

Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales

Un análisis empírico y dogmático

María Martín Lorenzo

Universidad Complutense de Madrid

Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno

Universitat Pompeu Fabra

Abstract

A pesar de las medidas tomadas desde 1995, España sigue siendo un país situado muy a la cola de Europa en seguridad laboral. Entre las posibles causas de este fenómeno, uno de los aspectos en los que se pone más hincapié es la supuesta lenidad en el tratamiento jurídico penal de la seguridad laboral. Este estudio pone a prueba tal hipótesis mediante un análisis empírico y dogmático de una muestra aleatoria de las decisiones jurisprudenciales en aplicación de los tipos de puesta en peligro de la seguridad en el trabajo.

In spite of the battery of policies implemented since 1995, Spain still ranks at the very bottom of Europe's workplace safety ranking. The supposed lenity of criminal courts towards incidents in the workplace figures high in the list of possible explaining factors. This study test said hypothesis through an empirical and legal analysis of a random sample of court decisions on workplace safety endangerment.

Die spanische Behörde haben seit 1995 wichtige Massnahmen zur Verbesserung der Arbeitssicherheit getroffen. Trotzdem bleibt die Lage immer noch unbefriedigend in Vergleich zu den anderen europäischen Ländern. Es wird behauptet, dass eine der Ursachen dafür die nachsichtige strafrechtliche Behandlung der Arbeitssicherheit wäre. Diese Arbeit überprüft diese Annahme durch eine empirische und dogmatische Analyse einiger aufs Geratewohl ausgesuchten Urteilen.

Title: InDret's Guide to Spanish Courts' Handling of Criminal Liability for Workplace Safety. An empirical and legal analysis.

Titel: InDret Handbuch der spanischen Rechtsprechung über strafrechtliche Verantwortung für Arbeitsrisiken.

Keywords: Workplace safety, law in the books and law in action, crime policy and legal analysis

Palabras clave: Seguridad en el trabajo, Derecho legal y aplicación jurisprudencial del Derecho, política criminal y dogmática

Schlüsselwörter: Arbeitssicherheit, gesetzliche Regelung und gerichtliche Praxis, Kriminalpolitik und Dogmatik

• El presente trabajo se enmarca dentro de los proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación SEJ 2006-06594/JURI, dirigido por el Prof. Enrique Gimbernat Ordeig, y FFI2008-01738/FISO, dirigido por el Prof. Jesús-María Silva Sánchez.

Sumario

1. Introducción: “Law in the books” y “law in action” en la protección penal de la seguridad en el trabajo
2. Características de la muestra
3. Descripción de los resultados
4. Análisis temático de los pronunciamientos jurisprudenciales
 - 4.1. La estructura típica del art. 316 CP
 - a. La infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales
 - (i) La remisión a la normativa laboral
 - (ii) La gravedad de la infracción de la normativa
 - b. El “no facilitar los medios necesarios”
 - (i) El alcance del término “medios”
 - (ii) La falta de vigilancia del uso de los medios como “no facilitación”
 - c. La grave puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad física
 - 4.2. La relación entre el tipo doloso (art. 316) y el tipo imprudente (art. 317)
 - 4.3. Sujetos activos y posibles responsables
 - a. Sujetos obligados legalmente
 - (i) El empresario
 - (ii) Otros sujetos obligados legalmente: los representantes de los trabajadores y los técnicos de prevención
 - b. Delegación del deber de protección
 - c. El círculo de sujetos activos en el ámbito de las personas jurídicas y, en general, dentro de la estructura de la empresa: art. 318 y 31 CP
 - d. Peculiaridades en el ámbito de la construcción: subcontratación y organización jerárquica particular
 - (i) La delimitación de responsabilidad entre las empresas concurrentes
 - (ii) La delimitación de responsabilidades entre los sujetos intervinientes
 - 4.4. Relaciones concursales
 - 4.5. Problemas procesales y extraprocesales en la persecución de estos delitos
5. Epílogo: una reflexión político-criminal sobre la aplicación jurisprudencial de los delitos contra la seguridad en el trabajo
6. Tabla de jurisprudencia comprendida en la muestra
7. Bibliografía citada

1. Introducción: “Law in the books” y “law in action” en la protección penal de la seguridad en el trabajo

Hoy en día ningún jurista informado niega la distinción, popularizada por el realismo jurídico estadounidense, entre el “law in the books” (integrado por las disposiciones normativas) y el “law in action” (comprensivo de todos los materiales, jurídicos o no, que inciden en la selección y resolución de los casos que llegan a los tribunales)¹. En este sentido, por tanto, puede convenirse en que, al menos desde el punto de vista descriptivo, “ahora todos somos realistas”.

La evolución de la jurisprudencia sobre el tipo doloso del delito contra la seguridad de los trabajadores ofrece un buen ejemplo de la importancia de esta distinción. Existe acuerdo en considerar que “in the books”, lo que en este caso quiere decir en el Código penal, el actual art. 316 del vigente Código penal tiene una redacción más restrictiva que su antecesor, el art. art. 348 bis a) del anterior CP, introducido en nuestro ordenamiento en 1983. “In action”, sin embargo, el vigente art. 316 ha sido objeto de una aplicación incomparablemente más intensa que su predecesor. Veamos ambos aspectos.

Según el vigente art. 316 del Código penal:

“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 así 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.”

Por su parte, el art. 348 bis a) del anterior Código penal establecía:

“Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 ptas.”

Si bien se ha afirmado que el texto de la disposición normativa contenida en el anterior art. 348 bis a) es más amplio, ello es sólo parcialmente cierto. Por un lado, el legislador de 1995 sustituyó la anterior referencia a “no exigir o facilitar los medios o no procurar las condiciones” por la de “no facilitar los medios necesarios”, que es menos abarcadora. Así mismo, la referencia a la puesta en peligro no incluía la exigencia de que ésta fuera grave. Por el contrario, el art. 316 incluye una referencia a la salud que permite incluir todo tipo de lesiones, físicas o no, algo que excluye el tenor literal del art. 348 bis a) con su referencia a la integridad física. Del mismo modo, el art. 348 bis a) exigía que la infracción de la normativa de seguridad fuera “grave”, un requisito que no incluye el tenor literal del art. 316.

La cuestión de cuál de las descripciones típicas presenta una mayor extensión no puede

¹ La expresión “law in the books” fue acuñada por Roscoe POUND (1910), quien no puede considerarse un autor realista y además la usaba en un sentido algo distinto al expuesto, pero fue popularizada por el realismo jurídico estadounidense. Para un reciente y extremadamente lúcido análisis del programa realista al respecto, reinterpretado a la luz del naturalismo filosófico, v. LEITER (2007: 15-118).

resolverse en el nivel de análisis formal característico del “law in the books”, dado que ambos preceptos tienen elementos que lo hacen más extenso que el otro. Sin embargo, resulta fácil de resolver si ampliamos la perspectiva para incluir otros elementos. En primer lugar, en su interpretación de la disposición normativa incluida en el art. 316 del Código penal los tribunales han optado de forma mayoritaria por exigir que la infracción de la norma de prevención de riesgos sea grave, acercando el art. 316 al 348 bis a). En segundo lugar, las lesiones no físicas, susceptibles de ser incluidas en el art. 316 pero no en el 348 bis a), de facto no aparecen en las resoluciones jurisprudenciales (*rectius*: no lo hacen solas, fundamentando por sí mismas una condena, aunque sí aparecen en compañía de lesiones físicas). Así pues, los dos elementos que permitirían hablar de una mayor extensión del ámbito típico del art. 316 CP frente al del 348 bis a) resultan irrelevantes en cuanto abandonamos el nivel de análisis formal y consideramos la praxis aplicativa.

Finalmente, “in the books” el art. 348 bis a) vería facilitada su aplicación por prever una pena menos elevada². En primer lugar, el art. 348 bis a) preveía, como pena alternativa a la privativa de libertad, una pena de multa. En segundo lugar, incluso de optar el sentenciador por la pena privativa de libertad, la prevista en el art. 348 bis a) (arresto mayor: de un mes y un día a 6 meses de privación de libertad) era menor que la pena de seis meses a tres años de prisión establecida por el actual art. 316.

Así pues, podemos partir de una mayor extensión típica del art. 348 bis a) frente a su sucesor. *Prima facie*, una mayor extensión típica auguraría un mayor número de resoluciones aplicativas. Sin embargo, como acertadamente resalta HORTAL (2005: 199-200), a pesar de algunas equívocas afirmaciones jurisprudenciales en sentido contrario³, lo cierto es que el antiguo 348 bis a) nunca fue aplicado por el TS en los doce años que fueron desde su aprobación hasta la pérdida de vigencia del anterior Código penal, un período durante el cual tampoco se conocen casos de aplicación por parte de las audiencias provinciales⁴. Por el contrario, entre 1996 y 2005 el Tribunal Supremo dictó 16 resoluciones sobre el art. 316 del vigente Código penal o su antecesor, el

² Se parte del supuesto (ya perteneciente al “law in action”) de que la previsión por un precepto de una pena menos elevada puede incentivar su aplicación por aquellos jueces que tengan recelos sobre su conveniencia político criminal. Por el contrario, los jueces que no los tengan no se verán afectados, toda vez que una pena menor les parecerá en cualquier caso político-criminalmente mejor que la no imposición de una pena.

³ Así, las manifestaciones de la STS, 2ª, 26.7.2000, MP Saavedra Ruiz, FD 2º, en el sentido de que “en el antiguo artículo 348 bis a) se venía admitiendo la comisión culposa”, han de entenderse referidas a la doctrina académica, dado que la jurisprudencia no se ocupó del tema. Lo mismo ocurre con afirmaciones sacadas de contexto, como las de la SAP Castellón, 3ª, 3.9.2002, MP Ibáñez Solaz, FD 3º. En dicha resolución, con ocasión del análisis de la inclusión o no del deber de vigilancia del uso de las medidas de seguridad dentro del art. 316 del vigente CP, se citan 25 sentencias del TS. Sin embargo, tan prolija cita resulta estéril, puesto que la jurisprudencia aludida se refiere al tipo imprudente de resultado y no a los tipos de riesgo.

⁴ Ni la doctrina ni la jurisprudencia se refieren a sentencias de Audiencias Provinciales aplicando el art. 348 bis a). Una búsqueda en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial, la más extensa que hay en nuestro país, arrojó el mismo resultado negativo (la búsqueda, realizada el 26 de enero de 2009, se efectuó con los siguientes parámetros de búsqueda: “Jurisdicción: Penal”; “Tipo de Resolución: Auto,Sentencia”; “Tipo de Órgano: Audiencia Provincial”; “Texto libre: 348<NEAR/16>bis”; “Fecha Inicio: 01/01/1983. Fecha Fin: 01/06/1996”). El resultado negativo de esta búsqueda se aporta a efectos ilustrativos, sin pretender que demuestre la efectiva inexistencia de tales resoluciones, toda vez que el número de sentencias que se recogía entonces no era ni mucho menos el actual. Concretamente, no se recogen sentencias de Audiencias Provinciales hasta 1986 y hasta 1989 las recogidas no llegan a la decena por año. Desde 1990, sin embargo, hay una mayor cobertura, no existiendo sin embargo decisiones sobre el tipo analizado.

anterior art. 348 bis a (MARTÍN/ORTIZ DE URBINA 2006: 319, n.1), sólo entre enero de 2004 y mayo de 2005 se dictaron más de treinta sentencias de audiencias provinciales condenando por este delito (MARTÍN/ORTIZ DE URBINA 2006: 331, n. 37), y, como muestra este estudio, entre el uno de junio de 2005 y el 13 de octubre de 2008 las audiencias provinciales dictaron centenares de sentencias sobre la aplicación del art. 316 CP. ¿Qué factores pueden explicar la diferente presencia de uno y otro precepto en la labor de los tribunales?

Con toda probabilidad el factor más decisivo ha sido uno de naturaleza extra-normativa: diversos operadores con influencia sobre el número de casos que finalmente llegan a los tribunales han mostrado un mayor interés en la persecución penal de estos delitos y esto ha redundado en una muy superior presencia de este tipo penal en los tribunales.

El principal agente de cambio en este sentido ha sido el Ministerio Fiscal. En su Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral, la Fiscalía General del Estado puso de manifiesto cómo “la escasa frecuencia” con la que se aplican los delitos contra la seguridad de los trabajadores y el que las faltas aplicables resulten perseguibles tan sólo a instancia del perjudicado, “hacen que la intervención penal aparezca como infrutilizada, provocando problemas de impunidad que se hace necesario evitar”⁵.

Para solventar el problema, en la propia Instrucción 1/2001 se previó el establecimiento en las fiscalías de servicios de siniestralidad laboral. Tales Secciones de siniestralidad laboral fueron estableciéndose y obtuvieron naturaleza estatutaria con la Ley 24/2007, de 9 de octubre, de Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que además establece una muy básica regulación de las funciones y facultades del Fiscal de Sala de Siniestralidad Laboral.

Asimismo, en la Instrucción 1/2001 se sugirió que se ordenara la remisión al Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en las que la omisión de medidas de seguridad laboral llevase aparejada una propuesta de sanción por infracción muy grave, así como la de aquellas denuncias y atestados instruidos por la policía judicial por hechos de este tipo. La sugerencia fue rápidamente aceptada por la Instrucción de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 104/2001, de 14 de junio, Sobre las relaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral. En ella, entre otras consideraciones, se ordena que en caso de incidente laboral con lesiones el inspector haga constar en el acta: “no sólo los datos personales de los trabajadores lesionados, sino también los de aquellos otros trabajadores, que, aunque no hubiesen sido afectados por el accidente o enfermedad profesional, estaban en el momento de ocurrir el siniestro en la misma situación de aquéllos”⁶.

⁵ A esta importante Instrucción siguió la Instrucción 5/2007, de 18 de julio, Sobre los Fiscales de Sala Coordinadores de Siniestralidad Laboral, Seguridad Vial y Extranjería y sobre las respectivas Secciones de las Fiscalías Territoriales, que en su apartado VI.2, “Funciones de las Secciones de siniestralidad laboral”, complementa lo dispuesto en la Instrucción 1/2001 y en la anterior 7/1991, de 8 de noviembre.

⁶ Esta Instrucción ha sido posteriormente complementada por la Instrucción de la Dirección General de la Inspección de Trabajo 1/2007, sobre profundización en las relaciones entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral, que entre otras cosas especifica los supuestos en los que los inspectores han de remitir las actas de infracción al Ministerio Fiscal.

En ausencia de otros factores explicativos de parecida plausibilidad, no parece que pueda negarse el éxito de la iniciativa de la fiscalía a la hora de hacer llegar casos a los tribunales⁷, motivo por el cual ésta ha de aplaudirse⁸, sin dejar al tiempo de ser conscientes de sus limitaciones.

En la Memoria Elevada al Gobierno por el Fiscal General del Estado en 2008, de la mano de las estadísticas de accidentes con baja en jornada de trabajo para los años 2006 y 2007 proporcionadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral constata que se ha producido un descenso del 12,60% de los accidentes mortales (descenso que es sólo del 0,04% cuando se refiere a los accidentes totales). El Fiscal de Sala se pregunta retóricamente si se ha iniciado por fin una tendencia a la baja y si está operando mejor la función de prevención general del Derecho penal. Su respuesta:

“Lo cierto es que las conminaciones penales no han cambiado, son las mismas que en años anteriores, pero el sistema procesal penal parece que ha sido más eficaz, que ha funcionado mejor, por lo que no resulta aventurado pensar que al menos la llamada prevención general positiva –con todo lo funcionalista que se quiera-, puede estar, al menos en alguna medida, en el origen de aquellas cifras ligeramente decrecientes” (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 2008: 528).

Dejando de lado las eruditas pero no muy comprensibles alusiones a la prevención general positiva y el funcionalismo, en cualquier caso innecesarias, es sin duda cierto que el nivel de actividad judicial es muy superior al antes existente, y también lo es que las estadísticas indican un leve descenso de la siniestralidad laboral. Sin embargo, no conviene morir de éxito: la mejora es con respecto a una horrible situación de partida que ubica a España en la cola de Europa, los avances, que existen, son aún muy tímidos y, finalmente, es poco probable que en ellos estén influyendo de manera relevante los cambios operados en el tratamiento judicial de esta materia. Detengámonos sobre esto último.

A pesar de la mayor actividad ante los tribunales penales, las penas finalmente impuestas son, en la inmensa mayoría de los casos, penas pecuniarias o privativas de libertad sustituibles por otras no privativas de libertad⁹. Como pusimos de manifiesto en un trabajo anterior (MARTÍN/ORTIZ DE

⁷ Como factor explicativo podría pensarse también en la influencia del importante nivel de actividad desarrollado en los últimos años y hasta 2008 por el sector productivo más peligroso, la construcción. Resulta por completo cierto que, a mayor actividad, mayor número de posibilidades aplicativas de los tipos penales de protección de la seguridad en el trabajo. Sin embargo, y aunque este factor puede influir sobre la magnitud del fenómeno, nos parece de una menor fuerza explicativa. En concreto, deja de explicar por qué, en un sector en el que tradicionalmente ha habido condenas por los tipos de lesiones y homicidios imprudentes, no había sin embargo condenas por los tipos de peligro. Es decir: mientras que antes los casos de lesiones más mal que bien llegaban a los tribunales, los de peligro no lo hacían, y ahora sí: la explicación, por tanto, no puede ser sólo de volumen.

⁸ Como también ha de aplaudirse la reciente firma de acuerdos con otros actores de relevancia en la materia, que de ser bien implementados ayudarán a disminuir el enorme problema de cifra negra de estos delitos. Entre los acuerdos firmados destacan el “Protocolo Marco de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Ministerio del Interior, para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores, con la adhesión de las Centrales Sindicales CC.OO., UGT y el Consejo General de la Abogacía Española”, refrendado el 19 de septiembre de 2008, y los convenios firmados con diversas CCAA. Sobre ello, v. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2008: 525-527).

⁹ HORTAL (2008: 78) informa de la existencia de dos condenas a pena privativa de libertad que, salvo indulto, conllevarán el ingreso en prisión de los condenados. En cualquier caso, tales sentencias son excepcionales. La muestra aleatoria de gran representatividad que luego analizaremos incluye 56 sentencias condenatorias, ninguna

URBINA 2006: 326-328), en términos político-criminales la no imposición de penas privativas de libertad posibilita que los eventuales sujetos afectados de la sanción penal se posicionen frente a ella como si de una sanción pecuniaria se tratara. En ámbitos de actividad en los que se generan grandes ganancias esto implica que la sanción esperada por el sujeto (producto de la multiplicación de las sanciones impuestas por los tribunales por la probabilidad de resultar condenado) se diluye en el cálculo de costes y beneficios de la actividad de que se trate. No hace falta decir que la utilización del Derecho penal para acabar condenando a sanciones materialmente similares a las administrativas redundará en una manifiesta *ineficiencia* preventiva (que puede producirse aun cuando se den incrementos en la eficacia)¹⁰.

Pero no hay que poner el carro delante de los bueyes. Antes de poder afirmar la necesidad de proceder a cambios en la persecución penal de los delitos contra la seguridad en el trabajo es necesario contar con una descripción más precisa de ésta. Tanto el Tribunal Supremo como las audiencias provinciales han desarrollado una jurisprudencia aplicativa de estos tipos que ha pretendido perfilar el tipo penal en cuestión y acabar con algunas de las dudas interpretativas que provocaba. El presente estudio pretende servir de guía para orientarse entre esta ya nutrida jurisprudencia.

2. Características de la muestra

El objeto de este estudio es saber *qué hacen realmente* en los tribunales en los casos en los que se pide la aplicación del art. 316 CP, el tipo doloso de peligro de protección penal de la seguridad en el trabajo, y no qué es lo más interesante que estos tienen que decir sobre la aplicación del art. 316 CP. La selección de las sentencias por las bases de datos o por la doctrina, sin embargo, suele proceder conforme a criterios de interés jurídico, lo que puede ofrecer una imagen sesgada de la actividad judicial real, que por lo general incluye tanto casos que presentan cuestiones jurídicamente interesantes como casos de resolución rutinaria. En virtud de esta delimitación del objeto del trabajo decidimos trabajar sobre una amplia muestra de todas las resoluciones de Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo en las que se discute sobre la aplicación del art. 316, en lugar de sobre un conjunto de sentencias seleccionadas por alguna base de datos o citadas por la doctrina¹¹.

La búsqueda de resoluciones arrojó un total de 412 resultados para las Audiencias Provinciales¹²

de las cuales impone penas superiores a los dos años de prisión, siendo, por tanto, en principio suspendibles o sustituibles.

¹⁰ Sobre las distintas nociones de eficiencia y su posible aplicación en el ámbito del Derecho, y en especial de la política criminal, v. ORTIZ DE URBINA (2004: 44-48).

¹¹ Como es sabido, no existe ninguna base que contenga una parte relevante de las decisiones de los Juzgados de Instrucción y los Juzgados de Penal, de modo que no pudimos incluirlos en la búsqueda. Sobre las limitaciones que esta falta de información supone para el conocimiento de los problemas en la persecución penal de estos delitos, muchos de los cuales tienen que ver con la fase de instrucción, v. CGPJ (2007: 18-25).

¹² La búsqueda se efectuó el 26 de enero de 2009 en la base de datos del CENDOJ "AN, TSJ y APs", con los siguientes parámetros de búsqueda: "Jurisdicción: Penal"; "Tipo de Resolución: Sentencia"; "Tipo de Órgano: Audiencia Provincial"; "Texto libre: 316 <AND> seguridad <AND> trabaj*"; "Fecha Inicio: 01/06/2005. Fecha Fin: 01/01/2009").

y de 18 para el Tribunal Supremo¹³.

En el caso del Tribunal Supremo, sólo una decisión trataba efectivamente la aplicación del 316, la STS, 2ª, 14.6.2007, MP Soriano Soriano, y lo hacía confirmando la absolución de la instancia por no existir negligencia y sin aportar contenido doctrinal novedoso, por lo que decidimos no incluir esta resolución en nuestro análisis¹⁴.

En lo que respecta a las sentencias de Audiencia Provincial, ante lo elevado del número de resultados, decidimos seleccionar una muestra representativa del 25% del universo de la investigación. Para garantizar la aleatoriedad de la muestra y poder efectuar inferencias válidas para todo el universo, escogimos las sentencias a analizar basándonos en un dato que no guarda relación alguna con su contenido: el número en el que aparecían en el listado de resultados, determinado por la fecha en la que se dictó la resolución. Por sorteo se comenzó por la sentencia número 2, de modo que la muestra la integraron las sentencias número 2, 6, 10, 14, 18, 22, etc.

Debido a los criterios de búsqueda empleados, existía tanto el riesgo de infrainclusión (que nuestra muestra dejara fuera sentencias en las que se tratara la aplicación del art. 316 CP) como el de sobreinclusión (que incluyera sentencias en las que se trataran otros temas).

El primer problema, el de la infrainclusión, no podemos controlarlo, pero entendemos que tiene una importancia menor. No podemos controlar la magnitud del problema por que es lógicamente posible que existan sentencias en las que se aplique el art. 316 CP sin que se cite su número y se empleen las expresiones “seguridad” y “trabajo” o “trabajador”. La única manera de encontrar tales sentencias sería revisar todas las incluidas en la base de datos para el periodo investigado, del 1 de junio de 2005 al 1 de enero de 2009. Sin embargo, la base de datos del CENDOJ incluye casi doscientas mil sentencias de audiencias provinciales de tales fechas (194.858 a 20 de abril de 2009), de modo que su revisión está evidentemente fuera de nuestro alcance. Tal y como se adelantó, sin embargo, pensamos que el problema es menor, dado por una parte que los tribunales españoles tienen fuertemente arraigada la costumbre de citar el número de la disposición sobre cuya aplicación se discute y, por otra, que tampoco hemos encontrado ninguna sentencia citada por otros autores en la que se deje de citar el número de la expresión y de emplear las expresiones “seguridad” y “trabajo” o “trabajador”.

Por el contrario, la verificación de si se ha materializado el riesgo de suprainclusión es, por supuesto, extremadamente sencilla, puesto que sólo es preciso analizar cada una de las sentencias contenidas en la muestra. En nuestro caso, algo más de las tres cuartas partes de las sentencias que componen la muestra, 76 de las 103, son realmente pertinentes para el objeto de nuestra investigación, en el sentido de que analizan la posible aplicación del art. 316 (aun cuando finalmente no lo apliquen), un resultado que, entendemos, corrobora la adecuación de los

¹³ La búsqueda se efectuó el 26 de enero de 2009 en la base de datos del CENDOJ “TS”, con los siguientes parámetros de búsqueda: “Jurisdicción: Penal”; “Tipo de Resolución: Sentencia”; “Texto libre: 316<AND> seguridad <AND> trabaj*”; “Fecha Inicio: 01/06/2005. Fecha Fin: 01/01/2009”).

¹⁴ Resulta un tanto sorprendente que en los más de tres años que cubre nuestra búsqueda sólo exista una STS que se ocupe de los delitos de peligro contra la seguridad en el trabajo, más aún cuando se piensa que en un trabajo anterior encontramos 16 sentencias para un periodo de algo menos de siete años. Podría pensarse que ello se debe a que la jurisprudencia sobre el tema ya está asentada. Como veremos *infra*, en el apartado 4, sin embargo, ello no es así.

parámetros de búsqueda utilizados.

3. Descripción de los resultados

De las 76 sentencias relevantes para el objeto de nuestra investigación, 56 resultaron en condena (73,68%), 19 en absolución (25%) y 1 en la nulidad del proceso y la retroacción de las actuaciones (1,32%).

Entre las sentencias condenatorias, menos de la mitad (25 de las 56, el 44,64%) condenaron por el art. 316¹⁵, con otras 10 condenando por el tipo imprudente del delito contra la seguridad de los trabajadores del art. 317 (10 de 56, 17,86%). En total, pues, 35 de las 56 sentencias condenatorias (62,50%) apreciaron la existencia de un delito de riesgo contra la seguridad en el trabajo.

Resulta conveniente efectuar una importante matización. De las 21 sentencias condenatorias que no aplicaron ninguno de los tipos de riesgo contenidos en los artículos 316 y 317, 6 no lo hicieron porque apreciaron la consunción de tales delitos en aplicación de la doctrina jurisprudencial enunciada en la STS, 2ª, 12.11.1998, MP Jiménez Villarejo, sobre la que se volverá *infra* en el apdo. 4. En todos estos casos, por lo tanto, realmente sí se consideró existente un delito contra la seguridad en el trabajo, aunque finalmente no se condenó por el mismo en aplicación de la regla tercera del artículo 8 CP. Si tenemos en cuenta estos supuestos, se habría afirmado la existencia de un delito contra la seguridad de los trabajadores (del 316 o del 317) en 41 de las 56 condenas (en lugar de en 35), esto es, en un 73,21% por ciento de los casos (en lugar de en un 62,5%)¹⁶.

En los casos de condena por el art. 316, sólo en cinco ocasiones (20% por ciento) se aplicó este en solitario, siendo las 20 restantes (80% por ciento) supuestos de aplicación junto con otros delitos¹⁷.

¹⁵ Nuestra muestra no es directamente comparable con la utilizada en el estudio realizado para el CGPJ por un grupo de investigadores de la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Cádiz. Mientras que dicha muestra cubre todas las sentencias de audiencias provinciales en casos de siniestralidad laboral desde 2003 hasta 2005 (ambos incluidos), la nuestra se centra en la discusión de la aplicación del art. 316. En este caso, sin embargo, sí se puede proceder a una comparación aproximada: nuestra muestra, que cubre algo más de tres años (tres y medio según la instrucción de búsqueda, pero tres reales, debido a la tardanza en enviar sentencias al CENDOJ por parte de algunas audiencias), contiene 25 casos de aplicación, que trasladados al universo (lo cual es posible por ser una muestra aleatoria del 25%) arrojaría 100 casos de aplicación. El estudio del CGPJ encontró 74 casos de aplicación para el mismo período de tiempo, de modo que ha existido un incremento de aproximadamente el 33% en la aplicación.

¹⁶ Suponiendo que los seis supuestos de consunción se refirieran al art. 316, tendríamos 31 condenas por el mismo, que supondrían el 55,36% de las condenas, en lugar del 44,64%. El problema es que no podemos estar seguros, dado que algunas resoluciones se refieren de forma genérica a la consunción del delito contra la seguridad en el trabajo, sin especificar si se refieren a la modalidad dolosa o la imprudente.

¹⁷ Aunque pueda parecer una cifra baja, y lo es, este dato supone una importante mejora sobre estudios anteriores. Así, en nuestro anterior estudio localizamos 31 sentencias de Audiencias Provinciales que entre enero de 2004 y mayo de 2005 apreciaron un delito contra la seguridad de los trabajadores, y sólo en dos (no llega al 6,5%) se condenó exclusivamente por tal delito (MARTÍN/ORTIZ DE URBINA 2006: 399, n. 191); similarmente, de las 82 sentencias de audiencias provinciales de la jurisdicción penal citadas por HORTAL (2005: 85, n. 173), sólo 4, menos de un 5%, aplican exclusivamente el delito contra la seguridad en el trabajo (cabe advertir que nuestra muestra no fue obtenida aleatoriamente, no constándonos tampoco que lo fuera la seleccionada por el profesor HORTAL). La comparación con las cifras del estudio del CGPJ es compleja. Por un lado, en él se informa de la inexistencia de supuestos de apreciación de los delitos de peligro sin concurrencia con infracciones de resultado entre 2003 y 2005 (CGPJ 2007: 23); sin embargo, luego se afirma que hubo 7 casos de condena por el art. 316 en solitario (CGPJ 2007: 34). Teniendo localizados casos de aplicación en solitario del art. 316 en las fechas del

En concreto, en 5 ocasiones se condenó por el delito del art. 316 y el delito de homicidio imprudente (25%), en 11 por el 316 y el delito de lesiones imprudentes del art. 152 (55%), en 4 por el 316 y la falta de homicidio por imprudencia leve del art. 621.2 (20%)¹⁸.

En los supuestos de condena por el art. 317 (diez casos de la muestra), sólo en dos se condenó exclusivamente por dicho tipo (20%). Las restantes condenas se refieren al concurso del art. 317 con el delito de homicidio imprudente del art. 142 (2 casos, 25%), el delito de lesiones imprudentes del art. 152 (2 casos: 25%), la falta de lesiones por imprudencia del art. 621.1 (1 caso: 12,5%), la falta de homicidio por imprudencia leve del art. 621.2 (1 caso: 12,5%) y la falta de lesiones por imprudencia leve del art. 621.3 (2 casos: 25%).

Las 21 sentencias condenatorias que no aplicaron ninguno de los tipos específicos de protección penal de la seguridad laboral condenaron por el delito de homicidio por imprudencia grave del art. 142 (4 sentencias: 19,05%), el delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152 (7 sentencias: 33,33%), la falta de homicidio por imprudencia leve del art. 621.2 (3 sentencias: 14,29%) y la falta de lesiones por imprudencia leve del art. 621.3 (7 sentencias: 33,33%).

Por sectores de actividad, 41 de las 70 sentencias de las que pudimos obtener información sobre los hechos se referían a sucesos ocurridos en el sector de la construcción (58,60%). De estas 41 sentencias, 34 fueron condenatorias y 7 absolutorias (un 82,93% condenatorias y un 17,07% absolutorias).

Por el modo de acaecer el resultado o la puesta en peligro, predominan los casos de caída (o riesgo de ella), que se dan en el 50% de las sentencias con información fáctica (35 de las 70). De estas 35 resoluciones, 30 fueron condenatorias y 5 absolutorias, (85,70% condenatorias y 14,30% absolutorias).

4. Análisis temático de los pronunciamientos jurisprudenciales

4.1. La estructura típica del art. 316 CP

a. La infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales

(i) La remisión a la normativa laboral

Al contrario de lo que ocurre en otros ámbitos, la doctrina española no se ha mostrado muy preocupada por la remisión normativa contenida en el artículo 316, referida a la normativa de

estudio del CGPJ, asumiremos la corrección de esta segunda cifra. Siguiéndola, los 7 casos serían algo menos del 10% de los 71 en los que se condenó. La muestra de este estudio manifiesta de nuevo una importante mejora.

¹⁸ Como suele hacerse en los estudios empíricos de este tipo y en numerosos sistemas estadísticos nacionales, para reducir la complejidad en la determinación de los casos de concurrencia de los delitos de peligro contra los derechos de los trabajadores hemos aplicado la regla de la infracción más grave, de modo que, en caso de concurrencia múltiple, sólo hemos contado, además del delito contra la seguridad en el trabajo, la infracción más grave (determinada por la pena aplicable). Del mismo modo, en el caso de que una misma sentencia condene a varios sujetos, hemos contado una única aplicación.

prevención de riesgos laborales¹⁹. En su sentencia de 26.7.2000, 2ª, MP Saavedra Ruiz, el Tribunal Supremo advirtió que la referencia abarcaba todas las normas de prevención de riesgos laborales, con independencia de su jerarquía normativa.

En este mismo sentido se pronuncia la SAP Vizcaya, 6ª, 11.12.2007, MP Gil Hernández, FD 2º: “estamos ante una norma penal en blanco que remite genéricamente a las normas de prevención de riesgos laborales, especialmente, pero no sólo, a la Ley 31/1995, sino a todas las dictadas en la materia, con independencia del orden jerárquico”.

Lo cierto es que, a pesar de la admisibilidad de la integración del tipo con normas de cualquier jerarquía, la referencia a la normativa laboral infringida suele reducirse a dos tipos de normas:

Se da, por un lado, la referencia a preceptos genéricos, normalmente a los artículos 14 y 17 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que establecen el deber general de seguridad del empresario y la obligación de dotar a los trabajadores de equipos de protección individual adecuados a sus funciones.

Según la SAP Cádiz, 4ª, 3.6.2005, MP Marín Fernández, FD 2º B.2., “no es necesaria la infracción de concretas o muy específicas obligaciones puntuales establecidas en la normativa social, esto es, del tipo de las citadas, bastando la omisión de las obligaciones de prevención de riesgos más genéricas y globales”. (En el supuesto, un caso de riesgos laborales en la construcción, se afirmó que bastaba con incumplir la obligación de elaborar un plan de seguridad).

Además, hay una referencia a normas más concretas en los supuestos en los que se juzgan actividades específicamente regladas. Casi todos estos casos se dan en el entorno de la construcción, en el que suele citarse la parte C del Anexo IV del Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, especialmente cuando se trata de un supuesto de riesgo o resultado de caída.

Así, SAP Madrid, 7ª, 17.5.2006, MP Ferrer García, FD 1º; SAP Burgos, 1ª, 15.6.2006, MP Marín Ibáñez, FD 3º, SAP Tenerife, 2ª, 5.10.2006, MP Soriano Vela, FD 2º, SAP Almería, 3ª, 24.10.2006, MP Jiménez de Cisneros Cid, FD 1º, SAP Burgos, 1ª, 5.10.2007, MP Marín Ibáñez, FD 3º. De modo discutible, el FD 5º de la SAP Ávila, 1ª, 10.4.2007, MP García García, que juzgaba un caso de caída fuera del sector de la construcción, declara la normativa específica de este último “aplicable por analogía, en cuanto se refiere a trabajos a realizar a cierta altura”²⁰.

En la SAP Guipúzcoa, 1ª, 20.11.2006, MP Maeso Ventureira, relativa al fallecimiento de un buzo, para integrar el art. 316 se utilizó la Orden del Ministerio de Fomento de 14 de octubre de 1997, por la que se aprueban las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas.

En la SAP Coruña, 2ª, 31.3.2008, MP Taboada Caseiro, en el que se juzgaban un homicidio y unas lesiones imprudentes acaecidos en el transcurso de un trabajo de desestiba, se integró la norma penal

¹⁹ En otro lugar hemos manifestado nuestra opinión de que ello se debe al excelente trabajo argumentativo realizado por algunos autores bajo el anterior Código penal. V. ARROYO (1988: 161) y LASCURAÍN (1994: 334-365).

²⁰ La aplicación analógica no sólo es discutible, sino también innecesaria: en el supuesto, el trabajador, cumpliendo con la tarea de capturar unas palomas que se le había encomendado, subió a una buhardilla, pisando la superficie de una claraboya cuya existencia no pudo advertir por encontrarse completamente cubierta de excrementos de paloma. Sin necesidad de recurrir a normativa más específica, es evidente que el jefe del trabajador infringió sus deberes al enviarle a efectuar un trabajo sin informarle acerca de las condiciones del lugar en el que éste se debía llevar a cabo y sobre los riesgos concretos del trabajo a desarrollar.

mediante el art. 18 del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba de buques.

La SAP Granada, 1ª, 6.6.2008, MP Ramos Almenara, FD 3º se refiere a la posibilidad de integrar el art. 316 acudiendo a los convenios colectivos y la Ley 38/1999, de ordenación de la edificación, “cuando tales normas establezcan pautas para la protección de los riesgos derivados del trabajo”. Sin embargo, se trata de un *obiter dictum*, sin desarrollo ni relevancia alguna para el fallo.

Conclusión:

El análisis de la jurisprudencia permite afirmar que las cuestiones de remisión normativa resultan irrelevantes en la práctica. Bastando para integrar el tipo penal la infracción de normas de rango legal muy genéricas, como las incluidas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, resulta poco relevante que se descienda o no a textos normativos de menor jerarquía y mayor concreción. Esto último acontece en supuestos de actividades objeto de regulación específica, normalmente por Real Decreto. La jurisprudencia no ha profundizado en la posibilidad de integrar el tipo penal mediante las disposiciones incluidas en los convenios colectivos²¹, y tampoco se ha pronunciado sobre la cuestión, doctrinalmente discutida, de la posible integración del tipo penal mediante las denominadas “normas jurídico-técnicas” (normas sanitarias o industriales que regulan condiciones de trabajo y que en tal sentido se relacionan de manera indirecta con la prevención)²². Considerando la referida amplitud de los deberes establecidos por las normas con rango de ley, ello no resulta criticable ni presenta problemas político-criminales.

(ii) La gravedad de la infracción de la normativa

El art. 316 no establece ningún tipo de cualificación para la infracción de la normativa, de modo que en principio cualquier infracción, aunque no fuera grave, habría de valer para integrar este elemento típico.

Tal interpretación fue adoptada por la STS, 2ª, 26.7.2000, MP Saavedra Ruiz, y en la muestra es seguida expresamente por la SAP Madrid, 7ª, 17.5.2006, MP Ferrer, FD 1º, SAP Burgos, 1ª, 15.6.2006, MP Marín Ibáñez, FD 3º, SAP Pontevedra, 2ª, 13.6.2007, MP Pérez Martín-Esperanza, FD 2º.

Sin embargo, tan sólo dos años después, la STS, 2ª, 29.7.2002, MP Giménez García, FD 3º, se pronunció en otro sentido, afirmando que “Es la infracción laboral la que completa el tipo, bien entendido que no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque ésta 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

²¹ Ello no es tampoco muy sorprendente, toda vez que es conocido que en España los convenios colectivos prestan una insuficiente atención a este tema (DURÁN/BENAVIDES 2004: 19-20, 91-104 y MELÉNDEZ 2004: 129-147). En una investigación anterior sólo encontramos una sentencia que utilizara el convenio colectivo para fines distintos de la determinación de la indemnización: se trata de la SAP Barcelona, 5ª, 22.11.2004, MP Benlloch Petit, en cuyo FD 1º se utiliza el convenio colectivo de la empresa para determinar si ciertas medidas eran competencia del acusado.

²² La discusión doctrinal aludida consiste en que tal posibilidad es admitida por algunos autores (SALA 2004: 198) y negada por otros (BAYLOS/TERRADILLOS 1997: 120-121; HORTAL 2005: 122-123).

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”.

Esta segunda línea es seguida por la SAP Vizcaya, 1ª, 13.9.2007, MP Yangüela Criado, FD 3º, la SAP Vizcaya, 6ª, 11.12.2007, MP Gil Hernández, FD 2º, la SAP Murcia, 3ª, 24.3.2008, MP Jover Carrión, FD 2º, SAP Cádiz, 8ª, 7.4.2008, MP González Castrillón, FD 3º y la SAP Pontevedra, 2ª, 13.6.2007, MP Pérez Martín-Esperanza, FD 2º²³.

Conclusión:

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales coexisten las dos líneas jurisprudenciales del Tribunal Supremo referidas, de hecho predominando la segunda que, yendo más allá de la letra de la ley, exige que la infracción de la normativa laboral sea grave (dos frente a cinco sentencias, si como parece lógico incluimos la SAP Pontevedra, 2ª, 13.6.2007 sólo en la segunda línea jurisprudencial). Con todo, los números referidos pueden ser engañosos, teniendo en cuenta, por un lado, que en la mayoría de los casos la infracción es de hecho grave y los tribunales no tienen que pronunciarse al respecto y, por otro, que las sentencias que sí se pronuncian en ocasiones lo hacen con efectos de apoyo retórico a la decisión alcanzada basándose en otras razones.

Entrando en el análisis sustantivo de la línea jurisprudencial predominante en la muestra, hay que comenzar por reconocer que es loable que la jurisprudencia intente ayudar al cumplimiento del siempre asediado principio de mínima intervención, así como al mantenimiento de la seguridad jurídica (las dos razones aducidas por la STS que origina esta línea jurisprudencial). Sin embargo, no parece de recibo hacerlo introduciendo elementos típicos distintos de aquellos que indica el legislador (de hecho, esto parece más bien contrario al segundo elemento mencionado, la seguridad jurídica). Máxime cuando el resultado limitador pretendido se consigue fácilmente recordando que, además de la infracción de la norma de prevención, ha de existir peligro grave para la vida o la salud y éste ha de ser conocido por el sujeto (art. 316 CP), o desconocido por el mismo pero sólo por su grave falta de diligencia (317 CP). Una adecuada comprensión de estos otros elementos típicos permite definir el ámbito de lo penalmente relevante sin tener que incluir elementos típicos no recogidos por el legislador. Piénsese que, en el caso de que la infracción leve de una norma de prevención acarrearra una puesta en peligro grave, aún debería examinarse si ésta era conocida por el sujeto (316) o previsible aplicando una diligencia mínima (317).

²³ Como puede comprobarse, esta última sentencia aparece también entre las que siguen la otra doctrina del TS sobre la cuestión, pero no hay error: sólo unos párrafos después de adherirse a la doctrina establecida en la primera STS, la SAP cambia de opinión y se adhiere a la proclamada por la segunda. En realidad, en la primera adhesión estamos ante un caso de lo que Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (1998) brillantemente denominó “erudición de disco duro”, esto es, la profusa cita en una resolución de otras resoluciones que poco o nada tienen que ver con el caso o problema que se está tratando. La segunda parece algo más sólida, toda vez que coincide con la decisión, que absolvió al acusado por no haber infringido gravemente la normativa laboral.

b. El “no facilitar los medios necesarios”

(i) El alcance del término “medios”

En el momento de la aprobación del CP 1995 la doctrina expresó algunas dudas sobre la posibilidad de incluir dentro del art. 316 la falta de provisión de medios inmateriales (como información, instrucción para el puesto específico, organización adecuada de los turnos y métodos de trabajo en los procedimientos productivos, etc.²⁴). En la jurisprudencia, sin embargo, la cuestión fue pronto resuelta en el sentido de la admisión (v., en este sentido, ya la STS, 2ª, 12.11.1998, MP Jiménez Villarejo, FD 2º). El análisis de la muestra constata que esta línea jurisprudencial se ha consolidado, no existiendo ninguna sentencia que la contradiga y aplicándose explícitamente en 8 resoluciones:

En el caso juzgado por la SAP Cádiz, 4ª, 3.6.2005, MP Marín Fernández, el riesgo para los trabajadores provenía de una mala organización del trabajo del operario que manejaba una grúa, al que un peón sin instrucción daba instrucciones desde la planta. En el FD Segundo B.2. se afirma: “(...) entre las acciones típicas del art. 316 no solo se incluye el omitir la entrega y facilitación de medios y equipos de protección, sino también la omisión del establecimiento de procesos, medidas y modos de ejecución adaptados a la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.

En el FD 2º de la SAP Almería, 3ª, 7.9.2005, MP Jiménez de Cisneros Cid, se afirma: “deben cumplirse las obligaciones establecidas en las normas de prevención de riesgos laborales, además de dar instrucciones suficientes a los trabajadores y adoptar las medidas para que aquéllos reciban las informaciones necesarias en relación con los riesgos para la seguridad y salud que existan, tanto en la empresa en su conjunto como en cada puesto de trabajo específico”.

La SAP Barcelona, 6ª, 14.11.2005, MP Obach Martínez, FD 2º, expresa la misma idea con un mayor uso del aparato conceptual dogmático y una muy excepcional cita individual de la doctrina (como es sabido, y manifiestamente verificable, los tribunales españoles son sumamente reticentes a citar autores, aun en los casos en los que los siguen): “En suma, en el presente caso existió una efectiva puesta en peligro grave de la vida, integridad física y salud de los trabajadores al realizar los trabajos de derribo en las condiciones como se ejecutaron, obligación que se impone en el art. 17 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, precepto que debe ser interpretado conforme a un criterio teleológico-funcional, por lo que la obligación no se limita a proporcionar los preceptivos equipos de protección individual o la adopción de las medidas encaminadas a asegurar la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones utilizadas por los trabajadores, sino el cumplimiento de la obligación de facilitar a los trabajadores una suficiente información y formación en materia de prevención de riesgos laborales y ello, por resultar tanto o más lesivo para la seguridad y confianza de los trabajadores el que no se les facilite los reglamentarios equipos de protección individual (en el presente caso el arnés ofertado al señor Adolfo) y no se garantice la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones utilizadas por los trabajadores, como el que no se les proporcione una información precisa acerca de los riesgos existentes en el conjunto de la empresa y en su concreto puesto de trabajo y una formación suficiente en relación a las medidas que se han adoptarse a fin de protegerse frente a los mismos; así, lo ha remarcado autorizada doctrina (HORTAL IBARRA), cuando señala que la propia eficacia preventiva de la entrega de los equipos de protección individual y las medidas de seguridad adoptadas en relación a los equipos de trabajo va a depender, en gran manera, de la previa información y formación que el trabajador haya recibido en relación a los diferentes riesgos frente a lo que tales equipos y medidas les protegen y la

²⁴ Sobre el tema, v. HORTAL (2008: 85).

forma correcta de utilizarlos a fin de garantizar su seguridad y confianza en el transcurso de sus prestación”.

La información previa al trabajador sobre los riesgos concretos del trabajo a desarrollar es exigida también por la SAP Vizcaya, 1ª, 13.9.2007, MP Yangüela Criado, FD 3º, que absuelve precisamente por entender que se cumplió con ella, por la SAP Alicante, 7ª, 17.10.2007, MP Gil Muñoz, FD 4º, que la utiliza para fundamentar la condena (aunque en el supuesto también había omisión de entrega de medidas individuales), por la SAP Burgos, 1ª, 8.1.2008, MP Marín Ibáñez, FD 4º (fundamenta la condena, aunque también había una máquina con ausencia de medidas de protección), por la SAP Zaragoza, 6ª, 26.5.2008, MP Lasala Albasini, FD 2º (fundamenta la condena, aunque también se le dio a la víctima un camión de 24 años de antigüedad que tenía caducada la ITV y estaba equipado con unos neumáticos de escasa adherencia por encontrarse “muy usados, con el dibujo gastado y alguno con elevado riesgo de explosión y nulo agarre”); y por la SAP Granada, 1ª, 6.6.2008, MP Ramos Almenara, FD 3º (*obiter dictum*).

Conclusión:

La jurisprudencia pronto se decidió por una interpretación “amplia” (en cualquier caso perfectamente compatible con el tenor literal) de la expresión “medios” que incluye dentro de ésta tanto los materiales como los inmateriales y, dentro de estos últimos, aspectos como los deberes de formación o instrucción, de información y de adecuada organización del trabajo. En la muestra no existe ninguna sentencia que se aparte de esta interpretación, habiendo 8 pronunciamientos favorables expresos. Puede concluirse que esta interpretación, dogmáticamente correcta y político-criminalmente deseable, es actualmente pacífica en la interpretación jurisprudencial.

(ii) La falta de vigilancia del uso de los medios como “no facilitación”

La doctrina y la jurisprudencia pronto entendieron de forma ampliamente mayoritaria que la omisión del deber de vigilancia del uso de los medios es subsumible dentro de la expresión “no facilitación” empleada por el art. 316 CP²⁵. Esta interpretación sigue siendo mayoritaria en la muestra, con cinco decisiones en tal sentido, pero no unánime, existiendo dos sentencias que expresamente no la siguen²⁶, así como otras dos que de haberla seguido habrían tenido que condenar y no lo hicieron. Esto representa un cambio apreciable sobre la situación reflejada en anteriores investigaciones.

1. Sentencias que siguen la línea jurisprudencial mayoritaria:

SAP Almería, 3ª, 7.9.2005, MP Jiménez de Cisneros Cid, FD 2º (cursiva añadida):

²⁵ En la doctrina penal, v. AGUADO (2002: 197) y TERRADILLOS (2002: 85). Esta parece también la doctrina mayoritaria entre los laboristas, v. SALA (2001: 406). En cuanto a la jurisprudencia, en nuestra anterior investigación sobre la materia sólo pudimos encontrar dos resoluciones en sentido divergente: la SAP Valencia, 4ª, 18.5.2001, MP Tomás Tío, FD 2º y SAP Barcelona, 3ª, 25.6.1999, MP Ingelmo Fernández, FD 2º. V. también HORTAL (2005: 194-198), quien trata la cuestión de forma exhaustiva y aporta numerosa jurisprudencia afirmando la inclusión del deber de vigilancia en el art. 316, contrariamente a la posición por él y por nosotros defendida.

²⁶ Para la doctrina minoritaria y las razones dogmáticas que la sustentan, v. HORTAL (2005: 194-198; 2008: 95-99) y MARTÍN/ORTIZ DE URBINA (2006: 387-397). En términos político-criminales, nosotros pensamos que se trata de un lamentable error del legislador (entendiendo, al tiempo, que sólo él está legitimado para arreglarlo). En estos mismos términos, HORTAL también critica la no inclusión, si bien aporta una razón a favor: el posible “efecto contagio” sobre el campo de aplicación del ámbito de responsabilidad de la víctima en los tipos de resultado (2008: 98-99).

“Si bien es cierto que existía un proyecto de ejecución de obra donde se recogían las medidas preventivas la constructora y en concreto un capítulo de estudio básico de seguridad y salud con identificación de riesgos laborales y prevención dedicado a los encofrados, folio 248, su representante [scil: del acusado, presidente de la empresa contratista] no ejerció las labores de vigilancia y control que le eran exigibles”.

SAP Jaén, 1ª, 20.12.2006, MP Jurado Cabrera, FD 1º:

“En este caso, se produce el resultado típico por no realizar un comportamiento adecuado al no adoptar todos los medios necesarios de prudencia, control y supervisión para evitar el resultado lesivo”.

SAP Pontevedra, 2ª, 30.3.2007, MP Barreiro Prado, FD 2º:

s“a obriga posta ao cargo do suxeito activo da conducta prevista no artigo 316 do Código Penal non e unha obriga de medios e da súa posta a disposición dos obreiros, senón unha obrigación de resultado con garantía da exclusión deste último ata onde sexa posible, mesmo obrigando ao operario a empregar os medios de seguridade, impedirle o comezo ou prosecución sen eles da tarefa que estea a levar a cabo, ata o punto de protexelo así da súa propia imprudencia como lembra o Ministerio Fiscal a teor da doutrina xurisprudencial”

La SAP Madrid, 23ª, 10.10.2007, MP Martín Sanz, FD 3º, extiende la obligación de vigilancia del uso de los medios a la empresa para la que prestaban sus servicios los trabajadores, a pesar de que ésta había contratado a otra empresa para que se hiciera cargo de la prevención de riesgos laborales:

“la condenada era la administradora única de la mercantil empresaria de los trabajadores, y si bien es cierto que tenía contratado la prevención de riesgos laborales con la empresa Nexgroup para que planificaran la actividad preventiva y medidas de protección, que los trabajadores habían recibido curso de formación y les había sido entregado equipo de protección individual y que había contratado un andamio que cumpliera la normativa de la CE, también lo es, como señala la sentencia impugnada, que no ejerció una vigilancia efectiva del cumplimiento de tales medidas antes de dar inicio a la obra, y a la llegada de Inspector de trabajo, el andamio incumplía tal normativa, careciendo de barra de seguridad y rodapié y los trabajadores no portaban el arnés de seguridad”.

De modo discutible, la SAP Madrid, 23ª, 24.7.2007, MP Mozo Muelas, FD 2º, entiende que la falta de vigilancia integra el tipo penal porque supone una infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales²⁷:

“En relación con la existencia de los medios de seguridad necesarios a disposición de los trabajadores el Real Decreto 773/1997, en sus arts. 3 y 7 establece que el empresario tiene obligación de velar por que la utilización de los equipos se realice conforme a lo dispuesto en la normativa sobre utilización y mantenimiento de los equipos de protección individual, precepto que está en consonancia con el art. 17 de la Ley de Prevención de riesgos laborales que, además de afirmarse la obligación por parte del empresario de proporcionar los equipos de protección individual, también le obliga a velar por el uso efectivo de los mismos, cuando por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios”.

²⁷ Esta interpretación es discutible porque quienes consideramos que la falta de vigilancia no puede integrar el tipo contenido en el art. 316 entendemos que el problema a la hora de no incluir la omisión de vigilancia no estriba en la ausencia de infracción de la normativa de prevención de riesgos, infracción que se afirma, sino en la alusión a la facilitación de las medidas y la posibilidad de diferenciar entre la facilitación y la posterior vigilancia de su uso.

2. Sentencias que siguen la línea jurisprudencial minoritaria:

- SAP Tarragona, 4ª, 13.3.2006, MP Pérez Bello, FD 1º:

“la cuestión no es tanto que no existieran medidas de seguridad en la empresa, (en relación con el evento dañoso producido) sino la falta de control por parte del empresario de su utilización (que es en realidad lo que se reprocha por parte de la Inspección) por lo que se estima acertada en este caso, la decisión del Juzgado de absolver al acusado del delito de contra los derechos de los trabajadores contenido en los artículos 316 y 317 (imprudencia grave) del CP, dado que no resulta acreditado que el empresario no facilitara los medios adecuados (debiendo reiterar sobre este tema que en ningún sitio se afirma que para el trabajo a realizar y dado el número de trabajadores existentes, objetivamente fueran necesarias más de dos jaulas)”²⁸.

- SAP Madrid, 15ª, 30.5.2008, MP Jorge Barreiro, FD 4º:

“el delito de riesgo del art. 316 (distinto sería si se tratara de un delito imprudente de resultado material) sólo contempla como conducta punible el no facilitar los medios necesarios para garantizar las medidas de seguridad e higiene. 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, una vez que ha quedado excluido el tipo imprudente de homicidio, en el ámbito administrativo-laboral al quedar también tales comportamientos fuera del perímetro fáctico descrito en el art. 316 del C. Penal (...) En efecto, el Código Penal anterior a 1995 no sólo tipificaba como conducta punible el no facilitar los medios para que los trabajadores desempeñaran una actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, sino que también castigaba, en el derogado art. 348 bis a), a quienes no exigieran tales medios y a quienes no procuraran las condiciones para ello. Parece, pues, obvio que el marco típico del nuevo precepto es más reducido que el anterior, de ahí que se afirme que ya no se halla tipificada como delito de riesgo la conducta consistente en no exigir la aplicación de las medidas de seguridad ni el controlar su cumplimiento. Siendo así, el tenor literal del precepto sólo permite punir aquellos comportamientos consistentes en no facilitar los medios necesarios para cumplimentar las medidas de seguridad e higiene adecuadas para el desempeño del trabajo”.

Aunque no forma parte de esta línea jurisprudencial minoritaria, el caso resuelto por la SAP Almería, 1ª, 3.7.2007, MP García Laraña ayuda a perfilar los límites de la posición que entiende que el deber de vigilancia no integra el tipo penal incluido en el art. 316.

En él, el jefe de un almacén dejó seguir funcionando una máquina a pesar de tener anulado el mecanismo de seguridad; la máquina atrapó la mano de un trabajador provocándole importantes lesiones y la SAP confirma su condena por el art. 316 apelando a que “es claro que la responsabilidad de vigilancia, control y supervisión directa de las medidas de seguridad corresponde al acusado” (FD 3º). A primera vista podría parecer que los partidarios de entender que el deber de vigilancia no está incluido en el art. 316 tendrían que abogar por su inaplicación en este supuesto. Sin embargo, esto no es así: desde el momento en el que el obligado a la seguridad conoce que la máquina supone un peligro, está obligado a impedir su uso. En caso contrario estará facilitando el acceso a una máquina (un medio) inadecuado para realizar el trabajo en condiciones de seguridad. Es decir: en el supuesto no estamos ante un uso inadecuado de medidas apropiadas que no es captado por el obligado en seguridad, sino ante la

²⁸ A renglón seguido, en el FD 2º la Audiencia utiliza la falta de vigilancia de la utilización de los medios para rechazar la apelación contra la sentencia del juzgado de lo penal que había condenado por el delito de lesiones imprudentes del art. 152.1.1. Es decir: si bien entiende que la falta de vigilancia del uso de los medios no puede fundamentar una condena por el art. 316, entiende que sí permite fundamentar la existencia de una grave infracción del deber de cuidado. En este mismo sentido, HORTAL (2005: 235-236), MARTÍN/ORTIZ DE URBINA (2006: 396-397).

omisión por éste de facilitar la herramienta adecuada.

3. Inaplicación de la línea jurisprudencial mayoritaria sin adhesión a la minoritaria

De seguirse la línea jurisprudencial mayoritaria sobre la inclusión en el art. 316 de la falta de vigilancia de medios de seguridad existentes, hubiera debido condenarse en los siguientes casos incluidos en la muestra:

SAP Sevilla, 3ª, 23.6.2006, MP Gonzaga de Oro-Pulido Sanz. En el FD 4º, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance de la presunción de inocencia en las apelaciones contra sentencias absolutorias, esta sentencia se vio forzada a absolver porque la prueba documental existente no permitía inferir la ausencia de medidas de seguridad adecuadas. Sin embargo, lo cierto es que las medidas no se utilizaron por los trabajadores y que el acusado no vigiló su uso. La sentencia asume sin más que los sujetos en cuestión estaban trabajando fuera del horario establecido (eran las 7.40 horas de la mañana), pero esto resulta cuestionable: ¿se está diciendo que ambos trabajadores decidieron por su cuenta ponerse a trabajar fuera del horario previsto, sin permiso de nadie y sin que ello repercutiera en su sueldo? Más bien puede inferirse que trabajaban a esa hora con connivencia de la empresa (seguramente incentivados por ella). De ser así, según la jurisprudencia mayoritaria el acusado debería haber vigilado el uso de las medidas.

SAP Alicante, 3ª, 18.12.2007, MP Mira-Perceval Verdú. En los hechos probados se recoge que, a pesar de tratarse de un trabajo en altura (el caso incluye una caída desde 6,5 metros que produjo la muerte del trabajador), por parte de los acusados “no se había adoptado ningún tipo de protección colectiva, ni de plataforma auxiliar para realizar los trabajos en altura (...) sin que ninguno de ellos informara, ni exigiera, que ese medio de seguridad mínimo al que se ha hecho referencia (el cinturón de seguridad), los trabajadores no sólo lo llevaran puesto sino que lo utilizaran y sujetaran debidamente siempre que tuvieran que trabajar en altura, aun conociendo los tres que el trabajo en altura era un trabajo de alto riesgo pues se despreocuparon totalmente de las medidas de seguridad”. A pesar de lo anterior, en el FD 3º se decide absolver por el delito de peligro contra la seguridad en el trabajo afirmando que “No estamos en presencia de una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales que ocasione un peligro grave para la vida del trabajador, ni ante una omisión de dictar normas por imprudencia grave del artículo 317 del CP”. La conclusión parece un tanto apresurada. Ya sólo la falta de medidas de protección colectivas en un trabajo en altura podría en nuestra opinión fundamentar la existencia de tal infracción, especialmente teniendo en cuenta el hecho, constatado una y otra vez, de la existencia de un importante déficit en la utilización de los equipos de seguridad individuales. Pero es que, además, no se cumplió con el deber de vigilancia exigido por la jurisprudencia mayoritaria. Finalmente, téngase en cuenta que la sentencia acabó condenando por el delito de homicidio por imprudencia grave del 142 CP. ¿Es coherente afirmar que los acusados incurrieron en una imprudencia grave respecto del tipo de homicidio en un entorno de trabajo y sostener al mismo tiempo que no infringieron las normas de prevención de riesgos laborales ni pusieron en peligro la vida o la salud de los trabajadores? Entendemos que no lo es.

Conclusión:

En la jurisprudencia actual conviven dos interpretaciones incompatibles acerca de la inclusión del deber de vigilancia de la utilización de las medidas de cuidado dentro del ámbito típico del art. 316. La que afirma tal posibilidad sigue siendo mayoritaria, pero la que la niega ha experimentado un indudable crecimiento. No corresponde aquí analizar de nuevo las razones a favor y en contra de uno y otro planteamiento. Como confesos partidarios del minoritario, sin

embargo, no podemos por menos que poner de manifiesto cómo éste es asumido por dos secciones especialmente prestigiosas²⁹.

c. La grave puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad física

El análisis doctrinal y jurisprudencial de este elemento típico no ha venido siendo muy profundo (MARTÍN/ORTIZ DE URBINA 2006: 398-401). Siguiendo esta tónica, la práctica totalidad de las resoluciones en la muestra se limitan a afirmar o negar la existencia de tal peligro (lo primero es más fácil cuando, como ocurre en la mayoría de los casos, el tipo de peligro viene acompañado de un de resultado)³⁰.

De forma absolutamente razonable, la SAP Vizcaya, 1ª, 13.9.2007, MP Yangüela Criado, FD 3º, acude al artículo 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales para entender que para valorar la gravedad de un peligro ha de estarse tanto a su probabilidad como a la severidad del resultado que pueda acaecer.

Por otro lado, de la lectura del precepto resulta evidente y así se ha afirmado por la doctrina y la jurisprudencia que nos encontramos ante un tipo de peligro y no de resultado. En la muestra, sin embargo, hay una sentencia en la que se afirma la imposibilidad de condenar por no estar la ausencia de medidas de seguridad “conectada de forma adecuada con el resultado lesivo, ya que éste acaece por unas causas independientes a esas omisiones” (SAP Sevilla, 3ª, 23.6.2006, MP Gonzaga de Oro-Pulido Sanz, FD 4º).

4.2. La relación entre el tipo doloso (art. 316) y el tipo imprudente (art. 317)

La relación entre el tipo doloso y el tipo imprudente de los delitos contra la seguridad en el trabajo es uno de los extremos menos claros y más preocupantes de la jurisprudencia sobre estos delitos. El problema tiene su raíz en la doctrina del Tribunal Supremo, enunciada en la única vez que se ha pronunciado sobre la cuestión, la STS, 2ª, 26.7.2000, MP Saavedra Ruiz³¹, en cuyo FD 2º se afirma (énfasis añadidos):

“si lo que se pretende es la aplicación del tipo doloso, artículo 316 CP, cuyo ámbito de protección abarca la seguridad e higiene en el trabajo como deber inexcusable de los «legalmente obligados a ello» en el marco empresarial, lo cierto es que la *insuficiencia de las medidas adoptadas, fruto de la falta de previsión total del riesgo creado por la actividad desarrollada por la víctima, configura en principio el tipo de comisión por imprudencia* previsto a continuación por el legislador de 1995 en el artículo 317 CP (...) una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas

²⁹ Acudiendo a las enseñanzas de la sociología de la ciencia sobre cómo se propagan las teorías, tampoco podemos dejar de indicar la magnífica oportunidad que para esta interpretación supone el que uno de sus partidarios haya sido recientemente designado para ocupar una de las plazas de magistrado del Tribunal Supremo.

³⁰ La SAP Barcelona, 7ª, 26.9.2007, MP Ingelmo Fernández, supone una excepción. En ella se entendió que no se creó un peligro grave, a pesar de condenarse por el delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.2 (que remite a las lesiones del art. 149, esto es, las más graves, incluyendo la pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal). Lamentablemente, al no incluir la sentencia los hechos probados no puede decirse mucho más sobre el caso.

³¹ En ocasiones se cita como pertinente también la STS, 2ª, 29.7.2002, MP Giménez García. Sin embargo, ésta, que versa sobre un caso en el que se había condenado por el art. 317, dedica el FD 3º a explicar cuáles son los requisitos de aplicación del 316, afirmando que el recurrente “debe ser estimado como autor *-por imprudencia-* de dicho delito de acuerdo con la sentencia recurrida” (énfasis añadido), sin establecer doctrina sobre el mismo.

conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo³².

Como puede verse, la doctrina recién citada pretende diferenciar ambos tipos basándose en el número de medidas que se dejó de facilitar, algo que no encuentra ningún tipo de apoyo en la determinación legal de las conductas, que las diferencia basándose exclusivamente en el tipo subjetivo (el art. 317 dice que “Cuando el delito al que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”).

No es el momento de entrar a analizar la cuestión de forma detallada³³. Resulta sin embargo evidente que no puede entenderse que la diferencia entre un tipo y otro, que se reduce exclusivamente al tipo subjetivo, se resuelva atendiendo al número de medidas que se facilitan, un dato objetivo. A lo que ha de atenderse es a la forma de imputación subjetiva en la que el autor se encuentra frente a los elementos típicos objetivos³⁴. En el caso del elemento típico objetivo “facilitación de las 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, y condenar por el 316. Si el autor desconoce la ausencia de medidas pero este desconocimiento es imputable a su (gravemente) negligente proceder, corresponde condenar por el art. 317³⁵. Nada de esto se desprende de la doctrina jurisprudencial citada, que con su incomprensible interpretación ha propiciado el caos hermenéutico.

Así, existen resoluciones en las que se pretende utilizar la doctrina citada pero ésta se interpreta de forma incorrecta.

La SAP Madrid, 7ª, 17.5.2006, MP Ferrer García, se ocupó de un supuesto en el cual un trabajador cayó al vacío, falleciendo a causa del golpe. Según los hechos probados,

“La caída se produjo porque en la zona en la que trabajaba el Sr. [apellido del trabajador] no se había adoptado medida alguna de seguridad, hecho que él conocía por ser encargado de la obra, y concretamente no se había colocado redes protectoras tal y como expresamente indicaba el informe de evaluación de riesgos de que disponía Aislamientos y Cubiertas Palomares, SA, dándose además la circunstancia de que el trabajador fallecido no hacía uso de ninguno de los medios de protección

³² La doctrina establecida por esta sentencia se ve enturbiada por la falta de claridad con la que se pronuncia a renglón seguido el TS al explicitar los requisitos de ambas formas de imputación subjetiva: “conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber del cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores”. Por razones de coherencia con lo que el propio TS ha dicho unas líneas antes (lo que equivale a una suerte de interpretación sistemática dentro del propio FD), entendemos que la referencia a la “ausencia de todas las (medidas, *scil.*) previsibles exigibles” ha de interpretarse haciendo mención no sólo a su ausencia, sino también a su carácter incompleto.

³³ Para ello, HORTAL (2005: 222-227); MARTÍN/ORTIZ DE URBINA (2006: 456-462).

³⁴ En este sentido se pronuncia la SAP Ourense, 2ª, 23.4.2007, MP Blanco Arce, FD 2º, afirmando que en el art. 316 el dolo consiste “en la conciencia de la infracción de la norma de seguridad y de la situación de peligro grave que de aquélla deriva para la vida, salud o la integridad física de los trabajadores y en la decisión del sujeto de no evitar ese peligro”.

³⁵ Siendo algo más precisos, la doctrina que se ha ocupado de la cuestión (LASCURAÍN 1998: 640; MARTÍNEZ-BUJÁN 2005: 783) ha establecido que, en atención a la estructura del art. 316, el 317 incluye dos supuestos: a. Conducta dolosa respecto a la infracción normativa-gravemente imprudente respecto al resultado de peligro; b. Conducta gravemente imprudente respecto a la infracción normativa-gravemente imprudente respecto al resultado de peligro.

individual que le habían facilitado, no habiendo adoptado tampoco la empresa ninguna medida alguna para exigir y asegurar su utilización”.

La sentencia del Juzgado de lo Penal condenó por concurso ideal entre el delito del art. 316 y la falta de homicidio imprudente (como ocurre en demasiadas ocasiones, se degradó la calificación de delito por la conducta negligente de la propia víctima). Ante la alegación por el apelante de que debía aplicarse el art. 317 y no el 316, en el FD 1º la sentencia de la Audiencia, con cita expresa de la STS, 2ª, 26.7.2000 MP Saavedra Ruiz, replica que

“una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral, y otra distinta es su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo, conciencia del peligro cuando se trata de tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber de cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores”.

Las primeras líneas transcritas muestran la intención de seguir la doctrina del TS, mientras que el resultado alcanzado (rechazar la apelación), muestran que ésta no se acaba de comprender. De haber aplicado coherentemente la doctrina del TS, la Audiencia tendría que haber condenado por imprudencia, toda vez que medidas de seguridad había, aunque no todas las que tenía que haber (así, había una red, que cubría una de las dos superficies con riesgo de caída pero no la otra, por la que cayó, y también había equipos de seguridad individual, que la víctima tenía a su disposición pero había dejado en el maletero de su vehículo). Sin embargo, el resultado alcanzado es correcto: el responsable de facilitar las medidas de seguridad sabía que la red no cubría la totalidad de la superficie desde la que se podía producir caídas y a pesar de ello decidió seguir con los trabajos. Su conducta fue, sin duda, dolosa.

Como ejemplo de la fiel aplicación de la doctrina del TS encontramos la SAP Burgos, 1ª, 15.6.2006, MP Marín Ibáñez. En su FD 3º, con expresa referencia a la STS, 2ª, 26.7.2000, MP Saavedra Ruiz, se afirma:

“En el presente caso, queda acreditado que se adoptaron algunas de las medidas establecidas por el Plan de Seguridad e Higiene elaborado, pero no todas, siendo las adoptadas insuficientes para salvaguardar hasta sus últimos extremos la seguridad de los trabajadores, creando una situación de riesgo imprudente o negligente para la vida y la integridad física de éstos. Por esta razón, parece adecuada a esta Sala la degradación de la responsabilidad penal adoptada por la Juzgadora de instancia, aplicando no el delito doloso previsto en el artículo 316 del Código Penal, sino su versión imprudente del artículo 317”

El seguimiento de la doctrina del TS es claro. Menos claro es por qué se hace referencia a la situación de “riesgo imprudente o negligente” para la vida o la integridad física de los trabajadores. Como es evidente, el riesgo en sí no puede ser ni imprudente ni doloso. Tales calificativos sólo pueden predicarse de la conducta de falta de facilitación de las medidas que está en su origen. La sentencia reconoce que se dejaron de tomar algunas de las medidas incluidas en el plan de seguridad. En tal caso, lo que correspondía era indagar si ello se hizo con conocimiento y aceptación o bien fue debido a negligencia. La no facilitación de una sola medida de seguridad, si es consciente, basta para afirmar la imputación a título de dolo (y, en caso de darse el resto de elementos típicos, la condena por el mismo).

Con todo, el principal problema de esta doctrina es que acaba haciendo que se condene por el

tipo imprudente en supuestos en los que lo que corresponde es la aplicación del doloso³⁶.

- La equivocada interpretación de la relación entre los arts. 316 y 317 es probablemente la razón por la que, esta vez sin cita de la doctrina del TS, en la SAP Madrid, 7ª, 5.6.2006, MP Rasillo López, se condenó por el art. 317 en lugar de por el 316, con estos hechos:

- El trabajador fallecido cayó al vacío por el hueco sin proteger de un montacargas;
- Dos meses antes de la muerte la empresa encargada del mantenimiento del montacargas advirtió por escrito del problema;
- El problema también había sido localizado y constatado por escrito por la evaluación de riesgos laborales entregada a la empresa cinco meses antes;
- En el plan de prevención de riesgos se calificaba el riesgo del montacargas de “moderado/importante” y se añadía que, de no subsanarse, debía procederse a la prohibición de trabajar con el mismo;
- En su informe posterior a los hechos, la Inspección de Trabajo calificó el riesgo de “intolerable”.

En el caso, el Director General de la empresa fue condenado por el tipo imprudente. Sin embargo, la única posibilidad de entender que esta calificación es correcta es suponer que éste omitió la lectura de los informes de seguridad, incluyendo el específico de evaluación de riesgos laborales³⁷, y nada de esto se afirma en la sentencia. De conocerse el riesgo (esto es: de haberse leído cualquiera de los tres primeros documentos citados), la continuación de la actividad en esas condiciones ha de entenderse subsumible en el tipo doloso, no el imprudente.

- También se condenó indebidamente por la modalidad imprudente en lugar de la dolosa en la sentencia del Juzgado de lo Penal cuya apelación decidió la SAP Sevilla, 3ª, 28.7.2006, MP Gonzaga de Oro-Pulido Sanz. Según se lee en su FD 4º:

“la situación de riesgo era conocida porque los denunciados conocían el lugar donde se debía de realizar el trabajo, y sabían en que consistía y habían dado instrucciones de cómo hacerlo, sabía que este trabajo

³⁶ Este problema fue originalmente denunciado por HORTAL, quien lo ilustró mediante el análisis de tres sentencias que deberían haber condenado por el 316 y lo hicieron por el 317 (2005: 225-227).

³⁷ Incluso siendo así, podría plantearse si no estamos ante un supuesto de ignorancia deliberada, de los que el Tribunal Supremo viene afirmando mayoritariamente que deben ser equiparados al dolo (para una descripción y evaluación de la doctrina jurisprudencial al respecto, v. RAGUÉS 2007: 21-61 y 210-212). Esta doctrina tiene una importancia decisiva en el ámbito que nos ocupa, especialmente en el caso de la construcción, caracterizado por la actuación conjunta de varias empresas y el amplio uso de la delegación. Así, en la SAP Tenerife, 2ª, 5.10.2006, MP Soriano Vela, FD 3º, se justificó la condena por el 317 al delegado provincial de obras de la empresa constructora porque éste “reconoce las escasas visitas a la obra y el desconocimiento de la carencia de medidas, no actuando como debía para tener tal conocimiento, deber que le viene impuesto por la norma legal”. De no concederse algún campo de juego a la doctrina de la ignorancia deliberada se generan importantes incentivos para proceder a este “reconocimiento” para ver reducida la propia responsabilidad. Es por este motivo que, sin que ello pueda llegar a suponer una inversión de la carga de la prueba, parece razonable proceder con cautela y recordar la condición profesional de los obligados. En este sentido, la SAP León, 1ª, 9.1.2006, MP Lozano Gutiérrez, FD 5º, ante una alegación de desconocimiento, afirmó lo siguiente: “Es evidente, pues, que estando en presencia de personas que claramente son profesionales solidarios de una empresa destinada a la realización de las concretas actividades que el trabajador que sufrió el accidente estaba realizando, son conscientes conocedores de la función desempeñada en el ámbito laboral por dicho trabajador por cuanto entra dentro del marco objeto de la contratación a cuya contraprestación efectiva han percibido o van a percibir el dinero por la realización del desempeño de su trabajo, ingresando el beneficio”.

entrañaba riesgos evidentes en cuanto que era un trabajo en altura a desarrollar en un espacio pequeño e incomodo, sin que a los trabajadores se les hubiese colocado anclajes o puntales donde amarrar los cinturones de seguridad, ni se les hubiere dado instrucciones para el uso de éstos. En estas condiciones la producción de un daño era muy previsible y estaba al alcance de los recurrentes, y por tanto evitable, de haber hecho algo elemental y sencillo, que a ellos incumbía singularmente, como hubiera sido, tal y como señala la sentencia recurrida, colocar unos puntales o pilares donde amarrar los cinturones y haber dado las instrucciones correspondientes a los trabajadores para que adoptasen tales medidas o cualquier otra medida de seguridad que hubiera evitado la caída de un trabajador”.

Si los acusados sabían de la existencia de este riesgo y aun así ordenaron a los trabajadores iniciar su tarea sin facilitarles ni medidas de seguridad materiales ni instrucción alguna, la condena debería haber sido a título de dolo³⁸.

- El mismo problema se detecta en la SAP Almería, 3^a, 24.10.2006, MP Jiménez de Cisneros Cid. En ésta, un operario cayó desde una segunda planta, sufriendo traumatismo craneoencefálico (murió una semana después pero no se acreditó que fuera a resultas del golpe). En el caso se condenó por el art. 317 en lugar del 316, a pesar de que al trabajador no se le dio equipo de protección individual, el andamio se partió porque estaba en mal estado y no existía barandilla para prevenir caídas³⁹. Frente a la magnitud de los incumplimientos referidos, en los hechos probados se hace referencia a la existencia de medidas de seguridad colectivas e individuales en otros lugares de la obra. La referencia parece apuntar a la mencionada doctrina del Tribunal Supremo. Sin embargo, la cuestión relevante vuelve a ser otra: ¿sabían los acusados que faltaban medidas de seguridad y aun así permitieron que se trabajara? De ser positiva la respuesta, el título de imputación subjetiva habría de ser doloso, no imprudente, por mucho que en otros lugares de la obra hubiera medidas de seguridad.

-Del mismo modo habría debido condenarse por la modalidad dolosa en la SAP Alicante, 3^a, 27.2.2007, MP Ojeda Domínguez. Durante una obra en la que según los hechos probados “no se había tomado medida de seguridad alguna”, un tejado se desploma sobre uno de los trabajadores, causándole lesiones que tardaron en curar 113 días, todos de incapacidad, de los cuales 27 fueron de hospitalización. Reconociéndose como se hace que en la obra no había ninguna medida de seguridad y existiendo varios trabajadores expuestos al peligro (en el supuesto concreto al menos el lesionado y su compañero, que se encontraba encima del tejado), no se ve cómo puede afirmarse la existencia de un tipo de peligro imprudente en lugar de uno doloso.

- También se debería haber subsumido en el art. 316 la conducta enjuiciada por la SAP Madrid, 23^a, 24.7.2007, MP Mozo Muelas. En ella se condenó por el 317 apelando a la falta de vigilancia del uso de las medidas de seguridad. Sin embargo, en los hechos probados también se alude a que no existían medios de protección colectiva (protección perimetral mediante red o similar para reducir el riesgo en caso de caída). La utilización o no de una medida de seguridad es una

³⁸ Ello habría sido decisivo en este supuesto, porque la condena por el art. 317 fue anulada por la Audiencia Provincial por infracción del principio acusatorio, al haberse pedido la condena por el art. 316 y haberse condenado por el 317, siendo ambos tipos considerados heterogéneos por la jurisprudencia ampliamente mayoritaria.

³⁹ La condena por el art. 317 venía del Juzgado de lo Penal y no fue recurrida por inaplicación del art. 316, de modo que por razones procesales la Audiencia en ningún caso habría podido condenar por el art. 316.

circunstancia que puede variar en muy breve período de tiempo (el que se tarda en quitarse un cinturón o un casco, por ejemplo). Así, un acusado siempre podrá alegar el desconocimiento de si en el momento concreto se estaban utilizando o no las medidas de seguridad (como hizo el acusado en el caso). Mucho menos creíble ha de resultar su alegación de que ignoraba que no existían redes, un elemento de protección colectiva que ha de estar presente durante todo el proceso constructivo en altura⁴⁰.

- Menos claro es cómo haya de subsumirse el caso decidido por la SAP Burgos, 5ª, 8.1.2008, MP Marín Ibáñez, aunque posiblemente también se haya inaplicado indebidamente el art. 316. En ella se condena por el art. 317, a pesar de que consta: a) que la máquina de amasado-bombeo con la que trabajaba el operario carecía de rejilla en su boca, b) que la existencia y uso de la máquina no fue puesta en conocimiento del técnico que elaboró el informe sobre condiciones de seguridad y planificación de la prevención y c) que el trabajador, que acabaría sufriendo la amputación de la pierna izquierda a la altura del tercio distal del fémur, no había recibido instrucción sobre su funcionamiento. Estando clara la existencia de infracción de normas de prevención y de un peligro grave para la vida o la salud, la cuestión a dilucidar para determinar si el tipo a aplicar es el del art. 316 o el del 317 es si los acusados conocían el defecto de seguridad de la máquina/la omisión de información al técnico/la falta de instrucción del trabajador. Sin embargo, tal cuestión no es planteada por la SAP, que sí se refiere tangencialmente a que la conducta de no facilitación se integra por “la no facilitación en absoluto o por facilitación incompleta de aquellos medios necesarios”.

- Finalmente, y como muestra de las vacilaciones jurisprudenciales a la hora de afirmar el dolo, véase la SAP Tenerife, 2ª, 8.1.2007, MP Astor Landete, FD 1º:

“La comisión del hecho, la infracción de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, con falta de las medidas de seguridad relativas al cerramiento o seguridad en huecos abiertos, poniendo en peligro grave la vida o la integridad de los trabajadores, se realizó con dolo eventual, por conocer el condenado, administrador mancomunado y socio de la subcontrata que ejecutaba la obra, la existencia del hueco, al visitar frecuentemente la obra, ostentando la profesión de arquitecto técnico o aparejador”

El aparejador sabía que se estaba infringiendo la normativa de seguridad al dejar huecos desprotegidos por los que podían caer los trabajadores (lo que finalmente hizo uno de ellos, sufriendo lesiones que le tuvieron ingresado en el hospital 46 días y tardaron en estabilizarse 540 días, restándole secuelas). La existencia del riesgo grave para la vida o la salud no era por lo tanto meramente probable, sino directamente necesaria. ¿Por qué hablar de dolo eventual y no de dolo directo de segundo grado? La cuestión, por supuesto, carece de incidencia penológica, pero muestra la timidez jurisprudencial a la hora de imputar dolo en este tipo de situaciones. Parece que se piense que afirmar la existencia de dolo directo es imputar dolo de lesiones o de muerte, pero esto no es cierto.

Como recuerda la SAP Vizcaya, 6ª, 11.12.2007, MP Gil Hernández, FD 2º, el elemento volitivo en estos casos consiste “no en la intención o ánimo de que se produzca resultado lesivo alguno, sino en que pese

⁴⁰ También se adhiere a la doctrina de diferenciación del 316 y el 317 del Tribunal Supremo la SAP Vizcaya, 1ª, 13.9.2007, MP Yangüela Criado, FD 3º, que acaba absolviendo por considerar que en cualquier caso no hubo imprudencia grave, tal y como exige el art. 317.

a saber que debe facilitar esos medios y conocer que con ello se crea un riesgo para el trabajador, no actúa, omite o demora voluntariamente la adopción de esas medidas de seguridad e higiene que la Ley le impone”.

Conclusión:

Como ha podido verse, la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del tipo imprudente de delito de peligro contra la seguridad de los trabajadores del art. 317 presenta un número tal de problemas que precisaría ser revisada con cierta urgencia. Ello, en atención principalmente a su mayor defecto, aplicar el art. 317 CP en supuestos en los que lo que corresponde es aplicar el art. 316, el tipo doloso. Según nuestro análisis ello ocurren entre el 50% y el 60% de las veces que se aplica el 317. No hace falta ser un partidario acérrimo de la prevención general negativa (o de la retribución proporcional) para ver los problemas que esto causa en un ámbito marcado por la elevada cifra negra de los hechos y la dificultad de su persecución penal⁴¹.

4.3. Sujetos activos y posibles responsables

La determinación de los posibles sujetos activos del delito contra la seguridad de los trabajadores y la delimitación y depuración de responsabilidades en el entramado laboral efectuada por los tribunales ocupa un lugar destacado en esta revisión de las líneas jurisprudenciales. Tanto la compleja estructura típica del precepto como la variopinta organización laboral imponen una laboriosa tarea a los juzgadores a la hora de imputar responsabilidad penal a los implicados en situaciones de riesgo (y lesión) para los trabajadores.

La doctrina coincide en calificar el delito contra la seguridad de los trabajadores como delito especial e identifica la aptitud para ser sujeto pasivo del mismo con la obligación legal de cumplir la normativa de prevención de riesgos laborales facilitando los medios garantizadores de la seguridad y salud adecuadas⁴². En el mismo sentido, y de acuerdo al tenor literal del artículo 316, el punto de partida adoptado por las resoluciones judiciales es identificar al sujeto activo con la persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene. Aparentemente nos encontramos ante un círculo de posibles responsables reducido, pues el autor ha de reunir los rasgos de “obligado legal” y “obligado a facilitar los medios”. Sin embargo, esa doble restricción es sólo aparente.

De un lado, la definición dibuja un círculo más o menos amplio de sujetos activos en función de cómo se entienda la expresión “facilitar los medios”. Frente a un sector de la doctrina, que cuenta

⁴¹ En su valiosa contribución al análisis empírico de la cifra negra de estos delitos, ACALE muestra que el 11% de los trabajadores de la construcción participantes en su encuesta de victimación habían sufrido incidentes (el 5% graves y el 6% no graves), pero ninguno de estos once incidentes fue denunciado, y sólo en un caso se anotó en el llamado “libro de incidentes” (ACALE 2006: 246). Con gran honestidad científica la profesora ACALE reconoce que, debido a problemas en la obtención del universo real de la muestra, su trabajo presenta algunos problemas de valor estadístico (ACALE 2006: 229). Sin embargo, los problemas referidos no deberían perjudicar la fuerza del dato que aquí se utiliza: el principal problema de la encuesta era que los entrevistados eran, todos, afiliados a CC.OO. (ACALE 2006: 248). Sin embargo, en principio, la afiliación a un sindicato se correlacionaría con una mayor posibilidad de denuncia y apunte de incidencias. Si se denuncia tan poco estando afiliado a un gran sindicato, menos probable es que se haga sin el eventual apoyo que el sindicato pueda prestar.

⁴² TERRADILLOS (2002: 62): “no todo obligado a actuar por la legislación laboral puede ser sujeto activo del delito, sino sólo los obligados a facilitar esos medios”; MARTÍNEZ-BUJÁN (2005: 778).

con el respaldo del tenor literal para limitar el contenido de la obligación legal cualificadora a la facilitación de las medidas de seguridad adecuadas, la tónica en los tribunales es identificar esa obligación con un deber genérico y omnicomprendido de velar por la seguridad laboral (epígrafe 4.1.b). Habida cuenta de la inclusión de la falta de vigilancia en la conducta típica, se comprende que la restricción que incorpora el tenor literal no se ha traducido en una variación de la jurisprudencia anterior sobre el perfil del sujeto activo, elaborada a partir de una redacción típica más amplia, y que, por ello, se concibe en términos generosos el ámbito de los posibles responsables.

La SAP Ourense, 2ª, 23.04.2007 (MP Blanco Arce), FD 2º (cursivas añadidas), afirma, que se trata de "un delito especial propio, cuyo sujeto activo sólo puede serlo quien esté legalmente obligado a *exigir o facilitar los medios o a procurar las condiciones* para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles", reproduciendo la descripción típica de la regulación anterior (art. 348 bis c) y no la actual.

De otro lado, existe acuerdo en que la obligación legal relativa a la prevención de riesgos laborales no agota el abanico de posibles responsables, pues en virtud de la figura de la delegación de competencias, la función de prevención puede desempeñarse por un sujeto que no esté obligado conforme a la normativa laboral, pero sí esté dotado de dominio fáctico. En estos casos es posible trasladar el deber extrapenal y es posible ser sujeto activo del delito por mor de las cláusulas previstas en los artículos 31 y 318 del Código penal, que solucionan los problemas de asimetría entre las exigencias típicas de cualidad en el sujeto y la presencia de la conducta típica.

El juego de un entendimiento amplio de la conducta típica y de la posibilidad de transferir el deber de protección cristaliza en una consolidada jurisprudencia menor que concibe en términos realmente amplios el catálogo de sujetos activos: pueden ser responsables aquellos que ostenten una mínima potestad de mando, de representación o de organización, aunque sea de "facto" (SAP Cádiz, 1ª, 24.10.2007, MP Gracia Sanz, FD 2º) y tenga entre sus competencias de control de las condiciones en las que se desarrolla la actividad (SAP Madrid, 23ª, 24.7.2007, MP Mozo Muelas, FD 2º). Y que no es sino reflejo de la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la responsabilidad en el ámbito laboral.

Así lo manifiesta, por ejemplo, la SAP Madrid, 7ª, 5.6.2006 (MP Rasillo López), FD 5º: "Conviene recordar que el propio Tribunal Supremo se ha encargado de señalar que en el mundo laboral todos los que ostentan mando o dirección técnicos o de ejecución y tanto se trate de mandos superiores como subalternos, están inexcusablemente obligados a cumplir cuantas prevenciones establece la legislación de trabajo para evitar accidentes laborales, para preservar y tutelar la vida, la seguridad y la integridad de los trabajadores (STS de 10 de mayo de 1980), tanto si ejercen estas funciones reglamentariamente como si las actúan de hecho (STS de 30 de marzo de 1990), incurriendo en responsabilidad criminal si en cumplimiento de tales deberes se muestran remisos o indolentes y con dicha conducta causan o contribuyen a la causación del resultado dañoso o a una situación de grave peligro (STS de 12 de mayo de 1981), doctrina ésta extrapolable a los actuales artículos 316 y 317 CP por mor de lo establecido en el ya comentado artículo 318". En parecidos términos se expresan también otras sentencias: SAP Cádiz, 4ª, 3.6.2005 (MP Marín Fernández), FD 2º, B-2; SAP Castellón de la Plana, 1ª, 10.6.2005 (MP Solaz Solaz), FD 3º; SAP Almería, 3ª, 7.9.2005 (MP Jiménez de Cisneros Cid), FD. 2º.

Este diseño amplio del círculo de sujetos activos del delito especial termina por hacerlo

coincidente en gran medida con el de los posibles sujetos activos de los delitos comunes de resultado.

a. Sujetos obligados legalmente

(i) El empresario

Coinciden doctrina y jurisprudencia en señalar como obligado legal originario y principal al empresario. El artículo 14 LPRL establece su deber general de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales con el contenido recogido en su número 2, resumido en la obligación genérica de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo adoptando cuantas medidas sean necesarias.

Así lo manifiesta la SAP Castellón, 1ª, 10.6.2005 (MP Solaz Solaz), FD 3º, “la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales -Ley 31/95 de 8 Nov.- en su art. 14.2* impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo en términos inequívocos (...) Resulta, pues, incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos de estas infracciones penales”. O la SAP Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz), FD 2º, “Es cierto, pues, que, en principio, el empresario atrae hacia sí la responsabilidad por el resultado consecutivo al riesgo imprudente, por el hecho de ocupar tal posición como persona individual o jurídica, ampliándose el contenido del deber objetivo de cuidado respecto de otras personas, porque así lo requiere la norma laboral que le confiere el poder de dirección y de organización en el centro de trabajo, debiendo velar por la seguridad en el trabajo y por la indemnidad de los trabajadores. (...) En efecto, a la hora de referirnos a los sujetos imputables del *art. 316* reseñado a efectos de responsabilidad penal, el *art. 14.1 LPRL* atribuye expresamente el deber de protección al empresario, como deudor del correlativo derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Deber de protección que se concreta en que «el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (*art. 14.2 LPRL*). Queda claro que el empresario es, en principio, el sujeto activo del delito”.

Dentro de la distinta morfología que presentan las relaciones laborales y las estructuras empresariales de los supuestos enjuiciados se encuentran casos sencillos de relación empresario-trabajador:

SAP Guipúzcoa, 1ª, 31.1.2006 (MP Maeso Ventureira) condena por un delito de homicidio imprudente que absorbe el delito de riesgo al gerente y copropietario de una empresa de recuperaciones submarinas (S. L.) que, en contra de las normas de seguridad para el ejercicio de actividades submarinas, permitió que, para liberar el ancla de proa del barco que dirigía, se sumergiera el buzo del barco en solitario, sin el cable de comunicaciones telefónico, y dio al patrón por dos veces la orden de avante, lo que determinó que se pusiera en marcha la hélice del barco, que arrastró al buzo hasta causarle la muerte.

SAP Madrid, 7ª, 17.5.2006 (MP Ferrer García): condena por un delito del art. 316 CP en concurso ideal con una falta de homicidio imprudente al administrador único y accionista de una sociedad dedicada a las tareas de aislamientos y cubiertas por la muerte de un trabajador que cayó al vacío con ocasión de las labores de rehabilitación de una cubierta en una zona en la que no se había adoptado medida de seguridad alguna.

SAP Ávila, 1ª, 10.7.2007 (MP García García): El trabajador encargado de realizar la tarea de la captura, recogida, desalajo y evitación de entrada de palomas en el edificio del antiguo Archivo histórico Provincial de Ávila se precipitó al vacío desde una altura de unos 8 metros al no aguantar su peso y

fracturarse una claraboya o lucernario de cristal de 2,5 por 3 metros existente en el lugar y de la que no tenía noticia ni podía ver por disponer sólo de una linterna y estar cubierta de excrementos. Se condena al gerente, administrador y representante legal de la empresa de limpieza (S.L.) por un delito contra la seguridad de los trabajadores que queda absorbido por el delito de lesiones imprudentes del art. 152.1.2º, pues como jefe directo del siniestrado “no había visitado el edificio y lugar del trabajo para realizar las comprobaciones previas acerca de las condiciones de realización del mismo, ni le llegó a proporcionar información personal directa o a través de terceras personas alguna sobre las características de unas mínimas medidas de protección adecuadas, pese a que dicha tarea y trabajo suponían un grave riesgo para la integridad física del trabajador, que requería, al menos, de haberle provisto de algún cinturón para que pudiera anclarse a algún punto fijo (arnés de sujeción), o de una red que cubriera la zona de caída desde la claraboya, etc.”

SAP Zaragoza, 6ª, 26.5.2007 (MP Lasala Albasini): Se condena por un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 316 CP en concurso normativo con un delito de homicidio imprudente del art. 142.1 CP al administrador único y representante legal de la empresa mercantil de transportes (S.L.) que tenía contratada a la víctima como conductor de camión para realizar diariamente cargas y descargas de madera, transportándolas por pistas de tierra utilizando el camión propiedad de la empresa, de tecnología obsoleta y en deficiente estado de conservación. El trabajador “carecía de formación alguna en materia de prevención de riesgos laborales y protección de equipos de trabajo por parte de la empresa ya que la misma no había comunicado su incorporación a la entidad contratada en dicha materia”.

El concepto de empresario a estos efectos no se corresponde con el concepto estrictamente laboral (art. 1.2 Estatuto de los trabajadores) y la doctrina lo identifica con las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, que ostenten un poder de dirección sobre los trabajadores (independientemente de la existencia de un contrato formal de trabajo)⁴³. Este concepto permite imputar responsabilidad, en su caso, por ejemplo, al empresario clandestino, al que hace uso de mano de obra sin contrato o a titulares de empresas distintas de aquella que ha contratado al trabajador en los supuestos de concurrencia de empresarios.

La SAP Alicante, 2ª, 11.2.2008 (MP De Urquía López), condena a dos empresarios clandestinos del calzado en concepto de autores de un delito contra la seguridad e higiene en el trabajo del art. 316 del CP en concurso ideal con diez delitos de lesiones causadas por imprudencia grave profesional de los arts. 152.1.1º y 3º en concurso ideal entre sí. Las empleadas desarrollaban la labor de aparado de calzado con un producto pegamento tóxico llamado cemen conforme habían dispuesto los acusados, “sin dotar a las trabajadoras de guantes ni mascarillas, sin instalar en la estancia sistemas de ventilación localizada ni procurar que la ventilación general fuera suficiente, ya que las ventanas estaban mucho tiempo cerradas, sobre todo en invierno; sin ordenar el depósito de las piezas recién pegadas a distancia del puesto de trabajo, sin instruir a las trabajadoras sobre los peligros del uso del producto químico ni de la forma de conjurarlos”. Tales condiciones determinaron que diez de ellas diez contrajeran la enfermedad llamada parálisis del calzado, que consiste en una neuropatía tóxica periférica por degeneración axonal retrógrada.

La SAP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 8.1.2006 (MP Astor Landete), condena por los delitos del art. 316 y 152.1.2 en concurso ideal al arquitecto técnico y administrador de la empresa constructora para la que estaba trabajando el peón siniestrado esa mañana “tras haber contactado telefónicamente el día anterior

⁴³ AGUADO (2002: 277-278); NAVARRO/LOSADA (2001: 974-975) reformulan el concepto del Estatuto de los Trabajadores desde el ámbito punitivo y definen al empresario como “todo aquel que organiza y dirige la prestación de servicios por parte del trabajador, pudiendo ser tanto empresario individual como colectivo, de naturaleza civil o mercantil, de Derecho público (...) o privado, tenga o no personalidad jurídica propia”.

con el acusado, el Sr. Carlos José , a través del trabajador Juan Ramón , quien le emplazó para que compareciese en la obra y comenzase a trabajar y hacerle posteriormente el contrato por escrito”.

Bajo el término “empresario” se incluye no sólo al empresario principal, sino también a los contratistas o subcontratistas, de forma que en estos casos de pluralidad de sujetos, el deber de protección incumbe legalmente tanto al empresario principal como al resto de los concurrentes (art. 24 LPRL), que deben coordinarse y cooperar en las tareas de prevención.

SAP Madrid, 2ª, 23.4.2007 (MP Blanco Arce): Se condena al representante legal de la subcontratista y los dos administradores solidarios de la subcontratada que actuaban como encargados de las labores de desmontaje y trabajo por un delito del artículo 316 y una falta del artículo 621.2º con ocasión de la caída y muerte de un trabajador de la empresa subcontratada (no dado de alta en la Seguridad Social) que se hallaba en la cubierta de una nave en proceso de demolición y construcción por parte de la empresa principal. Está acreditado que los dos administradores solidarios de la subcontratada que intervenían en las labores de demolición “no habían adoptado medida alguna de seguridad antes de iniciar sus trabajos”, así como que ninguna persona de la empresa subcontratista “comprobó que los trabajos se iban a iniciar en condiciones adecuadas para que los trabajadores no sufrieran riesgos evitables y previsibles, tomando las medidas de seguridad e higiene necesarias para garantizar la salud de los trabajadores”.

SAP Madrid, 23ª, 10.10.2007 (MP Martín Sanz): se condena a la administradora de la empresa que encarga la instalación del andamio y cuyos trabajadores trabajan en él y al representante legal de la empresa que lo instala por el delito doloso contra la seguridad de los trabajadores 316. El andamio carecía de barandillas de protección u otro medio de protección colectiva, iniciándose los trabajos de enfoscado por los trabajadores de la primera mercantil cinco días antes de que se vieran sorprendidos por la inspección de Trabajo dos trabajadores encima de él y sin que tuvieran los mismos puesto el arnés de seguridad pese a estar a 9,25 metros del suelo.

SAP Burgos, 1ª, 8.1.2008 (MP Marín Ibáñez): al trabajador que se ocupa de realizar la mezcla para obtener el mortero en una máquina de amasado-bombeo se le queda atrapada la pierna en ella, cercenándole las hélices su extremidad izquierda inferior. Se condena como autores penalmente responsables un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones en relación con un delito contra los derechos de los trabajadores (forma culposa) al representante legal de la promotora-constructora y al de la subcontratada, encargada de realizar trabajos de instalación de soleras en los pavimentos de los pisos que llevaba a cabo la primera. El trabajador accidentado prestaba sus servicios para el empresa subcontratada como peón, sin haber recibido información y formación en prevención de riesgos laborales por parte de la empresa. Además, se ha establecido como causa del accidente la accesibilidad del depósito de amasado de la máquina, mientras esta se hallaba en funcionamiento, durante la operación de carga de arena, al no disponer la boca de la máquina de rejilla u otro tipo de resguardo, que impida el contacto de las extremidades con los elementos móviles del tambor de amasado.

SAP Murcia, 3ª, 24.3.2008 (MP Jover Carrión): Una promotora contrata con una constructora con dos representantes legales la construcción de un edificio. A su vez la constructora subcontrata la ejecución de obras de tabiquería con otra empresa. En desarrollo del Estudio de Seguridad elaborado por el arquitecto, la constructora elaboró un plan de seguridad y salud aprobado por el coordinador de seguridad en fase de proyecto y arquitecto técnico coordinador en fase de ejecución de obras. Cuando se inician las obras en abril de 2004 de tabiquería se retiran por la constructora las medidas de protección colectiva de barandillas en el perímetro de la obra. El 10 de septiembre se produce una visita de la Inspección de trabajo que pone de manifiesto la ausencia de toda medida de protección colectiva o individual frente al riesgo de caída derivado de los huecos de las terrazas, ventanales de los forjadas de todas las plantas (4), huecos del ascensor, etc. Esa situación no se corrige ni por el representante de la

constructora que actúa como encargado de facto de la misma y que la visita frecuentemente, ni por el representante de la subcontratada que ejecuta esa fase de la obra ni por el aparejador coordinador de seguridad. Se condena al representante de la constructora, al representante de la subcontratada y al arquitecto técnico (coordinador de seguridad) por el delito sancionado en el artículo 316. Se estima que “los acusados no garantizaron, pese a conocer todo ellos la existencia de la subcontrata, la adecuada coordinación en la instalación, sustitución y retirada de medidas de seguridad”.

(ii) Otros sujetos obligados legalmente: los representantes de los trabajadores y los técnicos de prevención

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales contempla otras figuras vinculadas al aseguramiento de la seguridad y la salud de los trabajadores, como los representantes de los trabajadores, con carácter general y en el área específica de la seguridad en el trabajo. Los miembros del comité de empresa, los delegados de personal y los representantes sindicales están obligados a defender los intereses de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral, para lo que tienen asignadas diversas competencias (art. 34.2 LPRL). Por su parte, los delegados de prevención y los comités de seguridad y salud están obligados por la Ley (art. 36.1 LPRL) en materia de seguridad y salud en el trabajo, por lo que puede hablarse, en cierto sentido, de que les incumbe un deber de seguridad. Sin embargo, la doctrina coincide en que ninguno de los sujetos mencionados, unipersonales o colectivos, tiene encomendada la tarea de facilitar los medios necesarios para que los trabajadores lleven a cabo su prestación en condiciones idóneas. Sus deberes específicos no incluyen la prestación de los medios preventivos indicados en cada caso, sino, a lo sumo, vigilar su efectivo suministro y uso, y, en su caso, reclamárselos al verdadero obligado, el empresario⁴⁴. Y parece lógico que así sea dado que se trata de órganos de representación de los trabajadores y, por tanto, no participan del poder de dirección del empresario⁴⁵. En este sentido parece caminar también la realidad aplicativa, habida cuenta de la ausencia práctica de referencias a estos representantes, que sólo se mencionan poniendo de manifiesto su falta de dominio en materia de prevención.

La SAP Cantabria, 1ª, 19.2.2007 (MP Rivas Díaz de Antomana), recoge en sus hechos probados que “Luis Angel, mayor de edad y sin antecedentes penales, nombrado, dos meses antes del siniestro, delegado de personal sin contar con su libre consentimiento, no disponía de la formación adecuada, ni de un informe de evaluación de riesgos, ni de un programa de prevención de riesgos, para poder desarrollar su labor, siendo su función en la empresa la de control de calidad del producto y careciendo completamente de poder de decisión”.

Aun cuando el empresario es el primer obligado en materia de seguridad, la Ley de Prevención de riesgos laborales parte de la posible asunción de las tareas y, en esa medida, de los deberes de prevención de riesgos por los propios trabajadores, por los técnicos de los servicios internos de la empresa o los de una entidad especializada externa (art. 30 a 32 LPRL). Estas previsiones pretenden garantizar que, con independencia de las condiciones particulares en que se preste una actividad laboral concreta –tamaño de la empresa, número de trabajadores, unidad o pluralidad

⁴⁴ Así se pronuncian, AGUADO (2002: 332); BARTOMEUS (1998: 240-241); HORTAL (2005: 254); MARTÍN/ORTIZ DE URBINA (2006: 412-414); MARTÍNEZ-BUJÁN (2005: 778); NAVARRO/LOSADA, (2001: 988); SERRANO-PIEDRECASAS (2002: 106); TERRADILLOS (2002: 86).

⁴⁵ DE VICENTE (2003: 349).

de centros de trabajo, peligrosidad de la actividad, etc.-, se puedan cumplir por parte del empresario sus deberes de protección. Se trata con ello que el empresario adopte las medidas necesarias para cumplir con su deber, en este caso designando a sujetos idóneos para garantizar unos niveles adecuados de prevención.

Ello supone que los técnicos encargados de las labores de protección son sujetos obligados legalmente, pero no son sujetos originariamente obligados equiparables al empresario, pues no se les impone una obligación directa en materia de seguridad y salud en el trabajo. Ahora bien, 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 en el ámbito de sus funciones. Con ello, sin embargo, no queda liberado el empresario de su deber genérico de protección (art. 14.4. LPRL), y será preciso deslindar el ámbito de responsabilidad de cada uno de ellos (MARTÍN/ORTIZ DE URBINA 2006: 411-412, 418)⁴⁶.

A la misma conclusión afirmativa sobre la aptitud de los técnicos de prevención para ser sujetos activos así como sobre a los límites de exoneración llegan los tribunales⁴⁷.

Desarrolla ampliamente la cuestión la SAP Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz), FD 3º, que absolvió al administrador único de la empresa por entender que había delegados sus atribuciones en materia de prevención de riesgos laborales en un técnico competente: "Así, cuando el empresario no asuma directamente la actividad preventiva (que es, precisamente y no por casualidad, el supuesto más habitual en el tejido productivo de nuestras empresas), debe utilizar alguna de las tres fórmulas siguientes (*arts. 30 LRPL y 10 RSP*), pudiendo utilizar opcionalmente una cuarta modalidad (*art. 21 RSP* : Servicio de prevención mancomunado): A) Designar a uno o varios trabajadores, B) Crear un servicio de prevención propio o interno, C) Concertar la actividad preventiva con un servicio de prevención ajeno o externo, prestado por una entidad especializada mediante el pago de una cantidad económica fijada al efecto. Es ésta la vía más utilizada por las empresas, incluso como solución transitoria por las obligadas a disponer de servicio de prevención propio, y su desempeño viene llevándose a cabo por las Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales (Orden Ministerial de 22 de abril de 1997), aunque cualquier persona física o jurídica que presente una solicitud y reúna los requisitos previstos en la Orden Ministerial de 27 de junio de 1997 podrá actuar como tal, previa la obtención de la autorización correspondiente, D) Servicio de prevención mancomunado. Es una figura de posible existencia (ha de crearse ad hoc) en casos de grupos de empresas, o en supuestos de coexistencia de diversas empresas en un mismo centro de trabajo (edificio, galería comercial, polígono industrial). Su composición y funciones

⁴⁶ De acuerdo, HORTAL (2005: 257); MARTÍNEZ-BUJÁN (2005: 777 y 784-785); PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA, (2002: 1524). Para el ámbito específico de la construcción destaca la SAP Madrid, 17ª, 6.10.2003 (MP Fernández Entralgo), FD 3º, I, 12, que "El empresario, pues, tiene legalmente todo este haz de deberes, lo que no significa que haya de cumplirlos personalmente. Una obligación de esta naturaleza chocaría frontalmente con la realidad de la moderna actividad constructora. Por ello, legalmente se prevé la delegación de esta función en, al menos, un equipo de los propios trabajadores, siempre que ofrezca seguridades de competencia para el desempeño de aquélla, contratando, en otro caso, los servicios de una empresa especializada". A tenor de lo expuesto, no podemos estar de acuerdo con cierta doctrina, penalista y laboralista, que ha rechazado absolutamente la posibilidad de que los técnicos de prevención puedan ser autores del delito previsto en el art. 316 CP (BARTOMEUS 1998: 240-241; GARCÍA SALAS 1996: 242; NAVARRO/LOSADA 2001: 985-986, 987-988; PURCALLA 2002: 1756-1757; reticentes, AGUADO 2002: 330, aunque acaba admitiendo que respondan si asumen el papel de encargados, y SERRANO-PIEDECASAS 2002: 105, salvo que exista una delegación expresa), pertenezcan a un servicio de prevención interno o externo a la empresa o sean trabajadores designados para fines de protección.

⁴⁷ Entre las resoluciones examinadas, de acuerdo, por ejemplo, las SSAP Barcelona, 3ª, 4.10.2005 (MP Ingelmo Fernández), FD 3º; Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz), FD 3º; Barcelona, 3ª, 21.7.2008 (MP Arriero Espes), FD 5º.

se determinarán en el documento mediante el cual se creen, siendo, desde luego, una variante sui generis de servicio de prevención interno o propio.

En los cuatro casos indicados, se podría cuestionar si los técnicos en prevención resultasen penalmente responsables de producirse un peligro grave, pero lo que no admite duda es que su existencia debe valorarse a la hora de imputar responsabilidad penal (que no civil, volvemos a insistir) al empresario titular de la explotación, sea persona física o jurídica.

Es cierto que, según el *art. 14.4 LRPL*, las obligaciones de los técnicos en prevención complementan las acciones preventivas del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones de repetición indemnizatoria y disciplinarias, en su caso, que pueda ejercitar contra aquéllos. Se dice, que el servicio de prevención es un instrumento de asesoramiento, asistencia y apoyo al empresario. Pero, respecto a los servicios de prevención externos, parece también que resultan legalmente obligados a prevenir el riesgo, en cuanto su cualidad de entidad legalmente acreditada para asumir funciones de prevención en la empresa les obliga a instrumentar los medios precisos a tal efecto, y, en consecuencia, son responsables si de su incumplimiento o cumplimiento deficiente se deriva el peligro grave para los trabajadores (es decir, si existe esa relación de causalidad)".

Conclusión:

La cualidad de único obligado legal originario sólo la ostenta el empresario, sin que la atribución a otros sujetos por parte de la ley de funciones en materia de prevención les habilite como sujetos activos del delito contra la seguridad de los trabajadores, bien porque su contenido no rebase el asesoramiento puntual al empresario y labores de control del mismo, bien porque siendo más amplias correspondan en realidad a un delegado del empresario.

b. Delegación del deber de protección

La unánime adjudicación al empresario de la cualidad de deudor principal y originario de seguridad laboral va de la mano del reconocimiento por jurisprudencia y doctrina de que este deber empresarial precisa para su cumplimiento de forma general la delegación de competencias⁴⁸. Las características de la actividad laboral concreta, sobre todo su mayor o menor nivel de peligrosidad, o de las circunstancias en que se desarrolla, número de trabajadores, número de centros, número de empresas, etc., junto a la ausencia de requisitos de formación para ser empleador determinan que el cumplimiento del deber de protección sea imposible si el empresario asume personalmente las tareas preventivas, ya que superan su posibilidad física o su capacidad técnica de control.

Esta sencilla constatación explica, entre otras razones, la previsión legal de un "tejido de seguridad" en el que participan diversas personas más o menos próximas a la ejecución del trabajo, llegando incluso al mandato legal de que el empresario designe unos agentes que, por su formación, capacidad y dotación de medios, puedan garantizar el control de los riesgos laborales. Es lo que la SAP Barcelona, 3ª, 21.7.2008 (MP Arriero Espes), FD 5º, llama "transferencia de funciones legalmente establecida", y que se produce

⁴⁸ Así lo remarca la SAP Guipúzcoa, 1ª, 21.2.2005 (MP Moreno Galindo), FD 4º, citada por otras resoluciones posteriores. En la doctrina, ante todo, LASCURAÍN (1994: 267); siguiéndole HORTAL (2005: 256-257); en el mismo sentido, PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA (2002: 1522).

necesariamente en todas las empresas de más de cinco trabajadores⁴⁹.

La operatividad de la delegación de competencias tiene una doble incidencia en la delimitación de los posibles responsables del delito contra la vida y la salud de los trabajadores: por un lado, se amplía el catálogo de sujetos activos; por otro lado, se mantiene activa la responsabilidad del empresario. Es preciso plantear la responsabilidad hacia abajo del delegado, por cuanto la delegación es un presupuesto típico de la asunción de funciones constitutiva de una posición de garantía; pero también hacia arriba del delegante, porque este mecanismo impone al mismo tiempo la pervivencia de los deberes de garantía del transmitente, si bien transformados en deberes remanentes de supervisión y control⁵⁰.

El carácter casi ubicuo de la delegación se aprecia en el repaso de las resoluciones, que de forma reiterada insisten en la necesidad de tenerla en cuenta a la hora de decidir sobre la responsabilidad del empresario precisamente por la concurrencia de sujetos con funciones de protección. Las SSAP Almería, 3ª, 7.9.2005 (MP Jiménez de Cisneros Cid), FD 1º; Barcelona, 6ª, 14.1.2005 (MP Obach Martínez), FD 1º y 3º; y Almería, 3ª, 24.10.2006, (MP Jiménez de Cisneros Cid), FD 1º, repiten en términos muy similares que “no se puede pretender derivar de este precepto [art. 14 LPRL] la imposición de una responsabilidad penal por el mero hecho de ser empresario. Una tal comprensión sería contraria a los principios de un Derecho penal del hecho y nos colocaría, indefectiblemente, en la senda de un inaceptable Derecho penal de autor. Es por ello que hay que concretar la operatividad de mecanismos tales como la delegación de competencias, o la existencia de terceras personas que contractualmente y/o materialmente se abroguen estas competencias, lo que podría fundamentar la responsabilidad penal de éstos y diluir la responsabilidad originaria del empresario”. En el mismo sentido, SAP Burgos, 1ª, 15.6.2006 (MP Marín Ibáñez), FD 4º, recordando que con ello no se excluye la responsabilidad originaria del empresario; la SAP Madrid, 16ª, 25.10.2006 (MP Cubero Flores), FD 2º; o la SAP Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz), FD 2º.

Ahora bien, para poder exigir responsabilidad al delegado han de estar presentes los presupuestos de una delegación capaz de constituir el deber de garantía de un sujeto que no está originariamente obligado es doble: (1) la adecuada selección del sujeto en quien se delega y (2) la dotación al delegado del necesario dominio para ejercer la función encargada, lo que incluye en todo caso el poder de influencia material y de dirección de personal.

Si se dan, el delegado responderá como autor del delito contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de las concretas funciones que tiene asignadas y asumidas, y quedará liberado de su responsabilidad el empresario⁵¹. Esa delimitación del ámbito de responsabilidad del delegado por su deber específico de protección frente al deber genérico del empresario conduce a absolver:

- al aparejador que realiza el estudio de seguridad, pero no actúa como Jefe de obra y que, dado el

⁴⁹ También la SAP Barcelona, 3ª, 4.10.2005 (MP Ingelmo Fenández), FD 3º, recuerda que la legislación laboral amplía en muchos casos a este tipo de técnicos la participación en el delito del art. 316; o la SAP Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz), FD 3º, alude al desplazamiento del deber legalmente permitido a un servicio externo de prevención.

⁵⁰ *Vid.* sobre todo ello LASCURAÍN (1994: 268-269) y (2005: 576). En parecidos términos se ha expresado la jurisprudencia, tal y como reflejan las consideraciones de la SAP Guipúzcoa, 1ª, 21.2.2005 (MP Moreno Galindo), FD 4º.

⁵¹ Se absuelve al delegante, por ejemplo, en las SSAP Almería, 3ª, 7.9.2005 (MP Jiménez de Cisneros Cid); Barcelona, 6ª, 14.1.2005 (MP Obach Martínez); Madrid, 16ª, 25.10.2006 (MP Cubero Flores); o Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz).

procedimiento inadecuado de trabajo, no había podido prever medidas de seguridad al respecto en el estudio (SAP Cádiz, 4ª, 3.6.2005, MP Marín Fernández).

- al jefe de taller y a un técnico de seguridad y prevención, por existir en la empresa un departamento encargado de adoptar las decisiones sobre el mantenimiento de la máquina y que no la conservó adecuadamente, sin que los dos sujetos mencionados tuviesen atribuidas funciones al respecto (SAP Barcelona, 3ª, 4.10.2005, MP Ingelmo Fenández, FD. 2º y 3º).

- al coordinador de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto, pero no durante la ejecución de la obra, sin que existiera infracción de sus deberes en su tarea de redacción del Estudio de seguridad y salud (SAP Sevilla, 4ª, 21.2.2008, MP Barros Sansiforiano, FD 1º).

Por su parte, la posibilidad de exigir responsabilidad al empresario tiene dos orígenes: puede deberse al incumplimiento de los requisitos que condicionan la eficacia de la delegación y puede basarse en la infracción de los deberes remanentes tras ella, ante todo de supervisión y control. En este sentido no puede equipararse automáticamente la condición de delegante con ausencia de responsabilidad, como parece inferirse en algunas sentencias, sino que habrá de comprobarse si se realizó una delegación eficaz y si se cumplieron los deberes indelegables, máxime si se tiene presente que la jurisprudencia mayoritaria incluye la falta de vigilancia como manifestación típica conforme al artículo 316.

Un ejemplo de delegación ineficaz viene recogido en los hechos de la SAP Cantabria, 1ª, 19.2.2007 (MP Rivas Díaz de Antomana)

“Luis Angel, mayor de edad y sin antecedentes penales, nombrado, dos meses antes del siniestro, delegado de personal sin contar con su libre consentimiento, no disponía de la formación adecuada, ni de un informe de evaluación de riesgos, ni de un programa de prevención de riesgos, para poder desarrollar su labor, siendo su función en la empresa la de control de calidad del producto y careciendo completamente de poder de decisión”. Es lógico que no se le imputara responsabilidad como delegado en la sentencia de instancia, así como que su simple nombramiento no afectara en absoluto a la responsabilidad del empresario.

Existe, sin embargo, corresponsabilidad del delegante y delegado en supuestos donde consta la falta de cumplimiento de los deberes de ambos: los específicos del delegado y los remanentes del delegante o, incluso, los que le corresponden y no ha delegado.

SAP Barcelona, 3ª, 19.1.2006 (MP Pérez de Rueda), condena al director general de la mercantil y a la técnica de prevención de riesgos laborales por los delitos de los artículos 316 y 152.1.2º en relación con el accidente producido al quedar atrapado el operario en una máquina prensadora con defectos.

SAP Málaga, 2ª, 3.2.2006 (MP Alarcón Barcos), condena por los delitos de los artículos 316 y 142 al director general de la empresa y director de obras y al coordinador de seguridad de una de las zonas de obra, porque ambos tenían conocimiento de la existencia de un cable de tendido eléctrico de alta tensión y el peligro que conllevaba por haber sido advertidos de ello y, sin embargo, no adoptaron ninguna medida de seguridad. Además las obras se iniciaron sin Estudio de Seguridad y Salud ni Plan de Seguridad y Salud del centro de trabajo. Resulta patente que además de incumplirse los deberes de supervisión y subsanación, también le correspondía como deber no delegado tener listo el Estudio y Plan de seguridad y salud.

SAP Albacete, 1ª, 29.9.2006 (MP. García Bleda) condena por el delito del artículo 316, además de imputarles la muerte del trabajador por electrocución en distinto grado, tanto al propietario de los

terrenos donde se realiza el montaje de la estructura metálica de una nave como a los 3 socios de la empresa de estructuras metálicas, destacando como fundamento de la autoría del propietario que “resultaría obvio que conocía igualmente por su condición de propietario y contratista que debía facilitar los medios necesarios en condiciones adecuadas para que el trabajo se realizara sin riesgos y en condiciones de seguridad, lo que implicaba además por su parte no solo el encargo al ingeniero proyectista de un Estudio de Seguridad y Salud sino el desarrollo efectivos de un plan de seguridad durante la ejecución de la obra con la formación efectiva de los trabajadores y la coordinación necesaria con respecto a las demás empresas contratadas para finalizar las distintas partidas que conllevaba la ejecución de la nave” (FD 6º). El propietario incumple los deberes que le corresponden en la confluencia de sujetos.

Más rigurosa parece la condena impuesta por la SAP Madrid, 23ª, 10.10.2007 (MP Martín Sanz), por el delito contra la seguridad de los trabajadores, a la administradora de la empresa que encarga la instalación del andamio, para que trabajen sus empleados, junto al representante legal de la empresa que lo instala sin que el citado andamio reúna las preceptivas condiciones de seguridad. Y ello, porque consta que la administradora “tenía contratado la prevención de riesgos laborales con la empresa Nexgroup para que planificaran la actividad preventiva y medidas de protección, que los trabajadores habían recibido curso de formación y les había sido entregado equipo de protección individual y que había contratado un andamio que cumpliera la normativa de la CE” y se le imputa exclusivamente “que no ejerció una vigilancia efectiva del cumplimiento de tales medidas antes de dar inicio a la obra” (FD 3º).

El calificativo de rigurosa se debe a una doble consideración. De un lado, la jurisprudencia y la doctrina vienen estimando que en los casos de delegación en servicios de prevención externos quedan reducidos al mínimo las obligaciones de vigilancia y supervisión, dada la especialización de la empresa delegada y su falta de integración en la organización empresarial⁵². De otro, porque esta condena representa una de las raras excepciones de apreciación del delito por incumplimiento del deber de vigilancia del delegante. En principio, conforme a la comprensión amplia de la jurisprudencia de la conducta de facilitar los medios, si el sujeto observó sus deberes de supervisión y detectó un defecto en el sistema de prevención de su empresa, responderá de las puestas en peligro de sus trabajadores fruto de su no intervención con medidas de formación, información, sanción o sustitución del encargado de las labores de prevención⁵³, pero asimismo debería responder si omite la obligación de vigilancia. No se argumenta así, sin embargo, en las sentencias sobre la delegación y su efecto exonerante para el empresario, donde se pone el límite de responsabilidad en el conocimiento por parte del sujeto del defectuoso cumplimiento de los deberes de prevención por el servicio o, en general, del delegado, o, incluso, en el conocimiento de la situación de riesgo.

Valga de ejemplo las siguientes consideraciones de la SAP Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz), FD 3º (cursivas añadidas): “Cosa distinta sería que se hubiese probado cumplidamente que el administrador tenía un *conocimiento positivo* de que el servicio externo contratado estaba haciendo dejación de sus funciones o que hubiera incurrido en omisiones graves en el pasado o que no contaba con las autorizaciones necesarias o, simplemente, no funcionaba de facto o que, respecto del siniestro en concreto, el administrador llegó a tener un cabal conocimiento de la ausencia de esas medidas pues en

⁵² HORTAL (2005: 275); SAP Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz), FD 3º.

⁵³ Tales medidas integran el contenido de la intervención para LASCURAÍN (1994: 273).

tal caso sí tenía obligación, como tal empresario, de adoptar las necesarias para su depuración. Incluso cabría pensar en la incursión en el tipo imprudente del artículo 317 del Cp si, aún desconociendo el peligro concreto de sus trabajadores, pudo racionalmente representárselo bien ante reiteradas actuaciones negligentes de sus contratados, colaboradores, delegados o empresas externas, bien por cualesquiera otras causas, nada de lo cual concurre en el caso de autos". En parecidos términos se expresan las SSAP Almería, 3ª, 7.9.2005 (MP Jiménez de Cisneros Cid), FD 1º; Barcelona, 6ª, 14.1.2005 (MP Obach Martínez), FD 1º y 3º; Almería, 1ª, 3.7.2007 (MP García Laraña), FD 2º; o Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz), FD 2º.

Se olvida con ello, que el empresario conserva una posición de garantía, por más que reducida, que se traduce en un deber de supervisar si el programa de protección frente a los riesgos laborales se desarrolla adecuadamente; y ello aunque en determinados casos (servicios de prevención externos, gran tamaño de la empresa o diversificación de centros de trabajo) sea un deber muy menguado. Parece que al apuntar la posible responsabilidad del empresario delegante se están confundiendo sus deberes reducidos de protección como fuente de la sanción con la controvertida posibilidad prevista en el artículo 318 de atribuir responsabilidad penal por el delito contra la seguridad de los trabajadores a quienes conociendo la situación de riesgo no hagan nada para remediarlo.

Conclusión:

Como se reconoce de forma ubieua por los tribunales la posibilidad de ser sujeto activo del delito contra la seguridad de los trabajadores no corresponde en exclusiva al empresario. Ello se ha entendido por la jurisprudencia en el sentido de que cualquier sujeto que ostente potestad de mando o tenga unas mínimas funciones directivas en el desarrollo de la actividad labora está obligado en materia de seguridad laboral y puede incurrir en un delito del artículo 316. Por nuestra parte, desde la admisión clara de la eficacia de la delegación como mecanismo de transmisión del deber de protección, consideramos más ajustado tener presente los requisitos de una delegación eficaz así como la distribución de responsabilidades a que conduce la redistribución de las obligaciones de prevención entre el delegante-empresario y el delegado.

c. El círculo de sujetos activos en el ámbito de las personas jurídicas y, en general, dentro de la estructura de la empresa: art. 318 y 31 CP

El hecho de que el empresario pueda delegar parcial o totalmente sus deberes de seguridad, eligiendo al delegado capacitado y dotándolo de los recursos económicos, materiales, humanos y de la información que le permitan cumplir la función encomendada, no le convierte en obligado *legal* a facilitar los medios conforme a la normativa extrapenal del reenvío. En otras palabras, aunque el sujeto domine fácticamente la situación y realice la conducta de no facilitar las medidas de seguridad poniendo en peligro a los trabajadores, resulta dudoso que ostente la cualidad necesaria para ser autor del delito, por cuanto la LPR, a diferencia de la antigua Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (OGSHT), sólo designa como deudor directo de la obligación de facilitar los medios necesarios para que el trabajador desarrolle su actividad laboral en condiciones óptimas de seguridad y salud al empresario y no al encargado. Precisamente para solucionar estas situaciones de disociación entre actuación (quien realiza el hecho es un *extraneus*) y titularidad de la cualidad definidora de la autoría (el *intraneus* no actúa) el legislador ha previsto en el art. 31 CP una cláusula de transferencia que permite la imputación de un delito

especial propio a título de autoría a los sujetos en que no concurren las cualidades (*extranei*): el administrador de hecho o de derecho o quien actúe en nombre o representación legal de otro. Esta posibilidad se ve complementada por la previsión específica para los delitos contra los derechos de los trabajadores contenida en el art. 318 CP orientada a los casos en que el empresario es una persona jurídica⁵⁴. En ella se extiende la cualidad de autor no sólo al administrador, sino también al encargado del servicio responsable del delito y a quienes conociéndolo y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello.

SAP Cádiz, 1ª, 24.10.2007 (MP Gracia Sanz), FD 2º: “Se trata de una norma que viene a reiterar el contenido del art. 31 CP, en el que se traslada la responsabilidad penal al administrador de hecho o de derecho (o en nombre o representación legal o voluntaria de otro), 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, pero sí concurren en la persona jurídica en nombre de la que aquél actúe. No obstante, añade el art. 318 CP a la figura del administrador la del encargado del servicio”. En el mismo sentido SAP Barcelona, 5ª, 30.6.2008 (MP Grande Pesquero), FD 5º.

La complementariedad entre las previsiones de los arts. 31 y 318 CP supone que el sujeto activo puede ser, si el empresario es una persona física, el propio empresario, su representante o quien actúe en su nombre; y, si se trata de una persona jurídica, los posibles responsables serán su administrador de hecho o de derecho o el encargado del servicio de protección frente a los riesgos laborales⁵⁵. Todo ello confirma la posibilidad de que el deber extrapenal de seguridad se traslade a sujetos que no están originariamente obligados, pero que asumen mediante el mecanismo de la delegación de competencias las funciones del rol especial sobre el que se fundamenta el deber y actúan con el “dominio social típico”⁵⁶. Por el contrario, si un sujeto distinto del empresario se limita a cumplir las instrucciones precisas dadas por aquél sin ningún margen de autonomía, no existe una situación material de dominio como la originaria del empresario, con lo que no existe transmisión de la cualidad de sujeto activo del delito.

Estas limitaciones fruto de una definición material de autor no siempre encuentran reflejo en la jurisprudencia, habida cuenta de la amplitud con que habitualmente concibe la esfera de posibles autores de los delitos contra la seguridad de los trabajadores de la mano de la previsión del artículo 318. Este precepto se invoca para desbordar las limitaciones impuestas por la descripción de la conducta típica en el artículo 316 (obligado a facilitar los medios) y por la atribución exclusiva de la cualidad de obligado legal al empresario en la Ley de Prevención de Riesgos

⁵⁴ La STS, 2ª, 29.7.2002 (MP Giménez García), FD 1º, aclara que el art. 318 CP “no establece una tipificación autónoma e independiente del tipo delictivo básico ya sea en la modalidad dolosa o culposa, sino que simplemente resuelve el tema de la autoría en supuestos de personas jurídicas, de suerte que viene a ser una norma especial de concreción de la autoría de aplicación preferente a la norma genérica prevista en el art. 31”. Por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN (2005: 791); VILLACAMPA (2008: 1108)

⁵⁵ En esta línea ha insistido HORTAL (2005: 290-294), en que la expresión “encargados del servicio responsables de los mismos” casa a la perfección con la figura legal de los trabajadores designados o los técnicos de los servicios de prevención propios o ajenos. Éstos asumen materialmente las funciones de control de riesgos en virtud de un acto de delegación de competencias, siendo los responsables de adoptar las medidas de protección necesarias para evitar el peligro grave para la vida o salud de los trabajadores

⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN (2005: 785), siguiendo a GARCÍA CAVERO (1999: 256), quien considera que “aquella persona que realiza fácticamente las funciones de administración responde como autor del delito contra la higiene y seguridad en el trabajo, pero no sólo por asumir esa posición, sino por haber generado una confianza especial en los trabajadores sobre prestaciones de seguridad”.

Laborales (art. 14) y, de esa forma, mantener la línea jurisprudencial elaborada para el anterior Código penal y antes de la entrada en vigor de la LPRL⁵⁷. Esa doctrina distinguía entre directivos, mandos intermedios y subalternos, si bien consideraba que todos los que ostentasen mando o dirección, técnicos o de ejecución estaban “obligados a cumplir y hacer cumplir cuantas prevenciones y cautelas establece la legislación del trabajo para evitar accidentes laborales y para preservar y tutelar la vida, integridad corporal y salud de los trabajadores”⁵⁸. La desaparición de las referencias normativas en que se asienta tal doctrina se subsana hoy con la referencia efectuada en el artículo 318 a los administradores y encargados responsables y a quienes conociéndolo y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello.

Las SSAP Cádiz, 4ª, 6.2006 (MP Marín Fernández); FD 2º, B.2; Castellón, 1ª, 10.6.2005 (MP Solaz Solaz), FD. 3º; Madrid, 7ª, 5.6.2006 (MP Rasillo López), FD 5º, caracterizan al sujeto activo de este delito como “todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o de mando en una empresa, y tanto sean superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y hacer cumplir las normas destinadas al mantenimiento de la seguridad en el trabajo”, invocando la jurisprudencia del Tribunal Supremo previa al CP y la LPRL, pero mantenida por el Alto Tribunal con posterioridad (SSTS, 2ª, 19.10.2000 y 10.4.2001, con cita, a su vez, de la STS, 2ª, 15. 7. 1992; o incluso se mencionan resoluciones más antiguas: SSTS, 2ª, 10.5.1980 o de 30.3.1990)

De esta suerte termina por equipararse el deber específico de facilitar los medios preventivos con el genérico deber de cuidado, esto es, a los responsables del delito especial con los responsables por los delitos de resultado imprudente (homicidio o lesiones) acontecidos en el ámbito laboral.

Por ejemplo, la SAP Almería, 3ª, 24.10.2006 (MP Jiménez de Cisneros Cid), FD 1º, revoca la absolución del trabajador que asume el puesto de encargado de obra y le condena por el delito del art. 317 con el argumento de que “produciéndose una grave infracción "del deber de cuidado" por parte de la empresa, y tanto el legal representante de la empresa constructora como el jefe de obra y por supuesto el aparejador, responsabilidad no discutida, fueron quienes no adoptaron medida alguna para remediar la falta de "supervisión técnica" del montaje del andamio de autos, así como "el mal estado" del mismo- que era evidente-, a pesar de ser garantes" de la seguridad de los trabajadores que trabajaran en dicho andamio. (art. 318 del Código penal).” Sin embargo, no se acredita que el encargado tuviera poder de mando ni competencias específicas en materia de seguridad que le hagan garante.

La SAP Madrid, 16ª, 14.4.2007 (MP Hidalgo Abia) revoca la absolución de la sentencia de instancia por el delito del artículo 316 y condena al arquitecto técnico, autor del plan de seguridad y coordinador de seguridad, al jefe de obra y al encargado de obra por un delito del art. 316 en concurso ideal con las

⁵⁷ Esta concepción se asentaba en la descripción de la conducta típica sancionada en el art. 348 bis a) CP, que incluía tanto el no exigir como el no facilitar los medios, y en la antigua norma capital en materia de riesgos laborales, la OGSHT, y su amplio catálogo de sujetos obligados. La Ordenanza, tras señalar los deberes del empresario en su art. 7 (“obligaciones del empresario”), en su art. 10 (“obligaciones y derechos del personal directivo, técnico y de los mandos intermedios”) declaraba sus obligaciones de cumplir personalmente y hacer cumplir al personal a sus órdenes lo dispuesto en la Ordenanza, haciendo responsables de las infracciones laborales en su art. 154 a los empresarios y a todas las personas que por delegación asumieran la facultad de mando, de modo que el incumplimiento de las normas de seguridad se imputaba al empresario y al encargado (persona de la organización que asume las funciones).

⁵⁸ STS, 2ª, 10.5.1980 (MP Vivas Marzal); *vid.* también SSTS, 2ª, 12.5.1981 (MP Vivas Marzal); 30.3.1990 (MP Díaz Palos), FD 3º; 18.1.1995 (MP Delgado García), FD 4º. ALONSO OLEA (1981: 95-102), ofrece una panorámica sobre la jurisprudencia del TS vinculada al deber de seguridad en el trabajo, destacando que en el ámbito penal la responsabilidad alcanza no sólo al empresario, sino a cualquier persona de su organización (p. 98).

lesiones imprudentes por la caída de un trabajador que realizaba trabajos de altura sin las medidas adecuadas de protección. Respecto al delito contra la seguridad de los trabajadores, establece en los siguientes términos la infracción de normativa de prevención y su carácter de garantes de seguridad (cualidad para ser autores): "Jose Ramón [arquitecto técnico], no contemplando el cable fijador o línea de vida en el estudio de seguridad que elaboró y aprobando el plan de seguridad e higiene realizado por Tecssa, así como después él mismo y los también acusados Octavio [jefe de obra] y Íñigo [encargado de obra] por no contemplar, ya iniciada la obra, la necesidad de tal cable de vida, infringieron las normas de prevención de riesgos laborales. Infracción que tuvo lugar por las personas obligadas a facilitar a los trabajadores las medidas necesarias para su seguridad, en tanto que como coordinador de seguridad, jefe y encargado de obra, respectivamente, eran los garantes de la seguridad en el trabajo". (FJ 7º). Con independencia del acierto en la calificación, no puede evitarse la sensación de que para castigar al jefe de obra y al encargado sólo se tiene en cuenta su posición formal de tales, sin indagar sobre sus concretos cometidos y autonomía decisoria.

Por su parte, la SAP Burgos, Sección 1ª, 5.10.2007 (MP Marín Ibáñez), FD 3º, argumenta a la hora de atribuir responsabilidad penal por el art. 316, que esta alcanza "a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello (*artículo 318 del Código Penal*) y en el caso presente no solo a Eugenio, titular de la empresa "Santamaría Quintano Carlos" para la que prestaba su trabajo Matías, sino también a Carlos José, como jefe material de la obra, y a Oscar, como encargado de la obra, aún cuando perteneciesen a la empresa "Begar Construcciones y Contratas S.A." que había subcontratado a la anterior, pues éstos dos últimos, por su relación directa con el trabajador accidentado, debieron haber impedido la realización de la actividad laboral sin la utilización del cinturón o arnés protector de caídas al vacío". De nuevo sin entrar a valorar el acierto del fallo, no convence una argumentación que cifra el fundamento de la atribución de responsabilidad no en la asunción de labores de prevención por parte de sujetos dotados de poder de dirección, sino en su relación directa con el trabajador accidentado.

La SAP Zaragoza, 3ª, 21.7.2008 (MP Arriero Espes), confirma la condena al presidente, gerente y capataz de una sociedad agraria de transformación (producción de cereza y vino) por 316 en concurso con 142, por la caída de un trabajador en el interior de la trituradora de la pasta de orujo, insuficientemente protegida, lo que le provoca tan graves lesiones que finalmente muere. De nuevo cabe preguntarse si los tres resultan obligados en materia de seguridad laboral de forma tal como para responder por el delito especial.

Sin embargo, es posible encontrar en las resoluciones otra línea más exigente, donde lo relevante no es la posición que nominalmente se ocupa en la empresa, sino la efectiva responsabilidad en materia de seguridad laboral. Esto es, es preciso que el empresario, administrador, representante, encargado, capataz, etc. ejerza funciones directas de control de los riesgos laborales en el ámbito de que se trate y tenga autonomía decisoria respecto a ello⁵⁹. No basta con asumir funciones de dirección, sino que han de tenerse competencias respecto al control de los riesgos; a su vez, no basta con poder remediar la situación de peligro para ser responsable del mismo, sino que debe existir una posición de garante derivada del poder de mando en el ámbito de la prevención de riesgos.

La SAP Madrid, 23ª, 24.7.2007 (MP Mozo Muelas) FD 2º, matiza la referencia general a la

⁵⁹ AGUADO (2002: 318), rechaza la responsabilidad por el delito de peligro de los encargados de más bajo nivel, mandos ejecutivos, porque "aunque aparezcan formalmente obligados por las normas de seguridad (...) al no poseer suficiente autonomía para ejercer el poder de dirección, no estarán en posición de garante de evitar el resultado".

responsabilidad en materia laboral de todos los implicados en la organización del trabajo en su traslación al ámbito de posibles autores del art. 316 citando al Tribunal Supremo: "Ahora bien, lo relevante para la delimitación del sujeto activo, según establecen las S.T.S. de 12-11-1998 y 26-07-2000 es que "dentro del abanico de competencias encuadradas dentro de la esfera de responsabilidad directiva se encuentre el control funcional de las condiciones en las que se desarrolla la actividad". En Aquellos casos en los cuales nos encontramos ante determinadas estructuras empresariales complejas o diversas organizaciones en las que, a su vez, otras empresas realicen una actividad laboral en virtud del correspondiente contrato (p.e. en los supuestos de subcontratas), hemos de atender y analizar detalladamente la conducta de las personas que tienen encomendada la vigilancia y supervisión de las condiciones en las que se desarrolla la actividad laboral, así como si éstas tienen en cualquiera de sus formas algún tipo de responsabilidad decisoria, pues el art. 318 del C. Penal habla de los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello".

Esta exigencia de determinar las competencias que tiene atribuidas el sujeto para constatar que incluyen deberes específicos de seguridad, sin que baste con la comprobación de que el sujeto ejerce funciones que tienen que ver con riesgos laborales está presente en diversas resoluciones⁶⁰.

SAP Almería, 3ª, 7.9.2005 (MP Jiménez de Cisneros Cid), FD, 1º: se excluye de responsabilidad a la administradora que había sido condenada en instancia por ese mero dato, dado que estaba acreditado que sólo se ocupa de la venta de inmuebles y que no tiene capacidad de decisión sobre cómo se realiza la construcción, habiendo delegado en el otro administrador tales actividades.

SAP Barcelona, 3ª, 4.10.2005 (MP Ingelmo Fernández), FD 2º y 3º: el dato de que deben responder "como autores todos aquellos que en el organigrama de la empresa tienen funciones en las que se vean implicadas la seguridad en el trabajo y gozan de las facultades y los medios necesarios para adoptar las medidas adecuadas para evitar los riesgos laborales" conduce a eximir de responsabilidad al jefe del taller y al técnico de prevención por el riesgo derivado del funcionamiento defectuoso de una máquina, por cuanto carecen del dominio de la situación dada la presencia de un servicio de mantenimiento responsable.

También niega la SAP Barcelona, 6ª, 14.11.2005 (MP Obach Martínez), FD 3º, que baste para imputar responsabilidad el hecho de que el sujeto ostente formalmente el puesto de administrador, jefe de obra, vigilante de la seguridad de la obra. "Sería necesario que el señor Ángel Daniel fuese materialmente la persona legalmente obligada a facilitar los medios constitutivos de las medidas de seguridad e higiene sin que baste formalmente que figurase como tal encargado, pues se requiere que en tales conceptos tuviese funciones decisorias en prevención de riesgos, en definitiva, tener el dominio del riesgo que el tipo penal protege (y que es un plus al riesgo genérico de los tipos imprudentes)", lo que no ocurre en el caso, donde el sujeto trabaja de peón bajo la dirección de su padre, al que sí se le imputa el dominio del riesgo necesario para atribuirle el delito especial y no sólo el delito de resultado imprudente.

SAP Burgos, 1ª, 22.3.2007 (MP Marín Ibáñez), FD 5º: "aunque como se ha dicho ello no impide una posible condena del arquitecto, aunque no sea el coordinador en materia de seguridad nombrado por el

⁶⁰ En nuestro anterior estudio apreciamos que tal necesidad se recogía en algunas resoluciones de las Audiencias Provinciales, como la SAP Valencia, 2ª, 9.3.2005, (MP Escribano Parreño), FD 2º, que absuelve a uno de los dos socios fundadores y administradores de la empresa, a pesar de que conforme al art. 318 puede ser autor del delito, porque "no tenía relación directa con la realización de las obras, siendo su labor de despacho", siendo el otro administrador quien se encargaba del control de las obras. En la misma línea la SAP León, 2ª, 3.6.2004 (MP Tomás Carrasco), FD 4º, confirma la absolución del representante legal de una empresa porque "no intervenía en la dirección de la fabricación, y su cometido estaba relacionado con los aspectos administrativos y comerciales".

promotor, sí obliga a una interpretación más acorde con esa legislación de las funciones de cada partícipe en el proceso constructivo. De ahí que la superior dirección que en el proceso constructivo le compete al arquitecto no pueda descender en materia de seguridad a aspectos tan concretos como la utilización de una sierra por personal no cualificado, sino que debe quedar en ámbitos más amplios de incumplimiento de los deberes de seguridad que no son los que aquí se juzgan". Esto es, aunque el sujeto ostenta una función directiva y de prevención, sus concretas funciones no abarcan el incumplimiento enjuiciado.

SAP Madrid, 23ª, 24.7.2007 (MP Mozo Muelas), FD 3º: "Braulio no consta que dentro de la empresa que representaba tuviera funciones de control de las condiciones en las que se desarrollaba la obra (...) la condición de representante legal, por si misma, no puede determinar su responsabilidad penal"

Conclusión:

Dentro de la concepción amplia de los posibles responsables del delito contra la seguridad en el trabajo postulada por la jurisprudencia, es preferible la que exige un dominio de la situación de riesgo, por ser más compatible con la exigencia de que se den los requisitos de una delegación para asumir la posición de garante, tal y como sostenemos. Conforme a ello, carece de sentido la referencia tradicional al encargado y el desglose en directivos, mandos intermedios y subalternos, y el estudio genérico de sus responsabilidades. Más allá de la terminología que designe la labor desempeñada por un sujeto: director de fábrica, jefe de taller, encargado de obra, capataz, etc., la condición de autor de un delito contra la vida o la salud de los trabajadores exige que, si no se trata del empresario -obligado principal y originario-, se den los presupuestos de la delegación y que la omisión producida se inserte dentro del ámbito competencial del sujeto. Es necesario. Es necesario acreditar el poder de mando y determinar las competencias que tiene atribuidas el sujeto para constatar que incluyen deberes específicos de seguridad, sin que baste con la comprobación de que el sujeto ejerce funciones que tienen que ver con riesgos laborales. Como ya hemos destacado (Martín/Ortiz de Urbina: 2006, 433), el radio con que se trazan los dos círculos de posibles responsables de un delito común de homicidio o lesiones y del delito especial son distintos, en los primeros es la omisión del deber de cuidado, en el segundo, la omisión de una obligación legal extrapenal de contenido más concreto y limitado.

d. Peculiaridades en el ámbito de la construcción: subcontratación y organización jerárquica particular

El repaso hasta ahora efectuado sobre los posibles responsables por los riesgos para la vida y la salud de los trabajadores ha puesto de manifiesto que el sector más prolífico, el de la construcción, presenta algunos rasgos característicos vinculados a la dinámica empresarial y la organización jerárquica que le son propios. En este sentido resultan determinante, de un lado, que la subcontratación sea una práctica habitual⁶¹, por lo que siempre hay una pluralidad de empresarios cuyas obligaciones deben definirse de cara a una eventual responsabilidad penal. Sobre ello hemos discutido ya en el epígrafe 4.1. De otro lado, también tiene clara incidencia en el

⁶¹ En la dinámica empresarial habitual en el sector de la construcción, a partir de la relación inaugural entre promotor y constructor se inicia una cadena de subcontratas con empresas casi siempre de reducido tamaño encargadas de realizar tareas específicas (excavación, cimentación, construcción de estructuras de hormigón y metálicas, cerramientos exteriores, cerramientos interiores, acabados -solados, enyesados, cerrajería, pintura, aplacados, instalación eléctrica, instalación de gas, fontanería, pintura, etc.

círculo de posibles sujetos activos que la actividad constructora sea una actividad compleja que “se rige por el principio de división del trabajo, en su doble dimensión: horizontal y vertical. Cada una de ellas supone la distribución de roles y correspondiente asignación de responsabilidades a los diferentes intervinientes”⁶².

(i) La delimitación de responsabilidad entre las empresas concurrentes

Por lo que atañe al esquema de responsabilidad en los casos de subcontratación, habrá de tenerse en cuenta lo establecido en el RD 1627/1997, que concreta las obligaciones de protección genéricas de la LPRL en el sector de la construcción y determina los obligados en materia de seguridad en tal ámbito prestando atención a la concurrencia de empresas, así como el RD 171/2004 aplicable a las relaciones de subcontratación con carácter general y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción. Conforme a ellas:

- El promotor responde como empresario principal de la infracción de sus deberes de protección consistentes en facilitar medios respecto a la puesta en peligro de sus propios trabajadores, pero también del riesgo que afecta a los trabajadores de las empresas con las que contrató o subcontrató vinculados al incumplimiento de las obligaciones de coordinación, información e instrucción del promotor.

- Por su parte, el empresario contratista responderá asimismo por el incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad respecto a sus trabajadores, lo que incluye iniciar su actividad laboral sin haber recibido la información e instrucciones necesarias del empresario principal. A su vez, puede llegar a responder a título de autor de un delito contra la vida y salud de los trabajadores vinculados contractualmente con la empresa subcontratada, siempre y cuando, en este segundo caso, omita también sus deberes como empresario principal en esa relación empresarial.

- Por último, es evidente que el empresario subcontratista es garante de la seguridad de sus propios trabajadores.

Este régimen legal de responsabilidades en casos de subcontratación no siempre se corresponde con las responsabilidades finalmente declaradas en las sentencias, más parciales. No obstante, en algunos casos, el respeto al principio acusatorio o la falta de prueba impide a los tribunales pronunciarse sobre la responsabilidad del promotor, contratista o subcontratista⁶³. Si se repasan las resoluciones analizadas, destacan las siguientes sobre supuestos de subcontratación en el ámbito de la construcción.

⁶² SAP Madrid, 17ª, 6.10.2003 (MP Fernández Entralgo), FD 3º I, donde se encuentra un desarrollo amplio de la cuestión.

⁶³ Así en la STS, 2ª, 1.6.2001 (MP Martín Pallín), donde existen un promotor, un contratista y dos subcontratas sucesivas, se condenó únicamente por un delito de homicidio imprudente y sólo al representante legal y al encargado de la empresa contratista, a pesar de que el trabajador fallecido estaba vinculado contractualmente a la segunda subcontrata y de que existió una flagrante infracción de las normas mínimas de seguridad relativas a los trabajos en altura. En su FD 4º el Tribunal viene a lamentar que la acusación no se dirigiera contra otros implicados. En la STS, 2ª, 14.7.1999 (MP Román Puerta), se condenó al encargado legal de la empresa contratista por un delito contra la seguridad de los trabajadores en concurso con un delito de homicidio imprudente, sin exigirse responsabilidades al empresario titular del centro.

Si bien resulta comprensible la queja del tribunal de apelación en la SAP Barcelona, 6ª, 14.11.2005 (MP Obach Martínez), FD 1º, por la no condena del promotor de la obra como garante último con un principal deber de vigilancia conforme al art. 24 LPRL y dado lo discutible del plan de seguridad acordado, no puede estarse de acuerdo, sin embargo, con la absolución que decreta para el empresario contratado para efectuar los trabajos de derribo y que subcontrató el derribo manual con la empresa a la que pertenecía el trabajador accidentado. La afirmación de que la subcontrata supone “delegar las eventuales responsabilidades en quien materialmente lleva a cabo las conductas de construcción” olvida que el contratista es empresario principal respecto a las subcontratas. Sí se condena al responsable de seguridad de la empresa subcontratada para la que trabajaba el operario siniestrado.

Sin embargo, por ejemplo, en la SAP Málaga, 2ª, 3.2.2006 (MP Alarcón Barcos), sí se condena al director general y al coordinador de seguridad de la empresa constructora respecto al siniestro en que se ve implicado un trabajador de una empresa subcontratada que muere, lo que parece ajustado dado que “las obras habían comenzado sin comunicar a las autoridades competentes la apertura del centro de trabajo y sin Estudio de Seguridad y Salud ni Plan de Seguridad y Salud de Centro de Trabajo”.

También se imputa responsabilidad tanto al promotor como a los socios de la empresa constructora en la SAP Albacete, 1ª, 29.9.2006 (MP García Bleda), dado que la empresa encargada del montaje de la estructura metálica “no había puesto en funcionamiento Plan de Seguridad y Salud de la obra, al igual que tampoco consta lo hubiera efectuado el empresario Víctor Manuel -para quien en la citada nave prestaba sus servicios el trabajador Alfredo -, no habiéndose procedido por ninguno de ellos, a la preceptiva evaluación de riesgos laborales, sin que tampoco se hubiera proporcionado a los trabajadores ninguna formación e información sobre los riesgos laborales de su puesto de trabajo”.

Asimismo se imputa responsabilidad a empleados de la empresa promotora, constructora y subcontratista en la SAP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 5.10.2006 (MP Soriano Vela).

Es acertada la absolución del empresario constructor por el siniestro sufrido por un trabajador de la subcontratada dado que ha cumplido con sus deberes de protección que acuerda la SAP Madrid, 16ª, 13.3.2007 (MP Cubero Flores), ya que “consta el plan de prevención en la empresa Eipe, S.A. (de la que es responsable el Sr. Carlos Francisco), plan elaborado por la Mutua de Trabajo Ibermutuamur, cuestión diferente es que dicho plan no se cumpliera por quien tenía la obligación de hacerlo cumplir (el acusado Sr. Pedro Jesús), pero el plan existía y se había designado un delegado de prevención de riesgos laborales, limitándose a ello las obligaciones de Carlos Francisco” (FJ 2º)

Menos convincente resulta la SAP Pontevedra, 2ª, 30.3.2007 (MP Barreiro Prado), que condena al encargado de obra de la empresa contratista que había subcontratado con la empresa escayolista a cuya plantilla pertenecen los trabajadores por ser el responsable de la supervisión de la obra, donde se realizaba un trabajo en un andamio sin medidas de protección colectiva o individuales. Sin embargo, no se imputa responsabilidad a la administradora de la empresa subcontratada, de la que, bien es cierto, sólo se menciona tal dato en los hechos.

En la SAP Madrid, 15ª, 7.5.2007, (MP Martín Meizoso) se condena con buena base al representante legal de la subcontratista y los dos administradores solidarios de la subcontratada que actuaban como encargado de las labores de desmontaje y trabajo por un delito del art. 316 y una falta del art. 621.2º, sin pronunciarse sobre la promotora. Está acreditado que los dos administradores solidarios de la subcontratada que intervenían en las labores de demolición “no habían adoptado medida alguna de seguridad antes de iniciar sus trabajos”, así como que ninguna persona de la empresa subcontratista “comprobó que los trabajos se iban a iniciar en condiciones adecuadas para que los trabajadores no sufrieran riesgos evitables y previsibles, tomando las medidas de seguridad e higiene necesarias para garantizar la salud de los trabajadores”; esto es, el incumplimiento de las obligaciones en supuestos de

concurrancia.

En la SAP Alicante, 7ª, 29.5.2007 (MP Serrano Ruiz de Alarcón) se contempla otro caso de subcontratación, pero aquí se condena al encargado de la obra por parte de la empresa contratada por el dueño de la nave, contratista de la obra de carpintería metálica en la nave por un delito contra la seguridad de los trabajadores del 316, un delito de homicidio imprudente y un delito de lesiones imprudentes, pero no al propietario, aunque se desentendió por completo de la obra, cuya licencia no solicitó y cuyo estudio no encargó a un técnico. Es declarado responsable civil subsidiario conforme al art. 120.3 CP por entender que existe relación de dependencia con el acusado que realizó las obras.

En una posición intermedia se encuentra la SAP Madrid, 17ª, 4.6.2007 (MP Orteu Cebrián), que condena al representante de la empresa que realiza los trabajos de pintura por un delito imprudente contra los trabajadores del art. 317 y una falta de lesiones imprudentes leves del art. 621.3, mientras que al representante de la entidad que concertó los trabajos en el edificio de su propiedad se le condena por una falta de lesiones imprudentes leves del art. 621.3 y se le absuelve del delito contra los trabajadores.

SAP Burgos, 1ª, 5.10.2007 (MP Marín Fernández) condena al titular de la empresa a la que pertenece el trabajador, pero también al jefe material de la obra y al encargado de la obra, ambos pertenecientes a la empresa que subcontrató a la del trabajador como autores responsables de un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones (parece inferirse que absorbe el 316), ya que "a pesar de estar obligados, no facilitaron a Matías las medidas de protección personal contra caídas en altura".

SAP Alicante, 3ª, 18.12.2007 (MP Mira-Perceval Verdú): Se condena a los dos representantes legales de la promotora-constructora y de la subcontratista para la que trabajaba la víctima como autores penalmente responsables un delito de imprudencia grave con resultado de lesiones, en relación con un delito contra los derechos de los trabajadores (forma culposa), sin atenderse al argumento del representante de la empresa promotora-constructora de que ha nombrado un coordinador de seguridad, y de que, por tanto, su responsabilidad debe quedar fuera del ámbito penal con la afirmación de que la responsabilidad penal ha quedado perfectamente fijada por la Juzgadora de instancia invocando las obligaciones legales en casos de concurrancia de empresarios (*artículo 24 y 42.3 de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y artículo 11 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de Octubre*), por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción) (FD 5º).

SAP Murcia, 3ª, 24.3.2008 (MP Jover Carrión): se condena al representante de la constructora, al representante de la subcontratada y al arquitecto técnico, coordinador de seguridad, por el delito del artículo 316, por cuanto se estima que "los acusados no garantizaron, pese a conocer todo ellos la existencia de la subcontrata, la adecuada coordinación en la instalación, sustitución y retirada de medidas de seguridad".

Conclusión:

La complejidad de las relaciones empresariales en el ámbito de la construcción se ve reflejada en un gran número de resoluciones. La aplicación del régimen de responsabilidad no es, sin embargo, uniforme. Si bien en la mayoría de ellas se atiende a la corresponsabilidad de la empresa contratista y subcontratada por existir una falta de cumplimiento de sus deberes de coordinación para proteger la vida y salud de los trabajadores o de sus obligaciones específicos de protección; no es esa la tónica respecto a la empresa promotora. Ello se debe, seguramente, a lo limitado de los deberes del garante último de la obra en ese encadenamiento de contratos, que

se cumplen inicialmente con el nombramiento de un coordinador de seguridad para la fase de elaboración del proyecto y la de su ejecución y la adopción del correspondiente Plan de seguridad y Salud. Resulta lógico que por ello la figura del coordinador de seguridad ostente una posición preeminente entre los deudores de seguridad en el sector inmobiliario. Pero no puede olvidarse que en ocasiones es la falta de acusación o la ausencia de datos en los hechos probados (cabe pensar que por una investigación incompleta) lo que conduce a la impunidad de conductas de incumplimiento por parte de la empresa promotora.

(ii) La delimitación de responsabilidades entre los sujetos intervinientes

Una vez definidos los ámbitos de responsabilidad de las empresas concurrentes, para atribuir responsabilidad debe aún determinarse quién es el sujeto responsable dentro de cada empresa, cuestión que está lejos de ser sencilla, dado que la normativa en materia de seguridad en la construcción atribuye funciones preventivas a diversos sujetos como los coordinadores de seguridad o, en su caso, la dirección facultativa y que la delegación de funciones está a la orden del día.

- Coordinadores de seguridad

El RD 1627/1997, distingue entre el coordinador de seguridad durante la elaboración del proyecto de la obra y durante su ejecución. Como su propio nombre indica, a estos técnicos les corresponde funciones de enlace entre los sujetos que prestan sus servicios en el centro de trabajo⁶⁴. Las funciones que les atribuye el RD 1627/1997 no resultan especialmente concluyente de cara a considerarles garantes de seguridad, pero esas obligaciones concretan el deber de coordinación que le corresponde al promotor originariamente –salvo, evidentemente, la de tomar la iniciativa y nombrar un coordinador-. Actúan en tal medida como delegados y, por ello, le corresponde, responsabilidad si incumple los deberes de información, instrucción y cooperación propios del promotor⁶⁵. Así, por ejemplo, si no se elabora el estudio de seguridad y salud o no revisa el plan de seguridad y salud laboral.

La admisión de responsabilidad penal del coordinador de seguridad parece ser la tónica dominante en la jurisprudencia actual. Y parece serlo de la mano de dos elementos: uno, la comprensión amplia del deber de facilitar los medios, que incluye los deberes de vigilancia (en este caso del cumplimiento de las medidas por los restantes obligados); y, otro, la atención al coordinador por sus facultades directivas, que le hacen aparecer como un delegado del empresario. Sobre ello nos detendremos un instante en el siguiente punto, al examinar la figura del arquitecto técnico,

Se condena al coordinador de seguridad, no siempre con mayores consideraciones sobre su papel en la creación del riesgo para los trabajadores, en las SSAP Alicante, 2ª, 22.9.2006, MP Guirau Zapata; Almería,

⁶⁴ La designación de coordinadores por parte del promotor es obligada cuando en la elaboración del proyecto de obra intervengan varios proyectistas y cuando en la ejecución de la obra intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, respectivamente, pudiendo recaer en la misma persona (art. 3 RD 1627/1997). Este supuesto es, si se tiene en cuenta el alto porcentaje de subcontratación, harto frecuente.

⁶⁵ En este sentido, LASCURAÍN (2005: 582).

3ª, 24.10.2006, MP Jiménez de Cisneros Cid; Madrid, 16ª, 16.4.2007, MP Hidalgo Abia; Murcia, 3ª, 24.3.2008, MP Jover Carrión. Por el contrario, en la SAP Sevilla, 4ª, 21.2.2008, MP Barros Sansiforiano se absuelve al coordinador de seguridad durante la elaboración del proyecto por no serlo durante la ejecución del mismo

- Dirección facultativa: arquitecto y arquitecto técnico

La dirección facultativa, integrada por uno o varios técnicos designados por el promotor para ocuparse de la dirección y del control de la ejecución de la obra, integra normalmente a un director de obra y a un director de ejecución, siendo el primero habitualmente un arquitecto y el segundo un arquitecto técnico⁶⁶. Sus competencias incluyen las del coordinador durante la ejecución de la obra si su designación no fuese preceptiva en lo relativo al plan de seguridad y la adopción de medidas destinadas a impedir el acceso de personas no autorizadas a la obra. A la luz de esta situación legal, si la dirección facultativa asume las funciones del coordinador de seguridad, se trasladan aquí las consideraciones hechas respecto a los coordinadores. Más allá de esa coincidencia, la responsabilidad de sus integrantes procederá cuando no adopten las medidas necesarias para garantizar la seguridad previstas en las fases anteriores que les corresponda adoptar, y que como delegados del empresario que ejercen funciones directivas deben implementar.

Por ejemplo, la SAP Lugo, 2ª, 10.2.2006 (MP Fernández Cloos), absuelve al arquitecto y al arquitecto técnico porque la actividad constructora que genera el riesgo y accidente no está prevista en el diseño de la obra.

La SAP Barcelona, 6ª, 14.11.2005 (MP Obach Martínez), condena a la arquitecta encargada de la dirección técnica de la obra por un 317 y un 152, pero absuelve al arquitecto técnico, también integrado en la dirección técnica, porque su actuación comenzaba con la construcción y no tiene responsabilidades en el derribo con ocasión del cual se produjeron los hechos juzgados.

La SAP Alicante, 2ª, 22.9.2006 (MP Guirau Zapata) condena al autor del Proyecto y Arquitecto, a su vez administrador de la empresa constructora, así como al arquitecto técnico, coordinador de seguridad y director de la obra con el anterior, entre otros imputados, por el delito del artículo 316 dado el riesgo en que se encontraban los trabajadores por la ausencia de medidas de protección frente al peligro de caída. La responsabilidad de la dirección de la obra en este caso se apoya en el carácter de empresario del arquitecto y la función de coordinador de seguridad del arquitecto técnico.

La SAP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 5.10.2006 (MP Soriano Vela), condena a la generalidad de implicados en una obra de construcción de un residencial, entre ellos a los miembros de la dirección facultativa: un arquitecto, director del proyecto y director de la ejecución, y a dos arquitectos técnicos, a su vez coordinadores de seguridad por no adoptar las medidas precisas para subsanar los problemas de seguridad detectados por la inspección (riesgo de caída y descoordinación con las subcontratas), riesgo que se materializó al precipitarse un peón. Por cierto que también se condena al arquitecto técnico que actúa como jefe de obra.

⁶⁶ El director de obra es el agente que dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto (art. 12 LOE). El director de la ejecución de la obra es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado (art. 13 LOE).

En estrecha relación con estas cuestiones se plantea, además, la responsabilidad de las figuras del arquitecto y, sobre todo, del arquitecto técnico. Mientras que la responsabilidad penal del arquitecto por riesgos en la construcción es excepcional en los tribunales, puede decirse que la del arquitecto técnico constituye la tónica⁶⁷. Esta tendencia se apoya en el Decreto 265/1971, que atribuye al arquitecto técnico el deber de exigir el cumplimiento de la normativa preventiva, pero también en su papel habitual de jefe o director de obra, que acumula con frecuencia al de coordinador de seguridad, como se ha visto en las resoluciones referidas⁶⁸. Ha sido el propio TS quien ha auspiciado una comprensión amplia de la responsabilidad del arquitecto técnico con base en sus deberes genéricos y la inclusión del deber de exigencia de la toma de medidas dentro del tenor del art. 316 CP:

Las ya célebre STS, 2ª, 26. 9.2001 (MP Martín Canivell), considera que “la mera redacción [del art. 316 CP] no se interpreta inadecuadamente como excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de arquitecto técnico, ha de estar a pie de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, aunque no empresario, sólo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que la omisión del actual recurrente constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito y, por ello, ha de entenderse sin lugar a dudas como autor también del mismo delito”.

Esta línea es invocada para fundamentar la condena al arquitecto técnico por la SAP Alicante, 7º, 17.10.2007 (MP Gil Muñoz), que, siguiendo al Tribunal Supremo, estima que “si bien el calificativo de autor en sentido estricto no puede aplicarse a los técnicos de una obra por no estar obligados a facilitar o proporcionar los medios idóneos para garantizar la seguridad de los trabajadores, sí pueden estos sujetos ser condenados como cooperadores necesarios en su modalidad omisiva, con la correspondiente equiparación punitiva (art. 28 del C. Penal), en los casos en que con su intervención pudieran evitar las omisiones del empresario en la facilitación de los medios”.

Consideramos, sin embargo, que el arquitecto técnico no puede ser responsable penalmente por mor de su cualificación profesional, a la que sólo se vincula un deber de vigilancia del cumplimiento de las medidas⁶⁹, sino sólo cuando sea un delegado del empresario, puesto que no tiene una obligación de protección legal originaria. Ello acontecerá cuando sea coordinador de

⁶⁷ No obstante, SAP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 5.10.2006 (MP Soriano Vela), FD 1º define en términos muy amplios el ámbito de responsabilidad del arquitecto: “Una reiterada doctrina jurisprudencia ha venido estableciendo que el arquitecto director de la obra asume una especial posición de garante de la seguridad de cuantos trabajan en ella. La doctrina anterior a la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre*, de Prevención de Riesgos Laborales al examinar la figura del Arquitecto director de la ejecución de la obra (Arquitecto Técnico, anteriormente Aparejador) lo convierte en el centro de gravedad de la garantía de seguridad de la obra; sin embargo, ello no implica un descargo de responsabilidad del Arquitecto Superior, a quien se constituye en un deber de comprobar que el técnico realiza competentemente su desempeño. La Sentencia 12/1995, de 18 de Enero, lo reconoce así...” si en una obra... hay alguien debidamente titulado que la dirija técnicamente, como ocurre con el arquitecto director de su ejecución, es de toda evidencia que a él incumbe, como máximo responsable, velar por el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad de las personas que allí desarrollan sus tareas sin que pueda servir de excusa el que haya una reglamentación que específicamente encomiende ésta función al aparejador o arquitecto técnico. Tal obligación específica del aparejador no excusa la genérica del arquitecto superior, quien, si ha de dirigir la ejecución de la obra, en esa dirección, como tarea primordial, tiene la del cumplimiento de lo establecido en beneficio de la seguridad de los trabajadores...” El Arquitecto director de la obra asume una especial posición de garante de la seguridad de cuantos trabajan en ella.” (...)

⁶⁸ HORTAL (2005: 279-280, nota 681).

⁶⁹ De acuerdo, HORTAL (2005: 279).

seguridad o jefe de obra⁷⁰ o director de la obra o, en la fase de proyectos, si elaboró incorrectamente el estudio de seguridad; pero no cuando sólo haya redactado el estudio de seguridad y el problema venga de su implementación sin ostentar el arquitecto técnicas funciones ejecutivas⁷¹.

Por eso resulta más convincente la vinculación de la responsabilidad del arquitecto técnico con sus labores como coordinador de seguridad, tal y como destaca la ; SAP Murcia, 3ª, 24.3.2008 (MP Jover Carrión): “La ausencia de barandillas en todo el perímetro de la obra, es un hecho reconocido por el aparejador recurrente, que encareció la necesidad de su colocación conforme consta en el Libro de Órdenes de 7.04.04, pero su seguimiento no se ha acreditado, a pesar de que ello constituye una las obligaciones esenciales del arquitecto técnico dado que, como indica la Juzgadora en la sentencia, al haber sido designado Coordinador de la Seguridad y Salud de la Obra tenía el deber específico de comunicar al empresario la necesidad imperativa de que proporcionase unas medidas adecuadas, y la no facilitación de los medios de seguridad tuvo una repercusión evidente de peligro concreto y grave para la vida e integridad física de los trabajadores” (FD 3º). “El segundo motivo viene referido básicamente a la falta de prueba del incumplimiento del Sr. José Manuel de las funciones que le competen como Coordinador de Seguridad , ya que no era el jefe de obra, ni el vigilante de seguridad funciones desempeñadas por Coamur, S.L. Sin embargo, no se debe olvidar que en las obligaciones del Coordinador de Seguridad está la del control y verificación de que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la construcción y, entre ellos, los de seguridad y prevención de riesgos laborales, para ello el Coordinador está obligado a dar las oportunas ordenes a los contratistas y subcontratistas, obligación que en este caso no se ha observado, (...) El artículo 11.3 del Real Decreto 1627/97 dispone que las responsabilidades de los coordinadores no eximirán a los contratistas y subcontratistas, advirtiéndose en este caso la inexistencia de coordinación entre ambos en materia de seguridad, y de vigilancia, también les corresponde aplicar los principios de prevención, cumplir y hacer cumplir las medidas dispuestas en el plan, extremos que tampoco se han observado, provocando tales omisiones infracciones del artículo 14.2, 18 y 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/95, de 8 de noviembre.” (FD 6º)

Todo lo anterior no obsta a que el incumplimiento de los deberes que corresponden al arquitecto y arquitecto técnico puedan fundar una infracción del deber de cuidado y la responsabilidad consiguiente por homicidio o lesiones imprudentes⁷².

- Encargado de obra

El encargado de obra, a diferencia de las figuras anteriormente tratadas, no existe como institución normada, de modo que sus atribuciones y su papel en el tejido de seguridad puede variar, dependiendo de la concreta obra de que se trate. Por ello, la posibilidad de atribuirle responsabilidad deberá atender a la posición que ocupa en el entramado de seguridad, sin que la referencia del art. 318 permita fundar automáticamente una condena. Si pueden predicarse los requisitos de una delegación eficaz: capacidad y formación técnica del sujeto y puesta a su disposición de los medios humanos, materiales e inmateriales necesarios, actuará como obligado

⁷⁰ Hay que recordar que el art. 11.2 LOE establece que la obligación del constructor de designar al jefe de obra, que asumirá la representación técnica del constructor en ella.

⁷¹ Recuérdese que el RD 555/1986, declaró obligatoria para todos los proyectos de construcción la confección de un Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo, estudio que el RD 84/1990, en cuanto se refiere a las obras de arquitectura, encomienda concretamente al aparejador o arquitecto técnico, como profesional específicamente encargado de las cuestiones de seguridad e higiene, tal y como señala el Decreto 265/1971.

⁷² DOPICO (2006: 47-48).

y será un sujeto activo idóneo. Sin embargo, no se acostumbra a precisar en las sentencias cuál es el papel que el sujeto denominado “encargado” desarrolla en los trabajos de construcción en cuestión. No parece que puedan equiparse todas las situaciones, porque en muchos casos se tratará de organizar y controlar la actividad cotidiana. La labor de dirigir una cuadrilla no implica, ni mucho menos, una formación técnica mínima ni tener a disposición los medios de prevención. En tales casos, la responsabilidad del encargado sólo podrá provenir de los eventuales delitos de resultado acaecidos.

Destaca por su claridad al respecto la SAP Barcelona, 6ª, 14.11.2005 (MP Obach Martínez), FD 3º, que rechazó la imputación del delito especial al encargado, condenándole sólo por las lesiones imprudentes: “a lo sumo podría serle atribuidas al señor Ángel Daniel las obligaciones genéricas de un encargado de obra, esto es, la de evitar cualquier situación de riesgo grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores a su orden; pero ello no basta para que se encuadre como sujeto activo del artículo 316 y 317 CP : para ello sería necesario que el señor Ángel Daniel fuese materialmente la persona legalmente obligada a facilitar los medios constitutivos de las medidas de seguridad e higiene sin que baste formalmente que figurase como tal encargado, pues se requiere que en tales conceptos tuviese funciones decisorias en prevención de riesgos, en definitiva, tener el dominio del riesgo que el tipo penal protege (y que es un plus al riesgo genérico de los tipos imprudentes). En este caso el encargado “se encuentra más próximo a ser sujeto pasivo del delito que no sujeto activo, realizando funciones de peón, sin que tampoco conste debidamente acredita que tuviese formación en materia preventiva y en su caso la propia competencia para la dirección en la ejecución del servicio u obra que se llevaba a cabo”

Por ello sería deseable una mayor precisión que permita conocer la posición del sujeto, cuáles son sus funciones y con qué nivel de autonomía decisoria y operativa cuenta. Un repaso de las sentencias revisadas muestra que resulta a primera vista más convincente la condena al encargado cuando además se especifica que es el encargado general de la obra (SAP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 5.10.2006, MP Soriano Vela) es administrador solidario de la empresa subcontratada (SAP Madrid, 15ª, 7.5.2007, MP Martín Meizoso) o gerente (SAP Alicante, 7ª, 17.10.2007 (MP Gil Muñoz), que cuando sólo se alude genéricamente a esa figura y se invoca el artículo 318 como fundamento de su responsabilidad (SSAP Alicante, 2ª, 22.9.2006, MP Guirau Zapata; Almería, 3ª, 24.10.2006, MP Jiménez de Cisneros Cid; Pontevedra, 2ª, 30.3.2007, MP Barreiro Prado; Alicante, 7ª, 29.5.2007, MP Serrano Ruiz de Alarcón; Madrid, 23ª, 24.7.2007, MP Mozo Muelas; Burgos, 1ª, 5.10.2007, MP Marín Fernández).

Conclusión:

La depuración de responsabilidades entre los múltiples sujetos intervinientes en el desarrollo de una obra de construcción se articula a través de unas figuras típicas, lo que encasilla cierta medida las categorías usuales de implicados. Y ello en el doble sentido de que se tiende a condenar a determinadas de ellas y a absolver a otras.

En este sentido, la habitual atribución de responsabilidad al coordinador de seguridad se revela a todas luces adecuada, dado su papel de delegado del promotor y sus funciones de coordinación entre las empresas normalmente concurrentes. Más discutible es, sin embargo, confundir esa figura con la calificación profesional de arquitecto técnico del sujeto que normalmente es designado como tal. Y ello, porque la fuente del deber de protección que fundamenta la posible autoría del delito del artículo 316 no es la profesión, sino la cualidad de coordinador de seguridad con unas funciones específicas atribuidas en la normativa de prevención.

Por la misma razón, el arquitecto técnico, al igual que el arquitecto, puede ser responsable del delito de riesgo, pero no en cuanto tales, sino como sujetos implicados en la realización de una actividad laboral con unas concretas competencias, entre las que se encuentran las de prevención de riesgos.

Más discutible es la general imputación de responsabilidad al sujeto que ostenta el puesto de encargado en las resoluciones analizadas, que se encuadra en un sistema de punición generalizada a todos los sujetos intervinientes en el desarrollo del trabajo en una obra con funciones próximas al desarrollo cotidiano de la actividad. Sin embargo, la condena por el delito especial sólo resulta fundada si el encargado actuó como delegado del empresario, esto es, con poder de dirección y desempeñando funciones de prevención laboral. Esas condiciones no pueden presumirse, dado que el ámbito de atribuciones del encargado no está reglado y puede ser muy variopinto: puede ser el administrador de la empresa quien actúa como tal, pero también puede consistir en la mera dirección de una cuadrilla reducida de albañiles o, incluso, ser una designación formal. Se echa en falta en las resoluciones una mayor atención a esta figura desde la perspectiva de describir las funciones que tiene asignadas. Con ello se evitaría el riesgo de terminar sancionando al encargado, cuya presencia más o menos continuada en la ejecución de la obra es innegable, ante la imposibilidad de probar el incumplimiento de otros sujetos más alejados de la ejecución, pero determinantes de que ésta se efectúe en condiciones óptimas de seguridad.

4.4. Relaciones concursales

Los problemas concursales característicos de la aplicación de los delitos contra la seguridad de los trabajadores son los que surgen cuando, además del peligro para los trabajadores, se produce la muerte o lesiones de uno o más de los trabajadores puestos en peligro. Como se refirió en el epígrafe 3 (Resultados), sólo en cinco ocasiones se aplicó en solitario el tipo de riesgo dolosas, en las restantes 20 ocasiones se hizo en concurso con otros ilícitos, los de resultado lesivo. Por último, también se aclaró que en cinco ocasiones la no apreciación del delito contra la seguridad de los trabajadores se deba a que el tipo resulta absorbido por el concurrente delito de resultado.

Estas cifras no son más que el reflejo de la aplicación de la moderna jurisprudencia sobre las relaciones concursales en esta materia inaugurada por la STS, 2ª, 14.7.1999 (MP Román Puerta). Conforme a ella cabe distinguir dos situaciones. Si la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales afecta a uno o a varios trabajadores va seguida de la muerte o lesión de ese trabajador o del correspondiente conjunto, el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8-3º del C.P.), como una manifestación típica de la progresión delictiva, castigándose únicamente el delito de homicidio o lesión imprudente. Si la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales afectan a un número de trabajadores superior al de aquellos que resultan muertos o lesionados, la materialización del resultado temido sólo ha sido parcial, por lo que pervive el riesgo que recaía sobre los trabajadores indemnes y su desvalor jurídico, de modo que en este caso se produce un concurso ideal de delitos entre los delitos de peligro y de lesión, cuyas

consecuencias se establecen en el artículo 77 del Código Penal⁷³.

Fruto de la adopción de estas reglas, se imputa sólo un delito de resultado entendiendo que queda consumido el ilícito contra la seguridad de los trabajadores en las SSAP Alicante, 7^a, 27.4.2006 (MP Jiménez Morago): dos años de prisión por dos delitos de lesiones imprudentes graves del art. 152; Guipúzcoa, 1^a, 20.11.2006 (MP Maeso Ventureira): un año de prisión por un delito de homicidio imprudente del art. 142; Cantabria, 1^a, 19.2.2007 (MP Rivas Díaz de Antoñana): condena por un delito de homicidio imprudente; Ávila, 1^a, 10.7.2007 (MP García García): un año de prisión por un delito de lesiones imprudentes del art. 152.1.2^o; Burgos, 1^a, 5.10.2007 (MP Marín Ibáñez): delito de lesiones imprudentes del art. 152.1.1^o; Cáceres, 3^a, 6.11.2007 (MP Moreno Montero): 3 meses de prisión por un delito de lesiones imprudentes del art. 152.1.1^o; Zaragoza, 6^a, 26.5.2008 (MP Lasala Albasini): un año de prisión por un delito de homicidio imprudente del art. 142.

Una lectura rápida de estos resultados muestra que no siempre puede afirmarse de manera automática la consunción del desvalor del delito de riesgo en el resultado, por más que coincida el ámbito subjetivo de afectados. Ello se pone de manifiesto en la SAP Cáceres, 3^a, 6.11.2007 (MP Moreno Montero), donde la pena de 3 meses de prisión impuesta por el delito de lesiones imprudentes resulta notablemente inferior a la pena prevista para el artículo 316. Y es que no se puede descartar que el delito de resultado tenga asignado un marco penal inferior al de los delitos de peligro. La introducción de una tercera regla podría solventar estas aporías penológicas: cuando existiendo identidad de sujetos afectados, la aplicación del delito de lesión en virtud del principio de subsidiariedad o consunción implica la imposición de una pena inferior a la correspondiente al delito de peligro, habrá de acudir a las reglas del concurso de delitos, ya que ni el desvalor del resultado engloba el del peligro ni el del peligro podrá incorporar el del resultado, por leve que sea⁷⁴

La aplicación de la regla del concurso ideal está vinculada a la prueba de que la puesta en peligro afectó a más trabajadores de lo que finalmente resultaron lesionados o muertos⁷⁵. Y ciertamente

⁷³ Parecen discrepar de esta línea la SAP Madrid, 6^a, 15.9.2005 (MP Fernández-Prieto González), FD 2^o, que parece defender la presencia sin excepciones de un concurso ideal por protegerse en los delitos de peligro y de lesión bienes jurídicos distintos; y la SAP Almería, 3^a, 24-10.2006 (MP Jiménez de Cisneros Cid), FD 3^o, que califica el concurso entre el delito imprudente contra la seguridad de los trabajadores y la falta de lesiones como concurso real, lo cual, en todo caso, no tendría efecto penológico diverso, dado que las reglas del concurso ideal conducen también a la acumulación de penas.

⁷⁴ Pionero en plantearla, LASCURAÍN (1994: 120; 1998: 641; 2005: 574); en el mismo sentido, AGUADO (2002: 502); BAJO/BACIGALUPO (2001: 663); con reservas, MARTÍNEZ-BUJÁN (2005: 788). Sobre ello hemos tratado detenidamente en nuestro trabajo anterior (MARTÍN/ORTIZ DE URBINA 2006: 474-479).

⁷⁵ Por ello, la Fiscalía General del Estado, haciéndose eco de la doctrina del TS en materia de concursos, indicó en la Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral que: "Los Sres. Fiscales mantendrán la acusación conforme al citado criterio del Tribunal Supremo en todos los supuestos de hecho similares, ejercitando en su caso las posibilidades de recurso procedentes para propiciar esa solución. A tal fin, deberá acreditarse la concurrencia o no de otros trabajadores cuya vida, salud o integridad física hayan sido puestas en peligro en el concreto accidente laboral producido, así como su identificación, adoptando las iniciativas necesarias para la constancia de tales circunstancias". Asimismo, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en su Instrucción 104/2001, de 14 de junio, sobre las relaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral, ordena que a estos efectos el inspector haga constar en el acta "no sólo los datos personales de los trabajadores lesionados, sino también los de aquellos otros trabajadores, que, aunque no

cabe apreciar un esfuerzo en las resoluciones en tal sentido, que identifican la presencia de otros trabajadores afectados por el riesgo. En otras ocasiones no está tan claro el dato de la afectación a otros trabajadores, aunque puede inferirse del mantenimiento de la situación irregular o la pluralidad de sujetos que se relacionan con el foco del peligro.

Conclusión:

Puede decirse que hoy está plenamente asentada la doctrina del Tribunal Supremo para resolver los supuestos de concurrencia entre los delitos de peligro para la seguridad de los trabajadores y los ilícitos de resultado, homicidio o lesiones. La claridad de esas reglas ha impuesto la necesidad de acreditar el ámbito de afectación del peligro, determinante de la solución del concurso normativo o ideal de delitos, lo cual tiene un relativo reflejo en los hechos probados de las sentencias, que debieran cuidarse lo máximo posible. No obstante se echa en falta, al menos, una tercera regla para los supuestos de identidad de los sujetos afectados por el peligro y la lesión en los que la aplicación de la infracción de resultado, por ser de carácter menos grave, arroja una pena muy inferior a la que correspondería apreciando el delito de peligro.

Por cierto que en ocasiones también se echa de menos una información más clara en las sentencias sobre la calificación de los hechos en lo que atañe a la apreciación de un concurso y de qué tipo así como sobre cómo se ha obtenido la pena finalmente impuesta.

4.5. Problemas procesales y extraprocesales en la persecución de estos delitos

El análisis del contenido de las sentencias analizadas muestra problemas de índole procesal y extraprocesal que se interponen en la correcta persecución de estos delitos, provocando en algunos casos la justificada desesperación de los operadores judiciales. He aquí los más representativos:

SAP Sevilla, 3ª, 23.6.2006, MP Gonzaga de Oro, FD 4º. El magistrado ponente echa un rapapolvo a los inspectores de trabajo por su falta de diligencia, en el momento del suceso y en el propio plenario:

“Los dos Inspectores de trabajo que emitieron el acta de Inspección comparecieron en el acto del plenario sin que aclararan nada sobre este extremo. Resulta difícil de creer pero lo cierto es que los inspectores de trabajo que se personaron en el lugar del accidente se centraron exclusivamente, según reconocieron en el plenario, a examinar el lugar del accidente (patio interior) y la forma en que se produce el mismo, de tal manera que no fueron capaces de recordar otros extremos tan importantes como: si preguntaron sobre las medidas de seguridad ; si había un cuarto próximo a dicho patio con medidas de protección individual o colectivas; si en dicho cuarto había barandillas para colocar en los andamios, llegando a afirmar uno de los inspectores que a ellos no les afectaba que los trabajadores llevaran puestas las medidas de seguridad . Es más, los Inspectores indicaron que no se entrevistaron con el arquitecto de la obra, que era la persona encargada de la seguridad y coordinación en materia de higiene y seguridad y quien realizó el Proyecto básico y de ejecución y el Plan de seguridad y salud, ni consta que se entrevistaran con el titular de la empresa el acusado Abelardo. Difícilmente, con tales deficiencias y omisiones su testimonio e informe puede aclarar algo sobre dicho extremo, como bien

hubiesen sido afectados por el accidente o enfermedad profesional, estaban en el momento de ocurrir el siniestro en la misma situación de aquellos”

señala la sentencia de instancia”.

SAP Pontevedra, 4ª, 19.10.2006, MP Cid Guede, FD 2º. Se critica que no se formulara acusación por el art. 316 o por el 317, y ello:

“constando que la Inspección de trabajo había requerido con anterioridad a la empresa en visitas efectuadas en los años 94, 96 y 97 para la corrección de la falta de esa concreta medida de prevención, que se agrava por el hecho también constatado de carecer la empresa de plan de prevención propio, de normas concretas para la realización del trabajo”

SAP Madrid, 4ª, 2.11.2006, MP: García Llamas, FD 4º. Critica que no se tomaran las medidas para poder actuar por un 316, y lo compara con el tráfico rodado:

“No era objeto de enjuiciamiento un delito contra los derechos de los trabajadores tipificado en los artículos 316 , 317 y 318 del Código Penal , y el hecho de que pudieran existir otros posibles responsables penales no justifica por si solo, la revocación de la sentencia en la que hace a Juan Alberto . Sin perjuicio de ello hay que decir que no parece lógico que no se haya recibido declaración, en momento alguno, a la dirección facultativa de la obra, ni realizado instrucción alguna. Accidentes de tráfico con un resultado lesivo menor que el sufrido por [nombre de la víctima], y una mecánica de causación más simple, dan lugar a elaborados atestados con reseña y declaración de los intervinientes, testigos, croquis o reportajes fotográficos del lugar, señalización, alado de la calzada, etc., nada de ello se hizo en el presente caso”.

SAP Tenerife, 5ª, 1.6.2007, MP Cabrera Garate. A pesar de que la instancia se trataba de un juicio de faltas, en ella se acusó por el delito del art. 316 y el juez de instrucción condenó por falta de lesiones por imprudencia leve. Razonablemente, la Audiencia Provincial entendió que se había producido vulneración del principio acusatorio y absolvió al condenado.

SAP Guipúzcoa, 1ª, 13.10.2008, MP Subijana Zunzunegui. La SAP declara vulneración del principio acusatorio, dado que a los acusados se les condenó por el delito de lesiones del art. 147 CP cuando el fiscal pidió la falta del 621.3 y la acusación particular el delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152, y por existencia de una incongruencia omisiva, ya que la sentencia no se pronunció sobre la alegación de imprudencia concurrente o exclusiva de la víctima.

5. Epílogo: una reflexión político-criminal sobre la aplicación jurisprudencial de los delitos contra la seguridad en el trabajo

Concluíamos el apartado introductorio apuntando la posible ineficiencia de la aplicación que se venía haciendo de la legislación penal para la protección de la seguridad en el trabajo. El anterior análisis, entendemos, apuntala tal diagnóstico: el Derecho penal se está usando para acabar obteniendo resultados que no son sustancialmente diferentes de aquellos a los que se llegaría con el Derecho administrativo sancionador.

Al anterior diagnóstico de ineficiencia preventiva podrá quizás efectuársele dos objeciones. Por un lado, se dirá, la sanción penal siempre tendrá un mayor efecto reputacional, y por lo tanto no estamos ante sanciones materialmente similares. Por otro, la sanción penal puede venir acompañada de la inhabilitación del condenado, con lo que se conseguirá un efecto inocuidador adicional. Ninguna de estas objeciones subsiste a la vista de cómo ocurren las cosas en la

realidad. La primera no lo hace porque no es cierto que la sanción o el proceso penal supongan siempre un mayor perjuicio para la reputación del sujeto: más que de la calificación del hecho como un ilícito penal o administrativo, algo que la inmensa mayor parte de los ciudadanos no alcanzan a entender, ello dependerá de las valoraciones sociales y de la resonancia mediática de los casos. Salvo contadas excepciones, siempre con delitos de resultado por medio, los delitos contra la seguridad de los trabajadores no reciben este tratamiento mediático ni, lamentablemente, esta valoración social. La segunda objeción fracasa ante el escaso número de inhabilitaciones efectivamente decretadas por los tribunales⁷⁶ y las posibilidades de evadir fácticamente las inhabilitaciones mediante el empleo de personas jurídicas. Todo lo anterior se refiere a los beneficios preventivos obtenidos con la intervención penal, a su eficacia. Sin embargo, estamos efectuando un juicio de eficiencia, y para ello, por supuesto, también hay que considerar los costes. No puede haber duda de los muy superiores costes del proceso penal frente al procedimiento administrativo sancionador. Si éstos no se ven compensados por incrementos igualmente superiores en los beneficios, la ineficiencia está servida. Ahora bien, ¿qué implica este diagnóstico de ineficiencia de la intervención penal en este ámbito?

Un diagnóstico de ineficiencia es un juicio sobre hechos, sobre cómo son las cosas, y por lo tanto no permite una inferencia normativa acerca de cómo deberían ser. La decisión de mantener o no el actual modelo de persecución penal de los ilícitos contra la seguridad en el trabajo es necesariamente axiológica. Ante la denunciada ineficiencia pueden efectuarse diversas propuestas, entre las que destacan dos posibilidades: por un lado, puede intentarse un endurecimiento de la persecución penal, encaminándola hacia la imposición de penas privativas de libertad en los supuestos más graves; por otro lado, puede proponerse caminar en sentido contrario y restringir la persecución penal a los tipos resultativos. Somos de la opinión de que la primera opción es superior.

- Desde el punto de vista de la prevención, la imposición de penas privativas de libertad de efectivo cumplimiento supondría la introducción de una sanción mucho más difícil de disolver en los beneficios de la actividad de que se trate. La mayor dureza (en términos políticamente más correctos: la menor lenidad) tendría otros efectos positivos: en una encuesta de victimización en la que se les preguntaba por la solución para acabar con los siniestros laborales, los trabajadores encuestados situaron la aplicación más dura de los tipos penales como la opción más votada (un 85% de los entrevistados la incluyó en la respuesta múltiple a la pregunta, v. ACALE 2006: 247). Parece razonable concluir, a contrario, que la percepción de lenidad del sistema penal está bastante extendida entre los trabajadores. De ser esto cierto, la percepción de falta de legitimidad del sistema estaría a buen seguro afectando la disposición de denuncia y colaboración con las autoridades de los trabajadores, sin la cual la correcta persecución de estas infracciones se torna extremadamente difícil⁷⁷.

- Desde el punto de vista axiológico, nos encontramos ante supuestos que son efectivamente graves, suponiendo muchos de ellos la consciente puesta en peligro de la vida de otras personas

⁷⁶ En el estudio del CGPJ sólo 14 de las 110 condenas en las que se podía imponer la inhabilitación especial lo hicieron, v. CGPJ (2007: 34).

⁷⁷ Sobre los problemas procesales que en estos delitos causa la falta de apoyo a la persecución penal por el interesado, v. CGPJ (2007: 20-21).

y en ocasiones su imprudente lesión o muerte. Más allá de la gravedad objetiva, que es el argumento que nos parece decisivo, en términos comparativos no deja de resultar sorprendente que un sistema que encarcela con tanta intensidad⁷⁸ y por sucesos menos relevantes (hurtos, robos sin violencia) muestre sin embargo tal preocupación por la extensión del *ius puniendi* en los supuestos de delitos contra la seguridad en el trabajo.

Entendemos, por tanto, que el endurecimiento de la persecución penal podría efectuarse sin infracción del principio de *ultima ratio*, por estar ante un problema social grave ante el que los demás medios están mostrando no resultar bastantes. No se piensa que el Derecho penal vaya a arreglar la situación, pero sí que puede contribuir a mejorarla. Y, de modo más importante, tal contribución se podría realizar sin infracción del principio de proporcionalidad, por tratarse de supuestos graves y penas no muy elevadas en atención a la gravedad. Para ello, sin embargo, hay que actuar sobre las causas de la ineficiencia de la intervención penal en este ámbito: poner de manifiesto algunas de ellas es algo que se espera haber logrado a lo largo de este trabajo.

6. Tabla de jurisprudencia comprendida en la muestra

Tribunal, Sección/Sala y Fecha	ID. Cendoj	Magistrado Ponente
SAP, Cádiz, 4ª, 3.6.2005	11012370042005100187	Antonio Marín Fernández
SAP, Castellón, 1ª, 10.06.2005	12040370012005100180	Esteban Solaz Solaz
SAP, Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 24.06.2005	38038370022005100517	Aurelio Bernardino Santana Rodríguez
SAP, Valencia, 2ª, 18.07.2005	46250370022005100386	Carmen Llombart Pérez
SAP, Almería, 3ª, 07.09.2005	04013370032005100434	María Soledad Jiménez de Cisneros Cid
SAP, Madrid, 6ª, 15.09.05	28079370062005100074	José Manuel Fernández-Prieto González
SAP, Alicante, 7ª, 26.09.2005	03065370072005100986	María de las Mercedes Matarredona Rico
SAP, Barcelona, 3ª, 04.10.2005	08019370032005100939	Ana Ingelmo Fernández
SAP, Barcelona, 10ª, 13.10.2005	08019370102005101226	José María Pijuan Canadell
SAP, Zamora, 1ª, 27.10.2005	49275370012005100445	Luis Brualla Santos-Funcia
SAP, Barcelona, 6ª, 14.11.2005	08019370062005101016	Jorge Obach Martínez
SAP, Castellón, 1ª, 28.11.2005	12040370012005100395	Esteban Solaz Solaz
SAP, Cantabria, 3ª, 15.12.2005	39075370032005100794	Esteban Campelo Iglesias

⁷⁸ Como es sabido, las prisiones españolas han sufrido un espectacular incremento de población en los últimos años, desde los 33.035 presos de media del año 1990 hasta los 75.612 de la 17ª semana de 2009 (24.4.2009). V. http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas_Semanales/2009/17/situacion_procesal.html

SAP, Barcelona, 5ª, 27.12.2005	08019370052005100771	José María Assalit Vives
SAP, León, 1ª, 09.01.2006	24089370012006100058	Alfonso Lozano Gutiérrez
SAP, Barcelona, 3ª, 19.01.2006	08019370032006100118	María del Pilar Pérez de Rueda
SAP, Málaga, 2ª, 03.02.2006	29067370022006100080	María Jesús Alarcón Barcos
SAP, Lugo, 2ª, 10.02.2006	27028370022006100083	Edgar Amando Fernández Cloos
SAP, Huelva, 1ª, 27.02.2006	21041370012006100091	Francisco Bellido Soria
SAP, Tarragona, 4ª, 13.03.2006	43148370042006100504	Benito Pérez Bello
SAP, Vizcaya, 1ª, 14.03.2006	48020370012006100145	Juan Miguel Mora Sánchez
SAP, Soria, 1ª, 29.03.2006	42173370012006100047	María Belén Pérez Flecha Díaz
SAP, Álava, 2ª, 04.04.2006	01059370022006100066	María Mercedes Guerrero Romeo
SAP, Álava, 1ª, 10.04.2006	01059370012006100150	Íñigo Elizburu Aguirre
SAP, Barcelona, 10ª, 18.04.2006	08019370102006100318	Elisenda Franquet Font
SAP, Alicante, 7ª, 27.04.2006	03065370072006100256	José Teófilo Jiménez Morago
SAP, Madrid, 7ª, 17.05.2006	28079370072006100373	Ana María Ferrer García
SAP, Madrid, 7ª, 05.06.2006	28079370072006100242	María del Pilar Rasillo López
SAP, Burgos, 1ª, 15.06.2006	09059370012006100384	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP, Sevilla, 3ª, 23.06.2006	41091370032006100353	Luis Gonzaga de Oro-Pulido Sanz
SAP, Castellón, 2ª, 01.07.2006	12040370022006100245	José Luis Antón Blanco
SAP, Castellón, 2ª, 17.07.2006	12040370022006100234	Pedro Javier Altares Medina
SAP, Sevilla, 3ª, 28.07.2006	41091370032006100406	Luis Gonzaga de Oro-Pulido Sanz
SAP, Alicante, 2ª, 08.09.2006	03014370022006100346	Julio José Úbeda de los Cobos
SAP, Alicante, 2ª, 22.09.2006	03014370022006100394	Francisco Javier Guirau Zapata
SAP, Albacete, 1ª, 29.09.2006	02003370012006100323	José García Bleda
SAP, Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 05.10.2006	38038370022006100459	Francisca Soriano Vela
SAP, Pontevedra, 4ª, 19.10.2006	36038370042006100358	María Nélida Cid Guede
SAP, Almería, 3ª, 24.10.2006	04013370032006100370	María Soledad Jiménez de Cisneros Cid
SAP, Madrid, 3ª, 02.11.2006	28079370032006100711	Juan Pelayo María García Llamas
SAP, Guipúzcoa, 1ª, 20.11.2006	20069370012006100320	Augusto Maeso Ventureira
SAP, Cádiz, 4ª, 07.12.2006	11012370042006100303	María Inmaculada Montesinos Pidal
SAP, Jaén, 1ª, 20.12.2006	23050370012006100568	María Jesús Jurado Cabrera
SAP, La Coruña, 6ª, 28.12.2006	15078370062006100737	José Gómez Rey

SAP, Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 08.01.2007	38038370022007100045	Joaquín Luis Astor Landete
SAP, Las Palmas, 2ª, 11.10.2007	35016370022007100705	Nicolás Acosta González
SAP, Pontevedra, 4ª, 23.01.2007	36038370042007100001	José Carlos Montero Gamarra
SAP, La Rioja, 1ª, 02.02.2007	26089370012007100061	José Félix Mota Bello
SAP, Cantabria, 1ª, 19.02.2007	39075370012007100001	María Rivas Díaz de Antoñana
SAP, Alicante, 3ª, 27.02.2007	03014370032007100426	María Dolores Ojeda Domínguez
SAP, Madrid, 16ª, 13.03.2007	28079370162007100258	Francisco David Cubero Flores
SAP, Burgos, 1ª, 22.03.2007	09059370012007100274	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP, Pontevedra, 2ª, 30.03.2007	36038370022007100119	José Juan Ramón Barreiro Prado
SAP, Madrid, 16ª, 16.04.2007	28079370162007100364	Miguel Hidalgo Abia
SAP, Orense, 2ª, 23.04.2007	32054370022007100180	Ana María del Carmen Blanco Arc
SAP, Madrid, 15ª, 07.05.2007	28079370152007100409	Carlos Martín Meizoso
SAP, Castellón, 2ª, 17.05.2007	12040370022007100290	José Luis Antón Blanco
SAP, Alicante, 7ª, 29.05.2007	03065370072007100487	María Gracia Serrano Ruiz de Alarcón
SAP, Santa Cruz de Tenerife, 5ª, 01.06.2007	38038370052007100255	Rubén Cabrera Garate
SAP, Madrid, 17ª, 04.06.2007	28079370172007100409	Fernando F. Orteu Cebrián
SAP, Pontevedra, 2ª, 13.06.2007	36038370022007100253	María Mercedes Pérez Martín-Esperanza
SAP, Almería, 1ª, 20.06.2007	04013370012007100060	Rafael García Laraña
SAP, Almería, 1ª, 03.07.2007	04013370012007100067	Rafael García Laraña
SAP, Ávila, 1ª, 10.07.2007	05019370012007100289	Jesús García García
SAP, Madrid, 23ª, 24.07.2007	28079370232007100543	Rafael Mozo Muelas
SAP, Islas Baleares, 1ª, 03.09.2007	07040370012007100365	Miguel Ángel Arbona Femenia
SAP, Vizcaya, 1ª, 13.09.2007	48020370012007100313	Rafael Yangüela Criado
SAP, Barcelona, 7ª, 26.09.2007	08019370072007100505	Ana Ingelmo Fernández
SAP, Burgos, 1ª, 05.10.2007	09059370012007100289	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP, Madrid, 23ª, 10.10.2007	28079370232007100811	Elena Martín Sanz
SAP, Alicante, 7ª, 17.10.2007	03065370072007100792	Javier Gil Muñoz
SAP, Cádiz, 1ª, 24.10.2007	11012370012007100191	Francisco Javier Gracia Sanz
SAP, Madrid, 1ª, 02.11.2007	28079370012007100813	María Cruz Álvaro López
SAP, Badajoz, 3ª, 06.11.2007	06083370032007100469	José María Moreno Montero
SAP, Madrid, 5ª, 16.11.2007	28079370052007100142	Celia Sainz de Robles Santa Cecilia
SAP, Las Palmas, 2ª, 30.11.2007	35016370022007100778	Nicolás Acosta González
SAP, Vizcaya, 6ª, 11.12.2007	48020370062007100767	Ángel Gil Hernández

SAP, Alicante, 3ª, 18.12.2007	03014370032007100324	José Daniel Mira-Perceval Verdu
SAP, Burgos, 1ª, 08.01.2008	09059370012008100021	Francisco Manuel Marín Ibáñez
SAP, Barcelona, 7ª, 17.01.2008	08019370072008100010	María Del Pilar Pérez de Rueda
SAP, Madrid, 27ª, 24.01.2008	28079370272008100021	María Consuelo Romera Vaquero
SAP, Granada, 1ª, 30.01.2008	18087370012008100058	Rosa María Ginel Pretel
SAP, Alicante, 2ª, 11.02.2008	03014370022008100115	Faustino de Urquía Gómez
SAP, Madrid, 16ª, 14.02.2008	28079370162008100110	Miguel Hidalgo Abia
SAP, Sevilla, 4ª, 21.02.2008	41091370042008100107	Margarita Barros Sansiforiano
SAP, Pontevedra, 4ª, 05.03.2008	36038370042008100112	María Cristina Navares Villar
SAP, Murcia, 3ª, 24.03.2008	30030370032008100050	María Jover Carrión
SAP, La Coruña, 2ª, 31.03.2008	15030370022008100202	María del Carmen Taobada Caseiro
SAP, Cádiz, 8ª, 07.04.2008	11020370082008100178	María del Carmen González Castrillón
SAP, Madrid, 2ª, 10.04.2008	28079370022008100268	Rafael Espejo-Saavedra Santa Eugenia
SAP, Madrid, 27ª, 21.04.2008	28079370272008100431	María Consuelo Romera Vaquero
SAP, Madrid, 27ª, 25.04.2008	28079370272008100360	María Tardón Olmos
SAP, Zaragoza, 3ª, 30.04.2008	50297370032008100409	Sara Arriero Espes
SAP, Madrid, 7ª, 8.5.2008	28079370072008100617	Ignacio José Fernández Soto
SAP, Zaragoza, 6ª, 26.05.2008	50297370062008100033	Carlos Lasala Albasini
SAP, Madrid, 15ª, 30.05.2008	28079370152008100415	Alberto Gumersindo Jorge Barreiro
SAP, Granada, 1ª, 06.06.2008	18087370012008100312	Pedro Ramos Almenara
SAP, Madrid, 27ª, 17.06.2008	28079370272008100626	María Consuelo Romera Vaquero
SAP, Madrid, 27ª, 20.06.2008	28079370272008100686	María del Pilar González Rivero
SAP, Barcelona, 5ª, 30.06.2008	08019370052008100435	Beatriz Grande Pesquero
SAP, Zaragoza, 3ª, 21.07.2008	50297370032008100712	Sara Arriero Espes
SAP, Zaragoza, 6ª, 09.09.2008	50297370062008100225	Carlos Lasala Albasini
SAP, Guipúzcoa, 1ª, 13.10.2008	20069370012008100249	Ignacio José Subijana Zunzunegui

7. Bibliografía citada

María ACALE SÁNCHEZ (2006), "Análisis criminológico de la siniestralidad laboral en la provincia de Cádiz", en TERRADILLOS/ACALE (eds): *Estudios Jurídicos Sobre Siniestralidad Laboral (I Jornadas Universitarias Jurídicas)*. Junta de Andalucía, pp. 211-252. Disponible en

http://www.juntadeandalucia.es/empleo/www/adjuntos/publicaciones/1_1323_1_1026_siniestralidad.pdf

Sara AGUADO LÓPEZ (2002), *El delito contra la seguridad en el trabajo: Arts. 316 y 317 del CP*. Tirant lo blanch, Valencia.

Manuel ALONSO OLEA (1981), "El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia", en *Revista española de Derecho del Trabajo*, pp. 95-102.

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (1998), "Carpintería de la sentencia penal en materia de hechos", en *Poder Judicial*, núm. 49, pp. 393 y ss.

Luis ARROYO ZAPATERO (1988), *Manual de derecho penal del trabajo*. Praxis, Barcelona.

Antonio BAYLOS/Juan TERRADILLOS (1997), *Derecho penal del trabajo*. 2ª ed. Trotta, Madrid.

Daniel BARTOMEUS PLANA (1998), "El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo", en Rojo Torrecilla (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, Bosch, Barcelona.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Siniestralidad laboral: análisis de la respuesta jurisdiccional. Estudio del Consejo General del Poder Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2007.

Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ (2003), "Sujetos responsables de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito laboral y en el ámbito penal. En especial la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales (1)", en *Actualidad Penal*, núm. 12-1, pp. 333-356.

Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER (2006), "Del riesgo al resultado. Homicidio y lesiones imprudentes en la construcción", en Pozuelo Pérez (ed.): *Derecho penal de la construcción*. Comares, Granada, pp. 501-546.

Federico DURÁN LÓPEZ /Fernando G. BENAVIDES (2004), *Informe de salud laboral. Los riesgos laborales y su prevención. España 2004*. Atelier, Barcelona.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2008), *Memoria Elevada al Gobierno de S.M. Presentada al inicio del*

año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Volumen I. Ministerio de Justicia, Madrid.

Percy GARCÍA CAVERO (1999), *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. J. M. Bosch, Barcelona.

Ana Isabel GARCÍA SALAS (1996), "Los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores en la Ley Orgánica 10/995, de 23 de noviembre, del Código Penal: algunas notas", *Relaciones Laborales*, núm. 2, pp. 238-250.

Juan Carlos HORTAL IBARRA (2005), *Protección penal de la seguridad en el trabajo*. Atelier, Barcelona.

- (2008), "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 Política Criminal*, núm. 96, pp. 73-99.

Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ (1994), *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Civitas, Madrid

- (1998), "Delitos contra los derechos de los trabajadores", en BAJO FERNÁNDEZ (dir.): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Volumen II. Ramón Areces, Madrid 1998, pp. 627-649.

- (2005), "La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas", en Carbonell Mateu/Del Rosal Blasco/Morillas Cueva/Orts Berenguer/Quintanar Díez (ed.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp. 565-591.

Brian LEITER (2007), *Naturalizing Jurisprudence*. Oxford University Press. Oxford, EEUU.

María MARTÍN LORENZO/Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (2006), "Delitos contra la seguridad de los trabajadores en el ámbito de la construcción", en POZUELO PÉREZ (ed.), *Derecho penal de la construcción*. Comares, Granada, pp. 319-499.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2005), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, pp. 687-725.

Lourdes MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE (2004), "Obligaciones de seguridad y salud y negociación colectiva", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 53, pp. 121-147.

Fernando NAVARRO CARDOSO/José LOSADA QUINTÁS (2001), "La autoría en los delitos contra la seguridad y la higiene en el trabajo", en *Actualidad Penal*, n° 40, pp. 965-991.

Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (2004), "Análisis económico del derecho y política criminal", en Melendo Pardos (ed.): *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época. núm. extraordinario 2, pp. 31-73.

Esteban PÉREZ ALONSO/José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (2002), "Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales", en Díez Ripollés *et al* (ed.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, pp. 1.511-1.529.

Roscoe POUND (1910), "Law in Books and Law in Action", *American Law Review*, núm. 44, pp. 12-36.

Ramon RAGUÉS I VALLÈS (2007), *La ignorancia deliberada en Derecho penal*. Atelier, Barcelona.

J. R. SERRANO-PIEDecasas (2002), "La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo", *Revista Penal* (10), pp. 94-111.

Juan M^a TERRADILLOS BASOCO (2002), *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*. Tirant lo blanch, Valencia.

Carolina VILLACAMPA ESTIARTE (2008), "Comentario al art. 318 CP", en QUINTERO OLIVARES (dtor.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 7ª ed., Aranzadi, Cizur (Navarra), pp. 1107-1110.