 2ª, de 11 de febrero de 2008 (ponente De Urquía Gómez)
SAP de Murcia de 24 de de marzo de 2008 (ponente Jover Carrión)
SAP de Cádiz de 7 de abril de 2008 (ponente González Castrillón)
SAP de Madrid, Sección 15ª, de 30 de mayo de 2008 (ponente Jorge Barreiro)

SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Castilla-León, Sala de lo contencioso-administrativo, de 12 de enero de 2006 (ponente Oraá González)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 2ª

STS de 22 de octubre de 1958 (ponente Quintano Ripollés)
STS de 26 de diciembre de 1989 (ponente Díaz Palos)
STS de 30 de marzo de 1990 (ponente Díaz Palos)
STS de 18 de enero de 1995 (ponente Delgado García)
STS de 14 de julio de 1999 (ponente Román-Puerta Luis)
STS de 30 de junio de 2000 (ponente Giménez García)
STS de 26 de julio de 2000 (ponente Saavedra Ruiz)
STS de 22 de diciembre de 2001 (ponente Moner Muñoz)
STS de 26 de septiembre de 2001 (ponente Martín Canivell)
STS de 23 de octubre de 2001 (ponente Jiménez Villarejo)
STS de 4 de junio de 2002 (ponente Aparicio Calvo-Rubio)
STS de 29 de julio de 2002 (ponente Giménez García)
STS de 24 de febrero de 2003 (ponente Granados Pérez)

STS de 1 de abril de 2003 (ponente Conde-Pumpido Tourón)
STS de 29 de septiembre de 2003 (ponente Granados Pérez)
STS de 13 de noviembre de 2003 (ponente Andrés Ibáñez)
STS de 22 de diciembre de 2003 (ponente Bacigalupo Zapater)
STS de 8 de marzo de 2004 (ponente Soriano Soriano)
STS de 24 de junio de 2004 (ponente Abad Fernández)
STS de 22 de noviembre de 2004 (ponente Monterde Ferrer)
STS de 25 de abril de 2005 (ponente Granados Pérez)
STS de 13 de marzo de 2006 (ponente Román-Puerta Luis)
STS de 22 de mayo de 2008 (ponente Giménez García)
STS de 23 de febrero de 2009 (ponente Prego de Oliver y Tolivar)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 3ª

STS de 22 de noviembre de 2004 (ponente Baena del Alcázar)
STS de 23 de noviembre de 2005 (ponente Fernández Valverde)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 4ª

STS de 29 de octubre de 1997 (ponente Fuentes López)
STS de 26 de enero de 1998 (ponente Martínez Garrido)
STS de 30 de abril de 1999 (ponente Bris Montes)
STS de 27 de noviembre de 2000 (ponente Fuentes López)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 11/1981 de 8 de abril (ponente Díez Picazo)
STC 53/1985 de 11 de abril (ponente Begué Antón)
STC 58/1985, de 30 de abril (ponente Escudero del Corral)
STC 136/1987 de 22 de julio (ponente Leguina Villa)
STC 108/1989 de 8 de junio (ponente Rubio Llorente)
STC 127/1990 de 5 de julio (ponente García-Mon y González-Regueral)
STC 120/1998 de 15 de junio (ponente García-Mon y González-Regueral)

STC 2/2003 de 16 de enero (ponente Casas Baamonde)
STC 229/2007 de 5 de noviembre (ponente Delgado Barrio)
STC 235/2007 de 7 de noviembre (ponente Gay Montalvo)
STC 129/2008 de 27 de octubre (ponente Casas Baamonde)
STC 103/2009 de 28 de abril (ponente Pérez Tremps)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

STJCEE de 11 de febrero de 2003, caso *Gözütok*
STJCEE de 16 de junio de 2005 (ponente *Cunha Rodríguez*)
STJCEE de 9 de marzo de 2006, caso *Miraglia*

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH 23 de octubre de 1995, caso *Gradinger c. Austria*
STEDH de 30 de julio de 1998 caso *Oliveira c. Suiza*
STEDH de 29 de mayo de 2001, caso *Franz Fischer c. Austria*
STEDH de 30 de mayo de 2002, caso *W. F. c. Austria*
STEDH de 6 de junio de 2002, caso *Sallen c. Austria*

X. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLANET GUILLOT, Francesc. *La responsabilidad penal en la construcción*. Barcelona: Cedecs, 2005.
- AGUADO LÓPEZ, Sara. *El delito contra la seguridad en el trabajo: Arts. 316 y 317 CP*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.
- ALBIN ESER, M. “La adecuación social: ¿figura superflua o necesaria? Reflexiones respecto a la concesión de ventajas socialmente habituales”, en *Revista de Derecho Penal*, Madrid, 2002, p. 453.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*. Granada: Comares, 2002.
- ALMELA VICH, Carlos. “**Delitos contra la vida**, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de las obras en construcción”, en *Actualidad Penal*, 28, Madrid, 1998, p. 499.
- ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel. “**Concepto, antecedentes, fundamento** y naturaleza jurídica del art. 316 CP”, en *EMF*, Madrid, 2001, p. 277.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de Derecho Penal del Trabajo*. Madrid: Civitas, 1998.
- BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Cedecs, 1998
- BARTOMEUS PLANA, Daniel. “El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo”, en ROJO TORRECILLA, Eduardo (coord.). *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*. Barcelona: Bosch, 1998.
- BAYLÓS GRAU, Antonio y TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Derecho Penal del Trabajo*. Madrid: Trotta, 2003.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luí; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramon y GARCÍA RIVAS, Natalia. *Lecciones de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1996
- CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo José. “Criterios de imputación en estructuras jerárquicas”, en *RMF*, 12, Madrid, 2004, p. 49.
- CAPITÁN PÉREZ, Luis. “La actuación administrativa en materia de prevención de riesgos laborales”, en SAEZ VALCÁRCEL, Ramón (dir.). *Siniestralidad laboral y Derecho Penal*, *CDJ*, XV, Madrid, 2005, p. 239
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “Art. 316 CP”, en VIVES ANTÓN, Tomás (coord.). *Comentarios al CP de 1995*, vol. II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 564

- CASTIÑEIRA PALOU, María Teresa; LLOBET ANGLÍ, Mariona y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales” en *Indret*, 265, 2005.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal Parte General*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. “Comentario al artículo 129 CP”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.). *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium, 2005.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos supraindividuales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; CARDENAL MONTRAVETA, Sergi y HORTAL IBARRA, Juan Carlos. “Protección penal de los accidentes laborales. (A propósito de la SAP de Barcelona, Sección 2ª, de 2 de septiembre de 2003)”, en *Revista del Poder Judicial*, 71, Madrid, 2003, p. 39.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Derecho Penal de la Empresa*. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- COTILLAS Moya, José Carlos. “La intervención culpable de los trabajadores en el delito contra la seguridad en el trabajo”, en *La Ley*, 16, Madrid, 2005, p. 7.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz. “Tipicidad e Imputación Objetiva”, en <http://www.geocities.com/icapda/index.htm>
- DE LEÓN VILLALBA, Francisco. *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio non bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 2001.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “**Sujetos responsables** de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito laboral y penal. En especial la responsabilidad penal de los técnicos de prevención de riesgos laborales”, en *Actualidad Penal*, nº 12, Madrid, 2003, p. 333.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Delitos contra los derechos de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- DE VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal de la circulación. Delitos relacionados con la seguridad vial*. Barcelona: Bosch, Barcelona, 2008.
- DEL REY GUANTER, Salvador. *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús. “**La autoría** en organizaciones complejas”, en *CDJ, CGPJ*, Madrid, 1999, p. 205.
- DIAZ PITA, María Del Mar. *El dolo eventual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

- DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*, 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS en “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado” <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> (última visita 25 de agosto de 2009).
- DÍEZ ECHEGARAY, José Luis. *La responsabilidad penal de los socios y administradores*. Madrid: Montecorvo, 1997
- DOLZ LAGO, Manuel Jesús. *Las imprudencias punibles en la construcción. Desde el arquitecto al albañil. Estudio jurisprudencial*, 2ª ed. Tenerife: Universidad de La Laguna, 1996.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Del riesgo al resultado. Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción”, en POZUELO PÉREZ, Laura (coord.). *Derecho Penal de la Construcción*. Granada: Comares, 2006.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados de servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores atribuidos a una persona jurídica. Consideraciones de lege ferenda”, en *Revista General de Derecho Penal*, 9, Madrid, 2008, p. 49.
- ECO, Umberto. *Cómo se hace una tesis* 1ª ed., Barcelona: Gedisa, 2001.
- EZQUIAGA, Francisco Javier. “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01338308644248274088802/p0000006.htm#I_8 (última visita 25 de agosto de 2009).
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Indalecio; ELLACURÍA BERRIO, José Manuel e ITURRATE ANDECHAGA, José Manuel. *La responsabilidad penal en los accidentes de trabajo*. Valencia: Tro, 1999.
- FIGUEROA NAVARRO, María Del Carmen. “La responsabilidad laboral por infracción de las normas de prevención de riesgos laborales”, en *CDJ*, 19, Madrid, 2005, p. 152.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. “La protección penal de la seguridad en el trabajo en el CP vigente y en el proyecto de CP de 1992.” en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (coord.). *XIII curso de verano en San Roque (Cádiz)*, 1993.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al derecho penal*. 4ª ed. Madrid: Fundación Ramón Areces, 2006.
- GIL GIL, ALICIA. *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*. Barcelona: Atelier, 2007.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Causalidad, omisión e imprudencia”, en *ADPCP*, Madrid, 1994, p.5.

- GÓMEZ POMAR, Fernando y AGRAFOJO VÁZQUEZ, Iria. “Culpa de la víctima y derecho sancionador”, en *Indret*, 258, Barcelona, 2004.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago y CARRERO DOMÍNGUEZ, Carmen. “Normativa en materia de Prevención de Riesgos Laborales y delito contra la seguridad en el trabajo” en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.). *Derecho Penal de la Empresa*. Pamplona: Aranzadi, 2002.
- GONZÁLEZ SOLER, Olayo Eduardo. “**Muerte y lesiones** por imprudencia laboral” en *EMF*, Madrid, 2001, p. 234.
- GRACIA MARTÍN, Luis. “Instrumentos de imputación jurídico-penal en la criminalidad de empresa y reforma penal”, en *Actualidad Penal*, 16, Madrid, 1993, p. 213.
- GRACIA MARTÍN, Luis. “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coords.). *Responsabilidad penal de la empresa y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996.
- GRACIA MARTÍN, Luis. “¿Qué es modernización del Derecho Penal?” en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís (ed.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje a Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.
- GRACIA MARTÍN, Luis y ESCUCHURI AISA, Estrella. *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- GUILLAMÓN SENENT, José Vicente. “Las consecuencias accesorias del art. 129 CP y el principio *societas delinquere non potest* “, en *RMF*, 12, Madrid, 2004, p. 225.
- GUINARTE CABADA, Gumersindo. “Art. 129” en VIVES ANTÓN, Tomás (coord.). “Comentarios al Código Penal de 1995”. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995
- GUIASOLA LERMA, Cristina. *La imprudencia profesional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- HAVA GARCÍA, Esther. *La imprudencia inconsciente*. Granada: Comares, 2002.
- HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*. (edición española de Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo). Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- HIRSCH, Hans Joachim. “Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Modernas tendencias en la Criminología y el Derecho Penal” en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico*, (traducido por Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo), Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- HORTAL IBARRA, Juan Carlos. *Protección Penal de la seguridad en el trabajo*. Barcelona: Atelier, 2005.

- HORTAL IBARRA, Juan Carlos. “Delimitación del riesgo típico en el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP): especial atención a la relevancia jurídico-penal de la infracción del deber de vigilancia, en *Cuadernos de política criminal*, 96, Madrid, 2008, p. 73.
- HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuricidad*. Madrid: Tecnos, 1984.
- HUERTA TOCILDO, Susana. “El derecho fundamental a la legalidad penal” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39, Madrid, 1993, p. 89.
- JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, Luis. “Art. 316” en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir). *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*. Madrid: Trivium, 1997.
- JOSHI JUBERT, Ujala. *Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*. Barcelona: Bosch, 2005.
- LADOGNY, Otto. “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico*, (traducido por Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo), Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho Penal Español, parte especial*. Madrid: Tecnos, 1996.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La Protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, 1ª ed. Madrid: Civitas, 1994.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.). *Compendio de Derecho Penal*, vol. II, Madrid: Fundación Ramón Areces, 1998.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “**La prevención penal** de los riesgos laborales: cinco preguntas” en CARBONELL MATEU, Juan Carlos; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; MORILLAS CUEVA, Lorenzo; ORTS BERENGUER, Enrique y QUINTANAR DÍEZ, Manuel (coords.). *Estudios en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*. Madrid: UCM, 2006.
- LLANZA PRIMO DE RIVERA. *El delito acústico*, en http://www.ruidos.org/Documentos/Llanza_sobre_chapo.html. (última visita 25 de agosto de 2009)
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *La responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción*. Madrid: Leynfor, 2000.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y MIR PUIG, Santiago (coords.). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona, 1995, p. 30.

- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Caso fortuito y creencia razonable: error objetivamente invencible y consentimiento presunto como causas de justificación o exclusión de la tipicidad penal”, en *Revista General de Derecho Penal (RGDP)*, 9, Madrid, 2008
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, Consuelo. “La conducta de la víctima y su influencia en la existencia del delito”, en *EMF*, vol V, Madrid, 2002, p. 81
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. “La relación dolo de peligro-dolo eventual de lesión”, en *ADPCP*, Madrid, 1995, p. 419.
- MARTÍN LORENZO, María y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “**Los delitos contra la seguridad** de los trabajadores en el ámbito de la construcción”, en POZUELO PÉREZ, Laura (coord.). *Derecho Penal de la construcción*. Granada: Comares, 2006.
- MARTÍN LORENZO, María y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. “Guía InDret de la jurisprudencia sobre responsabilidad penal por riesgos laborales. Un análisis empírico y dogmático”, en *InDret*, Barcelona, 2009.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte Especial*, 1ª ed., 1ª Reimpresión, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del big crunch en la selección de bienes jurídicos penales “, en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (coord). *Libro homenaje a Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “Causalidad e imputación objetiva del resultado. Una primera aproximación” en *CDJ*, XXVI, Madrid, 1994, p. 83.
- MEINI, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas, 2001.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.
- MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (coords.). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1995.
- MIR PUIG y LUZÓN PEÑA (coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996.
- MIR PUIG, Santiago. “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto” en *ADPCP*, T. XLI, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1988, p. 661.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, 6ª ed. Barcelona: Reppertor, 2002.

- MONGE FERNÁNDEZ, Antonia. *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2001.
- MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medio ambiental*. Barcelona: Atelier, 2008.
- MORALES GARCÍA, Oscar “Responsabilidad penal asociada a la siniestralidad laboral”, en *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*. Barcelona: Seminario de la Universitat Oberta de Catalunya, 2005
- MORALES PRATS, Fermín. “Desvalor de la acción y desvalor del resultado”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.). *Comentarios al nuevo CP*. Pamplona: Aranzadi, 2008.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. Barcelona: Bosch, 1972.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal Parte especial*, 16ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte general*, 17ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- MUÑOZ QUIROGA, Antonio. “El principio de *non bis in idem*”, en *REDA*, 45, Madrid, 1985, p. 133.
- NAVAJAS RAMOS, Luis. “El sujeto activo en el delito de riesgos laborales. Su determinación en los arts. 316,317 y 318 CP 1995”, en *EMF*, Madrid, 2001, p. 286.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- NAVARRO CARDOSO, Fernando y Losada Quintás, José. “**La autoría** en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, en *Actualidad Penal*, 15, Madrid, 2001, p.965.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- ORTUBAY FUENTES , Miren. *Tutela penal de las condiciones de trabajo, un estudio del 311*. Bilbao: Co, 2000.
- PENÍN ALEGRE, Clara. *La Orden europea de Detención y Entrega: España como Estado de emisión*, CGPJ, Madrid, 2008.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes. “El derecho fundamental a no padecer bis in idem y las sanciones en protección del medio ambiente” en JORGE BARREIRO, Agustín (dir.). *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente*. Granada: Comares, 2005.
- PERIS RIERA, Jaime. *La regulación penal de la manipulación genética en España*. Madrid: Civitas, 1995.

- PERIS RIERA, Jaime y GONZÁLEZ GARCÍA, Javier. *El bien jurídico protegido en los delitos relativos a la manipulación genética: criterios de incriminación*. Madrid: Dykinson, 2006.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿Dos funciones excluyentes?”, en *CDC*, Madrid, febrero 2008, p. 17.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Angel. “**Claves aplicativas** del delito de riesgo por incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales”, en *La Ley*, 5654, Madrid, 13 noviembre de 2002, p. 1748.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan. “*Non bis in idem*: significados constitucionales. Política criminal y reforma penal”, en *LH a Juan del Rosal*. Madrid: Edersa, 1993.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal Parte Especial*, 5ª ed. Barcelona: Atelier, 2008.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Derecho Penal de la culpa*. Barcelona: Bosch, 1958.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español*. Barcelona: Cymys, 1974.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín y PRATS CANUT, Miguel. *Curso de derecho penal: Parte General (Acorde con el nuevo CP de 1995)*. Barcelona: Bosch, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (editor). *Comentarios al nuevo CP*. Pamplona: Aranzadi, 2008.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *El nuevo delito de dopaje (art. 361 bis CP) y su relación concursal con otras infracciones penales*. [Ponencia en el Curso de la FGE, “Dopaje y Deporte”, dirigido por Compañy Catalá, José Miguel]. Barcelona: 24 a 26 de octubre, 2007.
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo: Análisis dogmático de los arts. 316 y 317 CP*. Madrid: IUSTEL, 2007.
- RIVERO LAMAS, Juan. “Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales”, en *Actualidad Laboral*, 36, Madrid, 1996, p. 687.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. “¿Delitos de personas jurídicas?”, en *InDret*, Barcelona, 28 de abril de 2006.

- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: UCM, 1994.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. “Código Penal Comentado”. Madrid: La Ley, 2007.
- ROMEO CASABONA, Carlos. *Límites penales a la manipulación genética*. Bilbao: Fundación BBVA, 1995.
- ROXIN, Claus. “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista Penal*, 2, Madrid, 1998, p. 61.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 2006 (traducción de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, Diego Manuel y otros)
- ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?” en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico*, (traducido por Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo), Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- SÁEZ VALCARCEL, Ramón. “Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales”, en SÁEZ VALCARCEL, Ramón (dir.). *Siniestralidad laboral y Derecho Penal*, *CDJ*, XV, Madrid, 2005.
- SALA FRANCO, Tomás. *La negociación colectiva y los convenios colectivos*, Bilbao: Deusto, 1990.
- SÁNCHEZ DE LA ARENA, Miguel Ángel. *Seguridad y salud en las obras en construcción*. Madrid: La Ley, 2001.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Los fundamentos de la responsabilidad de los órganos de dirección de empresas*. Madrid: Tecnos, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” en HEFENDEHL, Roland (ed). *La teoría del bien jurídico*, (traducido por Alcácer Guirao, Rafael, Martín Lorenzo María y Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo), Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. “La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, en *Revista Penal*, 10, Madrid, 2002, p. 94.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Bosch, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El nuevo CP cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Consideraciones a propósito de la STC 120/1998 de 15 de junio” en *RPJ*, 52, Madrid, 1998, p. 483.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed. Madrid: Civitas, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Huelga de abortos”, en *La Vanguardia*, Barcelona, 21 de enero de 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Ortiz De Urbina Gimeno, Íñigo. “El art. 31.2 CP ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, en *Indret*, 2, Barcelona, 2006.
- SOTO NIETO, Francisco. “Nuevas aportaciones jurisprudenciales sobre los delitos contra la seguridad en el trabajo”, en *La Ley*, 5564, Madrid, 27 de noviembre de 2002, p. 1826.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. “A protecção penal da seguridade e saude laboral”, en *Social mes a mes*, 116, Lisboa, 2006.
- TORÍO LÓPEZ, Angel. “Significación dogmática de la compensación de culpas en Derecho Penal”, en BARBERO SANTOS, Marino (coord.). *Estudios en Memoria de A. Fernández Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios*. Madrid: Acarl, 1988.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Comentario previo al Título XV. Delitos contra los derechos de los trabajadores” en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir). *Comentarios al nuevo Código Penal*. 4ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2008.
- VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al derecho mercantil*, 21ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- VIVES ANTÓN, Tomás (ed.). *Comentarios al CP de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- ZIELINSKI, Diethart. *Desvalor de acción y desvalor de resultado. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (traducción de Marcelo A. Sancinetti). Buenos Aires: Hammurabi, 1990.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)”, en MORALES PRATS y QUINTERO OLIVARES (coords.) en *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001.