

La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo

Criminal responsibility on health and safety at work

JUAN GIL PLANA*

1. INTRODUCCIÓN

La protección de la vida y salud de los trabajadores se hace desde la óptica preventiva, se trata de evitar que se generen riesgos, no de repararlos. Sin embargo, la realidad evidencia que los riesgos se actualizan y producen daños que afectan a los trabajadores debido a varios factores, como por ejemplo, la existencia de riesgos en determinadas actividades que no se pueden eliminar, o el intento de ahorro de costes por parte de las empresas mediante el incumplimiento de las normas preventivas.

Cuando el riesgo se actualiza, el ordenamiento debe poder responder a la demanda de los afectados de cara a su reparación o resarcimiento. En materia de seguridad y salud se contempla todo un sistema de mecanismos que permiten exigir la responsabilidad por los daños causados, que se caracteriza por la confluencia de varias posibilidades que se ofrecen a los afectados. Debe advertirse que estos mecanismos de exigencia de responsabilidad que actúan *ex post* a la actualización del riesgo, también llevan implícita una vocación preventiva, en la medida en que los obligados a

cumplir la normativa de seguridad y salud en el trabajo son conocedores de que se desplegará sobre ellos todo un elenco de instrumentos encaminados a depurar sus responsabilidades ante los daños causados; convirtiéndose en instrumentos desincentivadores de conductas infractoras.

Uno de esos mecanismos de depuración y exigencia de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo se encuentra establecido en el ordenamiento penal, al que hace referencia la propia LPRL cuando, al hablar en el artículo 42 de la responsabilidad administrativa, menciona expresamente que el incumplimiento de la normativa preventiva puede generar una responsabilidad de naturaleza penal.

La responsabilidad penal responde al principio de intervención mínima y de prioridad aplicativa en relación a la responsabilidad administrativa. Aunque la confrontación de ambos principios parece exponernos a una contradicción, una correcta exposición del principio de intervención mínima debe desterrar la idea de quedar circunscrito a su aplicación, no pudiendo identificarse con el postulado de que debe aplicarse como último remedio ante la existencia de otros mecanismos de responsabilidad; centrándose, en consecuencia, en la órbita de la configuración de los tipos penales,

* Doctor en Derecho. Profesor Contratado Doctor (Acreditado a Profesor Titular) Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense Madrid.

suponiendo dicho principio que la actuación del legislador penal debe desarrollarse sobre las conductas más graves, sujetándose la acción legislativa a una mínima intervención, pero no la de los órganos judiciales. Debe recordarse aquí el posicionamiento de nuestro Tribunal Supremo cuando nos recuerda que «reducir la intervención del derecho penal, como última ‘ratio’, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal»¹.

Esta concepción del principio de intervención mínima encaja con la preferencia de la responsabilidad penal sobre la administrativa cuando se establece que si las infracciones puedan subsumirse en algún tipo penal se dará traslado a los órganos de la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal y se suspenderá el procedimiento administrativo hasta que no haya resolución judicial o el Ministerio Fiscal comunique que no es procedente continuar con el procedimiento (art. 3.2 TRLISOS).

La posible responsabilidad penal asociada a la infracción de normas de seguridad y salud laboral se ha venido articulando a través de los delitos genéricos de homicidio y lesiones y del delito especial de omisión de medidas de seguridad e higiene. No obstante, hay una tercera vía de imputación penal a través de determinados delitos de riesgos catastróficos.

2. DELITO CONTRA LA SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

Dentro del Título XV del Libro II, dedicado a los delitos contra los derechos de los traba-

jadores, los artículos 316 y 317 del Código Penal (en adelante CP) tipifican como conducta punible, mediando dolo o imprudencia, la de quien con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando obligados legalmente a ello, no facilita 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.

2.1. Bien jurídico protegido

Una primera cuestión interesante que debe abordarse en relación a este delito se centra en determinar el bien jurídico protegido en los artículos 316 y 317 del CP. No estamos ante una mera disquisición dogmática sino que su averiguación tiene una importante trascendencia práctica, en cuestiones como los efectos del consentimiento del trabajador en la apreciación del ilícito penal.

En cuanto a la concreción material del bien jurídico que resulta protegido es importante destacar que en la doctrina se alzan varias posibles opciones interpretativas. De un lado, se ha afirmado que el bien que se trata de proteger es la seguridad e higiene en el trabajo², partiendo de concebir ésta como «la ausencia de riesgo para la vida y la salud del trabajador dimanantes de las condiciones materiales de prestación del trabajo»³, de suerte que para esta opción interpretativa el tipo penal contenido en el artículo 316 CP no viene a exigir al empresario que controle su actividad para que no se produzca ninguna lesión a la vida o integridad de los trabajadores sino que vigile el cumplimiento de las medidas de seguridad que conlleven la facilitación de medios preventivos⁴. Se considera que las referencias

² ARROYO ZAPATERO, L. (1981): pp. 115-116; MORILLAS CUEVA, L. (2005): p. 27; ORTUBAY FUENTES, M. (2000): p. 207; BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 238.; HORTAL IBARRA, J.C. (2005b): p. 56-57.

³ ARROYO ZAPATERO, L. (1981): p. 115-116.

⁴ En este sentido, ESCAJEADO SAN EPIFANIO (2000): p. 838.

¹ Por todas, SSTS (Sala Penal) de 19 y 30 de enero de 2002 (RJ 2002, 1315 y 3065).

contenidas en dicho precepto penal a la vida y salud de los trabajadores sólo tiene una funcionalidad instrumental en tanto que aquéllas están destinadas a establecer el perfil y el grado de intensidad requerida en la conducta que se enjuicia para que el bien jurídico resulte protegido desde la óptica penal, permitiendo su diferenciación con la protección otorgada desde la esfera administrativa⁵.

Otra opción interpretativa identifica el bien jurídico protegido no en la seguridad sino en la vida y salud de los trabajadores. Se afirma que la conducta que se tipifica es la creación de un peligro en la vida o salud de los trabajadores debido a la lesión de una situación instrumental que se identifica con la omisión de medidas de seguridad, de suerte que la omisión de éstas redundaría en las condiciones de seguridad, resultando punible solo cuando de forma objetiva resulta afectada la vida y la salud de los trabajadores, descartándose el tipo penal si la omisión de medidas de seguridad no genera un peligro para éstas, lo que viene a revelar que el bien jurídico protegido no es la seguridad en el trabajo sino la vida y salud de los trabajadores⁶.

Una tercera opción interpretativa es la que apunta a la presencia de un bien jurídico doble en el artículo 316 CP, afirmándose que se protege penalmente la vida y salud de los trabajadores y sus derechos, entre los que se encontraría el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, afirmándose que el primero constituiría un bien mediato y el segundo un bien inmediato a proteger⁷.

Aunque algún pronunciamiento judicial ha venido a expresar que la «protección penal, diseñada en los artículos 316 y 317 del CP se extiende a la vida y salud de la totalidad de los trabajadores que desempeñan su actividad en un marco estructural y prestacional gene-

rador de riesgos específicos para estos bienes jurídicos»⁸, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene sosteniendo, en sentido contrario, que «se trata de un tipo penal de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo»⁹.

No obstante, desde una lectura no formalista de los artículos 316 y 317 CP, parece evidente que la seguridad en el trabajo no es el bien jurídico protegido por cuanto la afectación a la misma, mediante la omisión de normas de prevención, por sí solo no convierte en punible penalmente una conducta, siendo necesario que se acredite la puesta en peligro de la vida y salud de los trabajadores, de suerte que, siendo necesaria la generación de un peligro, parece evidente que el bien jurídico que se protege es la vida y salud. No parece que pueda acogerse, tampoco, la interpretación de la existencia de un doble bien jurídico a proteger, porque en el tipo delictivo, tal y como está configurado, la seguridad en el trabajo no es determinante por sí sola, adquiriendo relevancia penal cuando se refiere a la vida y la salud de los trabajadores que es puesta en peligro¹⁰.

Una segunda cuestión problemática que se suscita en torno al bien jurídico la encontramos en la determinación de su dimensión individual o colectiva. La duda que se suscita es si en los artículos 316 y 317 CP se está protegiendo la vida y salud de los trabajadores individualmente o en su condición de colectivo. Aunque se ha sostenido que la protección penal alcanza a la dimensión individual, al trabajador individualmente considerado, al afirmarse que se está «ante bienes de carácter personal en los que la persona

⁵ MORILLAS CUEVA (2005): pp. 27; ORTUBAY FUENTES, M. (2000): p. 207.

⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 49; RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 74-76.

⁷ BARBANCHO TÓVILLAS, F, RIVAS VALLEJO, P. y PURCALLA BONILLA, M.A. (1999): p. 27.

⁸ SAP Guipúzcoa (Sec. 1ª) de 3 de junio de 2005 (JUR 2005, 209722).

⁹ STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826). En términos similares, STS (Sala Penal) de 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 7920).

¹⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 49.

es a la vez titular del bien jurídico y objeto material del delito»¹¹, el posicionamiento mayoritario, incluso por quien sostiene que el bien protegido es la seguridad en el trabajo¹², aboga por entender que lo realmente protegido son los trabajadores como colectivo¹³, en línea con lo postulado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando afirma que «el tipo penal que se comenta está incluido en el Título XV ‘De los Delitos contra los derechos de los Trabajadores’, [...] que supone el reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal, como sujeto de derechos»¹⁴.

Además, como ha advertido acertadamente la doctrina¹⁵, la configuración individual de los bienes jurídicos, vida y salud, en los artículos 316 y 317 CP presenta objeciones insalvables. En primer lugar, si se afirmase la dimensión individual de estos bienes jurídicos habría una superposición en la protección de los mismos con la tipificación del homicidio y las lesiones, no existiendo entonces razones de política penal para justificar dicha duplicidad. En segundo lugar, se daría la paradoja que la sanción penal prevista para los delitos contra la seguridad de los trabajadores sería mayor que la prevista para algunos supuestos de delitos de lesiones; castigándose con mayor pena la puesta en peligro que la consumación del mismo. Y en tercer lugar, el consentimiento del sujeto pasivo si se estuviera ante la protección de la vida y salud individualmente considerada tendría relevancia a la hora de apreciar la existencia o no de responsabilidad penal, y, sin embargo, carece de ella por cuanto las normas en materia de seguridad y salud se configuran como normas de derecho necesario mínimo indisponible (art. 2.2 LPRL), de

suerte que en ningún caso el consentimiento del trabajador para no cumplir la normativa de prevención podrá exonerar al empresario de su responsabilidad.

2.2. Conducta tipificada

El delito contra la seguridad en el trabajo de los artículos 316 y 317 CP presenta una estructura compleja en la que confluyen tres parámetros o elementos. En primer lugar, un parámetro normativo al requerirse una «infracción de las normas de prevención de riesgos laborales». En segundo lugar, un elemento descriptivo al exigirse que «no [se] faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas», y, finalmente, un elemento valorativo por cuanto debe ponerse «en peligro grave su vida, salud o integridad física».

Estamos, por tanto, en presencia de un delito cuya estructura conduce a calificarlo como delito de riesgo, a diferencia de lo que acontece con el homicidio o las lesiones, caracterizados como delitos de resultado. Esta estructura compleja y su configuración como delito de peligro pueden explicar el hecho constatado de la escasa aplicabilidad del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores frente al delito de homicidio o lesiones a la hora de depurar responsabilidades por incumplimientos de la normativa de prevención de riesgos laborales. Es evidente, por un lado, que resulta más fácil acreditar la existencia de un homicidio o una lesión que la existencia de un peligro, que además, debe ser grave; por otro lado, el delito contra la seguridad en el trabajo se puede apreciar por la omisión, no de cualquier norma preventiva, sino sólo por aquellas que establecen medios para prevenir los riesgos laborales, mientras que en el delito de homicidio o lesiones cualquier inobservancia de la normativa preventiva que diera lugar a la muerte o lesión de un trabajador podría encajar en el tipo delictivo.

¹¹ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 82.

¹² BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 238.

¹³ Por todos, GALLARDO GARCÍA, R.M.^a. (2016): pp. 108 y 115; MORILLAS CUEVA, L. (2005): pp. 26; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 50.

¹⁴ STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826).

¹⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 49-50.

2.2.1. *Infracciones de las normas de prevención de riesgos laborales*

La configuración del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores no se agota en los artículos 316 y 317 CP, por cuanto estos constituyen lo que se conoce como normas penales en blanco¹⁶, al remitirse a normas extra penales para completar el tipo punible. En este caso, la remisión se realiza a «las normas de prevención de riesgos laborales»; planteándose la necesidad de aclarar qué normas pueden ser calificadas como tales, lo que nos obliga a acudir a la normativa laboral, concretamente al artículo 1 de la LPRL que acota el conjunto de normas que integran el marco regulador de la prevención de riesgos laborales mediante un criterio finalista, descartando una concreción meramente formal¹⁷. En efecto, el marco jurídico preventivo viene conformado por la LPRL, sus disposiciones de desarrollo o complementarias, así como por cualquier otra norma, legal o convencional, que contenga prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito.

La referencia concreta a la normas de prevención de riesgos laborales contenida en el artículo 316 CP, debe conducirnos a afirmar, en coherencia, que si el riesgo grave es producido por la omisión de una medida de seguridad que no está prevista en dicha normativa, tal y como la hemos configurado, entonces sólo puede ser calificado como atípico a efecto de su posible punibilidad¹⁸.

Si desde el plano estrictamente laboral, la delimitación del marco jurídico preventivo puede plantear dudas por su parquedad y

vaguedad¹⁹ y por sus olvidos²⁰, su utilización como elemento configurador del delito contra la seguridad de los trabajadores hace aflorar algunas objeciones a la forma en que el legislador penal ha procedido a efectuar la remisión.

En primer lugar, se ha criticado que la remisión incluya a las normas reglamentarias de desarrollo de la legislación en materia de prevención, por cuanto puede suponer una afectación del principio de legalidad exigido en la tipificación de los ilícitos penales, al tiempo que puede suponer dejar en manos de la Administración la configuración de la conducta penal, pudiendo dar lugar a una configuración expansiva del tipo punible poco acorde con el principio de intervención mínima que preside el ordenamiento penal. No obstante, si partimos de la circunstancia de que el desarrollo reglamentario no puede sino concretar las previsiones legales, de suerte que están prohibidos tanto los reglamentos *contra legem* como los reglamentos *extra legem*, puede afirmarse que es imposible que el principio de legalidad se vea afectado. Es más, el artículo 1 de la LPRL hace referencia expresa a los reglamentos de «desarrollo o complementarios» de la norma legal, de suerte que la propia delimitación del marco preventivo está indicando que la norma reglamentaria debe tener como base lo establecido en la norma legal a la que desarrollará o complementará, nunca regulará *ex novo* o contra la disposición legal.

Mayor objeción plantea la habilitación a la autonomía colectiva para configurar el tipo penal del artículo 316 CP. Se ha afirmado que la referencia al convenio colectivo puede suponer no sólo una quiebra del principio de legalidad y del principio de intervención mínima, sino que puede entrañar reconocer a poderes privados la configuración de una potestad eminentemente pública, como es el *ius puniendi*

¹⁶ Configuración avalada por el Tribunal Constitucional, por todas, SSTC 3/1988, de 21 de enero (RTC 1998, 3), 127/1990, de 5 de julio (RTC 1990, 127), 24/1996, de 13 de febrero (RTC 1996, 24).

¹⁷ THIBAUT ARANDA, J. (2008): p.50.

¹⁸ GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): p. 251.

¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2004): pp. 21-23.

²⁰ THIBAUT ARANDA, J. (2008): pp.50-55.

penal; remarcando, incluso, que la pretendida ventaja que ofrece el convenio como instrumento de consenso puede no ser tan evidente ante la desigual posición de una de las partes. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la autonomía colectiva, en aplicación del principio de jerarquía previsto en el artículo 3.3 del ET, debe respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, y configurándose la LPRL como norma de derecho necesario indisponible, es claro que ésta última actúa como límite de la actuación de la autonomía colectiva²¹, siendo imposible que se pueda apreciar una deslegalización en la tipificación penal derivada de la remisión de la norma penal al convenio colectivo²²; descartándose por la misma razón que se otorgue el *ius puniendi* a poderes privados, puesto que los negociadores se encontrarán sometidos a lo dispuesto en las normas legales en materia preventiva.

Reconocido por la doctrina²³ el papel de la autonomía colectiva en la posible configuración del tipo penal del artículo 316 CP, se plantea el interrogante de si cualquier manifestación de la misma es admisible o, por el contrario, sólo alguna de ellas. Estamos ante una cuestión de no fácil discernimiento como lo demuestra las distintas opciones interpretativas que van desde la admisión únicamente de los convenios de eficacia general y ámbito estatal²⁴, hasta la admisión incluso de los convenios extraestatutarios²⁵, pasando por la admisión de los convenios de eficacia general cualquiera que sea su ámbito territorial²⁶.

Partiendo de la premisa de no ser entendible un tratamiento penal diferenciado, sólo

debería admitirse los convenios de eficacia general y de ámbito estatal, para garantizar que todo el conjunto de trabajadores va a ver protegida penalmente su vida y salud frente a riesgos laborales ante una eventual omisión de una medida establecida convencionalmente. Más discutible es admitir los convenios de eficacia general y ámbito inferior al estatal porque supondría admitir que, por ejemplo, un convenio provincial estableciese una concreta obligación de facilitar una medida preventiva, resultando que los trabajadores adscritos a dicho convenio gozasen de una protección penal de la que carecerían otros trabajadores adscritos a otro convenio provincial que no la contempla. Efecto que es menos justificable si admitimos el convenio extraestatutario que supondría, por ejemplo, que dentro de una misma empresa sólo los trabajadores afiliados a los sindicatos firmantes quedarían protegidos penalmente por la omisión de la medida preventiva establecida en el convenio, quedando fuera de dicha protección penal el resto de trabajadores que, sin embargo, también pueden estar expuestos al mismo riesgo que dicha obligación convencional quiere evitar.

No obstante lo anterior, debe de advertirse que, a pesar de haberse destacado que la autonomía colectiva es un instrumento adecuado e idóneo para adaptar las previsiones legales en materia de prevención a las singularidades que presentan las empresas y los sectores de actividad²⁷, la realidad que nos ha ofrecido y ofrece la negociación colectiva se caracteriza por acoger referencias mínimas en materia de seguridad y salud en el trabajo o por la total ausencia de ellas²⁸, lo que es debido, en parte, al limitado espacio que la autonomía colectiva tiene en esta materia, concretado en una función de complementar, mejorando y desarrollando, la normativa legal²⁹, y, en parte, «más

²¹ Sobre el límite que supone el principio de jerarquía véase MELÉNDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L. (2004): p. 29.

²² GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): pp. 132-133.

²³ GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 119; PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 12; BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 252; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 83-84, LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 364.

²⁴ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 441

²⁵ GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 119; BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 255.

²⁶ PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 12.

²⁷ MELÉNDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L. (2004): p. 23; HORTAL IBARRA (2005b): p. 117.

²⁸ MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I. (2009): p. 75.

²⁹ HORTAL IBARRA (2005b): pp. 118-119; MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I. (2009): p. 74.

allá de la pura inercia de los negociadores [... por] el volumen, el tecnicismo y la concreción de las normas estatales»³⁰. No es frecuente, más bien todo lo contrario, encontrar cláusulas en los convenios que establezcan obligaciones de facilitar medidas preventivas que no estén ya previstas en la normativa legal o reglamentaria.

Menor dificultad encontramos en la admisión de normas no específicamente laborales como marco de referencia para la configuración del tipo penal. La cuestión es si normas en materia, por ejemplo, de industria, medio ambiente o salud pública, en tanto que contienen previsiones relativas a la seguridad y salud de los trabajadores, pueden utilizarse para la concreción del ilícito contenido en el artículo 316 CP. Partiendo de la configuración funcional, no formal, que del ordenamiento jurídico preventivo se efectúa en el artículo 1 de la LPRL, al integrarse en éste cualquier norma «que contenga prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral», debe admitirse tal posibilidad³¹, ahora bien, debe acogerse una interpretación estricta de lo que se ha de entender por efectos producidos con motivo u ocasión del trabajo para evitar aplicaciones extensivas del tipo penal³².

En la concreción de este elemento del tipo penal descrito en el artículo 316 CP cabe preguntarse si cualquier incumplimiento de la normativa de prevención que establezca una obligación encajaría en él o por el contrario se circunscribe a determinadas obligaciones. Teniendo en cuenta que en la configuración de este delito se insertan un elemento descriptivo, basado en la «no facilitación de los medios necesarios y adecuados», y un elemento valorativo, la generación de un peligro grave,

debe afirmarse que no toda previsión legal o convencional que establezca una obligación será apta para ser subsumida en el tipo penal.

Un sector doctrinal ha sostenido, sin embargo, que la expresión «medios necesarios», identificada con su antecedente «no procurar las condiciones», debe entenderse referida a cualquier obligación de seguridad e higiene³³. Interpretación extensiva que no me parece admisible, por un lado, porque del tenor literal del precepto se desprende que sólo el incumplimiento de aquellas normas que establezcan medidas cuya finalidad directa sea evitar la generación de un riesgo estaría sujeto a responsabilidad penal³⁴. Como acertadamente se ha señalado, no es suficiente que se establezca una obligación en materia preventiva sino que es necesario que se trate de una «obligación de proporcionar a los trabajadores los medios de protección adecuados»³⁵. De otro lado, parece evidente que no toda medida preventiva, incluida dentro del deber de protección, tendría capacidad para crear un peligro grave para la seguridad y salud de los trabajadores, como sería el caso de los reconocimientos médicos³⁶.

³³ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 197.

³⁴ Siguiendo esta lógica para PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 13-20, estarían incluidas las normas relativas a evaluación inicial y sucesiva de los riesgos laborales así como su planificación, acondicionamiento de los lugares de trabajo, el control de la seguridad de los equipos de trabajo y establecimiento de medidas de protección colectivas e individuales, establecimiento de medidas de emergencia y medidas dirigidas a evitar daños en caso de riesgo grave e inminente, control periódico de la salud de los trabajadores, información y formación en torno a los riesgos inherentes a la actividad desempeñada, los lugares y los puestos de trabajo, las relativas al control y seguimiento de la seguridad y salud de trabajadores expuestos a riesgos específicos, como los agentes biológicos, cancerígenos o químicos, las relativas a la comprobación de la peligrosidad o el buen estado de los artefactos, máquinas, utensilios, sustancias o agentes utilizados en el trabajo o las relativas a la coordinación de actividades. Por el contrario, estarían excluidas las obligaciones meramente documentales y las de información a la Administración.

³⁵ GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 116. En idéntico sentido, TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 86.

³⁶ GALLARDO GARCÍA, R.M.^a. (2016): p. 142.

³⁰ MONTROYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I. (2009): p. 75.

³¹ En este sentido, GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 119; PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 12 de versión online; HORTAL IBARRA (2005b): pp. 120.

³² TERRADILLOS BASOCO, J.M. y BOZA MARTÍNEZ, D. (2017): p. 129.

En relación al elemento valorativo, como expondré más adelante, se establece la necesidad de que la omisión de la norma preventiva genere un peligro grave. La gravedad, por tanto, no se refiere a la infracción de la norma sino al peligro. Se plantea así la duda de si una infracción leve de la normativa preventiva puede subsumirse en el tipo penal del artículo 316 CP o si éste solo es operativo ante infracciones graves. La actual redacción del precepto penal, a diferencia de su antecedente que refería erróneamente la gravedad a la infracción, puede avalar la aplicación del mismo ante una infracción leve que genera un peligro grave para la seguridad y salud³⁷; no obstante, dicha opción interpretativa debe descartarse por tres razones. La primera, parece poco ajustado a la realidad pensar que la infracción leve de las normas de prevención puedan dar lugar a un riesgo grave para la vida o salud de los trabajadores³⁸. La segunda, no debe olvidarse que la configuración de los delitos penales responde al principio de intervención mínima, reservándose la potestad penal para sancionar las conductas más graves, dejando la sanción de las menos graves a la potestad sancionadora administrativa; no siendo muy coherente, por tanto, admitir la aplicación de la potestad penal para sancionar infracciones leves³⁹.

³⁷ En este sentido AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 214.

³⁸ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1997): p. 121.

³⁹ En este sentido la STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826) afirma que «no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque esta exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en 'peligro grave su vida, salud o integridad física' la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo»; y recalca que «otra concepción en la línea de bastar para la integración del tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica», para concluir que «la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro. Se está en consecuencia ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor

2.2.2. *No facilitar los medios necesarios y adecuados*

Al requerir el delito contra la seguridad de los trabajadores del artículo 316 CP la «no facilitación de los medios necesarios y adecuados» se está configurando un delito de omisión que suscita varios interrogantes. En primer lugar, cabe preguntarse, si una conducta activa podría dar lugar a la aplicación de este tipo delictivo, a primera vista, la respuesta debería ser negativa, lo que se tipifica es la omisión de la norma preventiva. Ahora bien, un sector de la doctrina ha admitido, pese a la configuración omisiva del tipo delictivo, que puedan encajar en él conductas activas⁴⁰, lo que es perfectamente admisible si tenemos en cuenta que lo que el tipo penal exige es la omisión de una norma preventiva, luego puede suceder que dicha norma consista en un hacer o un no hacer; de suerte que la configuración del tipo delictivo se basa en la omisión de la norma y no de la conducta en sí misma considerada⁴¹, siendo determinante la omisión de la acción esperada⁴², sea positiva o negativa.

Una segunda cuestión que se plantea es si la omisión de la facilitación de los medios debe ser total para que surja la responsabilidad penal o, por el contrario, basta una omisión parcial para incurrir en ella. Partiendo de la propia dicción del artículo 316 CP que exige que las medidas sean las «necesarias y adecuadas» para evitar la generación de un peligro grave, la facilitación parcial –bien porque se adoptan algunas medidas, pero no todas las debidas, bien porque no se suministra formación e información sobre las mismas o bien porque no se vigila su puesta en práctica o su uso– no cumple con los parámetros de suficiencia y adecuación previstos en el artículo

lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores.

⁴⁰ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 312, BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 237.

⁴¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): p. 90.

⁴² TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 86.

316 CP para no apreciar responsabilidad penal; de manera que la omisión parcial de medidas debe equipararse a la omisión total a efectos de su punibilidad⁴³.

La actual redacción de la conducta omisiva abre también el debate, por un lado, relativo a qué debe entenderse por «facilitar» medidas; y, por otro lado, qué debe entenderse por medidas «necesarias y adecuadas».

En lo atinente a la «facilitación» de las medidas, se plantea si la simple entrega de medios o la puesta en práctica de la medida permiten sostener la exoneración de responsabilidad penal o, por el contrario, se exige algo más para que opere ésta. Un sector doctrinal ha entendido, al comparar la redacción actual con la precedente —que utilizaba las expresiones «no exigir» y «no procurar las condiciones de seguridad»—, que sería suficiente la sola facilitación de las medidas «sin que sea exigible penalmente al menos, una activa actuación tendente a garantizar su utilización»⁴⁴. Interpretación descartada por otro sector doctrinal que entiende que la redacción actual no implica diferencias en la tipificación de la conducta⁴⁵. Lo cierto es que la expresión «facilitar» no sólo implica la puesta a disposición de los medios preventivos o la puesta en práctica de las medidas sino que también exige una conducta de vigilancia, por un lado, respecto al uso de los medios y su correcto funcionamiento y, por otro lado, en relación a la eficacia de la puesta en práctica de la medida. En efecto, no cabe otra conclusión a la vista, por un lado, de que el artículo 14.2 LPRL concibe el cumplimiento del deber de protección desde una perspectiva dinámica, como una actuación que no se agota en un solo acto⁴⁶; y, por otro lado, de la con-

figuración del contenido de la acción preventiva prevista en el artículo 15 LPRL⁴⁷, en la que debe integrarse, incluso, las distracciones o imprudencias no temerarias del trabajador para que las medidas puedan ser calificadas de efectivas⁴⁸.

Está es, por otra parte, la interpretación acogida por la jurisprudencia al afirmar que la facilitación de los medios exige no solo poner a disposición los medios o la puesta en práctica de las medidas sino además «hacer cumplir las normas de seguridad e instruir a los trabajadores de los riesgos inherentes a cada tarea»⁴⁹. En definitiva, la expresión «facilitar» debe entenderse como una actuación en virtud de la cual no solo se ponen a disposición los medios, sino que, además, se vigila su utilización, evitando poner obstáculos que limiten su uso o promover incentivos que lo desincentiven; descartándose que deba exigirse el seguimiento detallado de la utilización de los medios⁵⁰.

La determinación de lo que ha de entenderse por medidas «necesarias y adecuadas», o lo que es lo mismo, a qué medios se está refiriendo el artículo 316 CP, se enfrenta a varias posibles opciones e interpretaciones. Un sector de la doctrina, en una visión formalista y descartada por la jurisprudencia⁵¹, entien-

gos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes, disponiendo lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención a las modificaciones que puedan experimentarse en el desarrollo del trabajo.

⁴⁷ Dentro de la acción preventiva se integra: evitar los riesgos, evaluar los que no se puedan evitar, combatir los riesgos en origen, adaptar el trabajo a las personas, tener en cuenta la evolución de la técnica, sustituir lo peligroso, planificar la prevención, adopción de medidas que antepongan la protección colectiva a la individual, dar las debidas instrucciones al trabajador.

⁴⁸ En este sentido, GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): p. 119.

⁴⁹ STS (Sala Penal) de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 7764).

⁵⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M. y BOZA MARTÍNEZ, D. (2017): p. 128.

⁵¹ La STS (Sala Penal) de 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 7764) afirma de forma clara que además «cumplir las obligaciones establecidas en las normas de prevención de riesgos», se han «de dar las debidas instrucciones a los trabaja-

⁴³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): p. 89.

⁴⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 595

⁴⁵ RIVERO LAMAS, J. (1996): p. 708; AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 197.

⁴⁶ El citado precepto establece que el deber de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo implica desarrollar una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los ries-

de que dicha expresión debe vincularse a los medios materiales por entender que la información, vigilancia y formación no se pueden considerar como medios sino como instrumentos para lograr un uso correcto de aquellos⁵². Otro sector de la doctrina, en una interpretación material, considera que la expresión medidas «necesarias y adecuadas», abarca tanto a las de carácter material como a todas las que conforman e integran el deber genérico de prevención⁵³.

Es evidente que la admisibilidad únicamente de los medios materiales supone una limitación en la configuración del ilícito penal que resulta inadmisibles por cuanto supone una minoración de la capacidad de prevención y protección de la seguridad y salud de los trabajadores⁵⁴, al tiempo que es difícilmente compatible con la configuración del contenido del deber de prevención prevista en el artículo 14.2 LPRL, que abarca no solo la adopción de medidas materiales sino otro tipo de obligaciones, como son las de información y formación a los trabajadores. Como también es evidente que no todas las obligaciones incluidas en el deber genérico de prevención pueden ser reputadas como medios tendentes a evitar la generación de un peligro para la seguridad y salud de los trabajadores, ya que, ni siquiera, como se ha evidenciado, toda obligación de información puede ser calificada como medio⁵⁵. En consecuencia, desde una perspectiva funcional-finalista, debe entenderse por «medida» necesaria y adecuada todo medio, material o de otra índole, que permita evitar la producción de un peligro grave para la seguridad y salud del trabajador, lo que permite incluir dentro de dicho término no toda obligación

integrada en el deber genérico de prevención sino solo aquellas que están destinadas a evitar dicho peligro⁵⁶.

2.2.3. *Generación de un peligro grave para la vida o la salud*

La configuración del tipo penal contenido en el artículo 316 CP se cierra con la exigencia de que a consecuencia de la omisión de las medidas, que suponen una infracción de la normativa preventiva, surja un peligro grave para la vida o la salud de los trabajadores, de suerte que la concreción del peligro forma parte del ilícito penal. El delito contra la seguridad y salud de los trabajadores trata de establecer la responsabilidad penal en un momento anterior a la realización de un daño, cuando se origina la probabilidad e idoneidad de que éste se pueda producir.

La configuración del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores como un delito de peligro conlleva, por un lado, que no es necesario para su apreciación que se haya producido un daño en la vida o en la salud de los trabajadores, y, por otro lado, que no cabe apreciarlo cuando acreditada una omisión de medidas no se verifica un riesgo o peligro. Como tampoco se estaría en el tipo penal descrito por el artículo 316 CP cuando el peligro generado no trae su causa de la omisión de las medidas preventivas, dado que la apreciación de este delito exige la verificación de una relación de causalidad entre la omisión y el peligro creado, de suerte que este último sea consecuencia de la primera.

Debe advertirse, no obstante, que no cualquier peligro resulta válido para desencadenar la aplicación del delito tipificado en el artículo 316 CP, puesto que se ha configurado como un peligro concreto y un peligro que ha de ser grave.

dores», así como establecer «las medidas adecuadas 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 o función».

⁵² NAVARRO CARDOSO, F. y LOSADA QUINTAS, J. (2001) p. 86.

⁵³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): p. 89.

⁵⁴ GALLARDO GARCÍA, R.M^a. (2016): p. 150.

⁵⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 87.

⁵⁶ BARTOMEUS PLANA, D. (1998): p. 255; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 88.

Dentro de las múltiples clasificaciones que desde el derecho penal se hace del peligro, encontramos la que distingue entre peligro concreto y peligro abstracto, cuyo parámetro diferenciador radica en el hecho de si el peligro se refiere, respectivamente, a objetos o bienes concretos referenciados en el tipo penal o se refiere a objetos o bienes indeterminados que no aparecen recogidos en la norma, de suerte que la conducta descrita como peligrosa es la que se configura como delito. Es claro que estamos ante un delito de peligro concreto por cuanto el artículo 316 CP refiere el peligro respecto a dos bienes determinados como son la vida y la salud de los trabajadores. Será, por tanto, necesario que el peligro afecte a los bienes, vida y salud; de manera que si se genera un peligro por la omisión de medidas preventivas pero dicho peligro no afecta a la vida y salud de los trabajadores estaríamos ante una situación carente de imputabilidad.

Además, no cualquier peligro contra la vida o salud de los trabajadores es subsumible en el tipo penal puesto que la norma exige que sea un peligro «grave». De forma clara la jurisprudencia ha sostenido que uno de los elementos configuradores «del delito del art. 316 CP, es que el peligro concreto que se crea por el comportamiento del sujeto sea grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores»⁵⁷. En consecuencia, debe efectuarse una operación valorativa encaminada a establecer la gravedad del peligro originado, de modo que si ésta no existe o no se puede acreditar, la omisión de medidas preventivas, aun generando un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, no podría subsumirse en el tipo penal.

En ningún caso debe identificarse la gravedad exigida en el tipo penal con la gravedad de las infracciones administrativas laborales, de suerte que pudiera sostenerse que la comisión de una falta administrativa tipificada como grave o muy grave permitiera, mediante una traslación automática, apreciar la gravedad

del peligro exigido en el tipo penal. En primer lugar, la actual configuración del ilícito penal, a diferencia de su antecedente que refería la gravedad a la infracción normativa, la conecta al riesgo que origina la omisión de medidas preventivas. En segundo lugar, determinadas conductas tipificadas como infracciones graves o muy graves difícilmente podrían subsumirse en el tipo penal del artículo 316 CP⁵⁸. En tercer lugar, la gravedad del ilícito penal está referida a dos bienes concretos, como son la vida y la salud de los trabajadores; conexión que no se da en la gravedad de algunas de las infracciones administrativas laborales.

Tampoco nos encontramos ante un peligro subsumible en el artículo 316 del CP cuando éste pueda ser calificado como riesgo secundario o riesgo permitido. Un riesgo secundario es aquel que se provoca indirectamente por la inicial omisión de medidas preventivas pero cuya generación no se puede imputar directamente a dicha omisión. Un riesgo permitido es aquél, que pudiendo dar lugar a un resultado lesivo, no conlleva necesariamente responsabilidad penal en relación al posible resultado que pudiera originar y ello debido a la constatación, aceptación y normalización de la evidencia de que determinadas actividades

⁵⁸ En este sentido, PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 3, afirma que no encajarían en el tipo penal, del artículo 12 del TRLISOS, los apartados 4 (registro y archivo de datos), 19 (información y documentación a los trabajadores designados para tareas de prevención o al servicio de prevención), 20 (auditoría), 21 y 22 (pues recogen obligaciones de los servicios de prevención externos), 25 (obligaciones de las entidades auditoras) y 26 (obligaciones de las entidades de formación preventiva), y del artículo 13 TRLISOS, los apartados 5 (deber de confidencialidad sobre datos médicos), 11 (servicios de prevención externos, entidades auditoras y entidades formativas que actúen sin autorización administrativa previa), 12 (incumplimiento de la incompatibilidad sobre vínculos comerciales y financieros entre servicios de prevención externos y auditorías con las empresas concertadas o auditadas), 13 (alteración y/o falseamiento de informes auditores) y 14 (pactos fraudulentos de elusión de responsabilidades). Más restrictiva se muestra GALLARDO GARCÍA, R.M^a. (2016): pp. 220-221, quien considera que las infracciones administrativamente tipificadas como graves o muy graves que suponen una tipificación de la creación de un riesgo grave serían las contenidas en los apartados 8, 9, 16 y 17 del artículo 12 TRLISOS y los apartados 4, 6 y 10 del artículo 13 de la TRLISOS.

⁵⁷ STS (Sala Penal) de 4 de junio de 2002 (RJ 2002, 6921).

humanas, como el trabajo, generan una serie de riesgos inherentes a las mismas que son socialmente aceptados. Aceptación de este tipo de riesgos, a efectos de falta de tipicidad, que viene avalada por la jurisprudencia cuando afirma claramente que «la creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea»⁵⁹. En consecuencia, en relación al tipo penal del artículo 316 CP, de forma práctica puede afirmarse que si producido un riesgo, el obligado a facilitar la medida preventiva cumple con la normativa de prevención de riesgos laborales no puede ser imputado puesto que nos encontraríamos ante un riesgo permitido.

2.2.4. *Relación de causalidad entre la omisión de medidas y el peligro generado*

Ya hemos indicado al perfilar qué tipo de peligro se configura en el artículo 316 CP que es necesario que éste sea consecuencia de la omisión de medidas preventivas; exigencia que se deriva de la simple lectura del precepto cuando establece como conducta punible la de quienes estando obligados «no faciliten los medios necesarios [...] de forma que pongan así en peligro grave [...] la vida, salud o integridad física de los trabajadores». Relación de causalidad que ha sido resaltada por la jurisprudencia al afirmarse que el tipo penal «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»⁶⁰.

Sucede que en los delitos de estructura omisiva no es posible apreciar una relación de causalidad en el sentido de que ésta siempre requiere una acción positiva de la que se

deriva una consecuencia. De ahí que se hable de causalidad hipotética entendida como la probabilidad de que el peligro se genere por la omisión de la medida preventiva por parte del sujeto obligado, de suerte que la no facilitación de las medidas preventivas debe ser idónea para producir el riesgo en la vida o salud de los trabajadores⁶¹.

Afirmada la necesidad de que se aprecie una relación de causalidad hipotética entre la omisión y el peligro producido, cabe preguntarse si la misma puede verse matizada o excluida por el consentimiento o la culpa del trabajador –sujeto pasivo–; o dicho de otra manera, si es posible que se produzca la minoración o exoneración de la responsabilidad penal del obligado a facilitar las medidas preventivas derivadas de la posible matización o eliminación de la relación de causalidad a consecuencia del consentimiento o la culpa del trabajador.

En relación al consentimiento del trabajador, debe afirmarse que en ningún supuesto podrá servir como elemento de minoración o exoneración de la responsabilidad penal ex artículo 316 CP atendiendo, por un lado, al bien jurídico protegido en este tipo penal, y, por otro lado, a la caracterización del marco jurídico preventivo. Desde la perspectiva del bien jurídico protegido, el consentimiento puede producir efectos cuando aquél tiene naturaleza individual, como sucede, por ejemplo, en el delito de lesiones, pero carece de eficacia cuando el bien jurídico protegido es de carácter colectivo, como acontece en el tipo penal del artículo 316 CP, que como ya hemos afirmado es la vida y salud de los trabajadores considerados como colectivo, de suerte que el consentimiento prestado por un trabajador que afecta a su estricta esfera individual no puede exonerar de responsabilidad respecto a un tipo penal que protege un bien jurídico del que no es el único titular dado que son los trabajadores como colectivo los titulares del mismo. Desde la configuración de la nor-

⁵⁹ STS (Sala Penal) de 19 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9263).

⁶⁰ STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826).

⁶¹ GALLARDO GARCÍA, R.M^a. (2016): pp. 176 y 180.

ma preventiva, debe recordarse que ésta, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de la LPRL, es siempre una norma de derecho necesario mínimo e indisponible, de modo que se excluye la posibilidad de que el consentimiento del trabajador pueda tener relevancia en la hipotética omisión de las medidas preventivas y, por ende, en la exoneración o matización de la relación de causalidad.

Mayor problemática plantea la admisión o rechazo de la concurrencia de culpas, también denominada autopuesta en peligro por parte del trabajador. Aunque un sector de la doctrina científica admite la posibilidad de que la responsabilidad penal del obligado a facilitar las medidas preventivas pueda ser minorada o excluida por la conducta del propio trabajador⁶², mientras que otro sector doctrinal niega tal posibilidad⁶³; no parece aceptable la admisión de la concurrencia de culpas, sin matización alguna, por cuanto supone desconocer, por un lado, que el obligado tiene la capacidad, emanada de su poder de dirección, de obligar a la observancia de las medidas preventivas y, en su caso, sancionar al trabajador conforme prescribe el artículo 29.3 de la LPRL; y de otro lado, que la acción preventiva para que sea eficaz, tal y como señala el artículo 15.4 de la LRPR, debe contemplar las distracciones o imprudencias no temerarias en las que pudiera incurrir el trabajador. Pero tampoco parece admisible una negación absoluta de la operatividad de la concurrencia de culpas puesto que la norma laboral solo limita la acción preventiva a la imprudencia no temeraria, pareciendo razonable la operatividad de la concurrencia de culpas ante una conducta dolosa o de imprudencia temeraria del trabajador, siempre que se de forma restrictiva, pues como advierte la doctrina debe limitarse a supuestos muy concretos para evitar que la protección penal de las omisiones de la normativa preventiva sea meramente simbólica⁶⁴.

Debe advertirse que nuestro Tribunal Supremo parece admitirla de forma muy limitada y restrictiva cuando nos recuerda que «la pretendida concurrencia de culpas, cuando existe, tiene su incidencia en el orden civil de la responsabilidad, pero rara vez en el orden penal, ya que cada uno de los culpables concurrentes han de ser juzgados por separado según su participación en el hecho y su nivel de responsabilidad»; al tiempo que nos ofrece una serie de parámetros que se deben tener presentes a la hora de valorar la posible concurrencias de culpas, advirtiéndonos que «no se aprecia de modo alguno [...] existencia de culpa de la víctima, ni, por consecuencia, [...] disminución de responsabilidad del acusado, ya que no se puede hacer depender, ni en todo ni en parte, su evidente falta de cuidado de la posible solicitud [de medidas] que podría haber hecho el obrero para evitar el accidente, pues el cuidado debido le venía impuesto ‘ope legis’ a él sólo por las propias normas de protección laboral», debiendo excluirse también como «argumento válido el que la víctima pudo negarse a realizar su trabajo»⁶⁵.

2.3. Sujeto activo

La concreción del sujeto o sujetos que pueden incurrir en responsabilidad penal ex artículo 316 CP presenta cierta dificultad atendiendo a dos factores, por un lado, la fórmula contenida en el precepto penal; por otro lado, por la propia configuración de las empresas.

La imputación de responsabilidad penal se dirige contra quienes «estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para los trabajadores». De la anterior fórmula podemos afirmar, primero, que se produce un reenvío a la normativa de seguridad y salud en el trabajo para poder establecer quien puede ser imputado al amparo del tipo penal previsto en el artículo 316 CP; reenvío que tendrá que tener en cuenta lo previsto en los artículos

⁶² COBO DEL ROSAL, M. y SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2004): pp. 10-14; Puppe, I (2001): pp. 39-40.

⁶³ SÁEZ VALCARCEL, R. (2006): p. 20.

⁶⁴ GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): p. 199.

⁶⁵ STS (Sala Penal) de 17 de abril de 2002 (RJ 2002, 1200).

11⁶⁶, 31⁶⁷, 31 bis.¹⁶⁸ y 318⁶⁹ CP. En segundo lugar, se deduce que los sujetos activos pueden ser varios, descartando la imputabilidad de una única categoría de sujetos⁷⁰, ya que como acertadamente advierte la doctrina la conducta punible del artículo 316 CP no consiste en no facilitar los medios «a los trabajadores» sino en no facilitar lo necesario «para que los trabajadores desempeñen su actividad con las

⁶⁶ Establece dicho precepto que «los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar; b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

⁶⁷ En relación a las personas jurídicas prevé que «el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

⁶⁸ Dicho precepto establece que «en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

⁶⁹ De acuerdo a dicho precepto «cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

⁷⁰ En este sentido la STS (Sala Penal) de 29 de julio de 2002 (RJ 2002, 8826) afirma que «resulta incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos».

condiciones de seguridad e higiene adecuada»⁷¹ No exigiéndose, por tanto, la existencia de una relación jurídica entre quien está obligado a facilitar la medida preventiva y el trabajador acreedor de la protección preventiva para que despliegue su operatividad el tipo penal del artículo 316 CP.

Las estructuras empresariales son cada vez más complejas y en ellas la división del trabajo hace necesaria la intervención de una pléyade de individuos organizados jerárquica y horizontalmente, asumiendo distintas atribuciones y roles con mayor o menor autonomía a la hora de adoptar decisiones. De ahí que la atribución de responsabilidad penal al amparo del artículo 316 CP debe tener presente la estructura organizativa de la empresa, y más concretamente, quien tiene verdadera capacidad de decidir a la hora de facilitar u omitir las medidas preventivas.

Es por ello que la determinación de los posibles sujetos activos comprendidos en el tipo penal del artículo 316 CP debe estar guiada por los dos siguientes parámetros: de un lado, la existencia de una obligación –ya sea legal, reglamentaria o convencional– de facilitar las medidas, de otro lado, que se tenga verdadera capacidad de decisión en lo relativo a dicha facilitación, lo que implica, como ya se ha expuesto, no sólo la puesta a disposición de los medios, sino también la vigilancia de su utilización así como la formación e información necesaria sobre los mismos.

2.3.1. *El empresario*

Acudiendo a la normativa preventiva el primer posible sujeto activo es el empresario por cuanto es a quien se impone, en el artículo 14.1 LPRL, el deber de proteger a los trabajadores frente a los riesgos laborales; del cual, a su vez, se derivan una serie de obligaciones entre las que se encuentra, en el artículo 14.2 LPRL, la de facilitar las medidas necesarias

⁷¹ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 72.

para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Identificación del empresario como obligado principal que se corrobora cuando al establecerse la posible exigencia de, entre otras, la responsabilidad penal en el artículo 42.1 LPRL se hace referencia al empresario que incumple sus obligaciones preventivas. Además, es quien posee la facultad de organización y el poder de dirección, al amparo de lo previsto en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, que le permite tener plena capacidad para decidir facilitar las medidas preventivas a los trabajadores, así como obligarles a su utilización, incluso con la admonición del ejercicio del poder disciplinario.

a. Empresario persona jurídica

Teniendo en cuenta que la mayoría de los empleadores revisten la forma de persona jurídica, se plantea la cuestión de si ésta puede ser imputada penalmente. La exigencia de responsabilidad penal por un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores a la persona jurídica se encuentra muy limitada; de manera que puede ser calificada como deficiente a la vista de la regulación contenida en el Código Penal.

Es verdad que el Código Penal contempla, en su artículo 31 bis⁷², la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas, no obstante, la aplicación de dicho precepto se sujeta literalmente a «los supuestos previstos en este Código», entre los que no se encuentran los delitos contra la seguridad de los trabajadores⁷³; de manera que como al regular los delitos contra los trabajadores no se hace referencia alguna al artículo 31 bis CP, éste deviene inaplicable para los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores.

⁷² Se trata de una novedad introducida por el apartado 4º del artículo único de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de mayo.

⁷³ Como ya afirmaba TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 71, se limita la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas solo a ciertos delitos seleccionados por la norma penal.

Con carácter general el artículo 31 CP imputa la responsabilidad de la persona jurídica a quien actúe como administrador de hecho o de derecho o como representante legal o voluntario, «aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». Esta regla se ve desplazada por la regla específica prevista para los delitos contra los derechos de los trabajadores en el artículo 318 CP, según el cual responderá penalmente «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», contemplándose, además, la posibilidad de que el órgano judicial pueda decretar «alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129» del CP⁷⁴.

Es verdad que el artículo 318 CP establece, aparentemente, una singular regla para la imputación de responsabilidad penal respecto a la previsión contenida en el artículo 31 CP; sin embargo estamos ante una previsión especial que poco aporta a la general⁷⁵, salvo la de imputar la responsabilidad al encargado de servicio y la imposición de penas accesorias, pero cuya aplicación real es muy limitada.

⁷⁴ Las medidas accesorias que, de conformidad con lo previsto en el artículo 129.1 en relación con el artículo 33.7, letras c a g, del CP, pueden ser impuestas por el órgano judicial son: suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años, clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años, prohibición, temporal o definitiva, de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años o la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque ésta fuera lícita.

⁷⁵ De reiterativa la califica AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 289.

A primera vista el artículo 318 CP habla en términos generales de administradores y amplía su imputación subjetiva no solo a los encargados de servicio sino también a «quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello». Por un lado, en coherencia con el artículo 31 CP, la referencia a los administradores debe incluir tanto a los que sean de derecho como a los de hecho. Por otro lado, la supuesta ampliación subjetiva no es tal, porque el artículo 318 CP debe ser interpretado, tratándose del delito de seguridad y salud contra los trabajadores, de acuerdo a los términos del tipo penal que se configura en el 316 CP, en el que solo resulta exigible la responsabilidad penal a quien está legalmente obligado a facilitar las medidas de seguridad; de manera que para poder aplicar el artículo 318 CP el sujeto debe estar incluido entre quienes ostentan una posición de garante en materia de seguridad y salud laboral⁷⁶, descartándose a quien simplemente lo pudo conocer y remediar, porque, además de no respetar la configuración del artículo 316 CP, convirtiéndolo en un delito común, no se ajustaría a la regla general de imputación en los delitos de comisión por omisión prevista en el artículo 11 CP que exige que exista una «específica obligación legal o contractual de actuar».

Pero, sin duda alguna, la gran deficiencia de la imputación de la persona jurídica por un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores prevista en el artículo 318 CP es su escasa operatividad debido a que las conductas tipificadas en el artículo 316 CP se atribuyen, en la mayoría de las ocasiones, a personas físicas y no a personas jurídicas, por ser aquellas las que suelen resultar obligadas por la normativa laboral a facilitar los medios, mientras que el artículo 318 CP requiere para su aplicación que los hechos previstos en los tipos penales que configuran los delitos contra los trabajadores se atribuyan a las personas

jurídicas⁷⁷; además, los sujetos mencionados en el artículo 318 CP –al igual que sucede con el artículo 31 CP–, serán directamente responsables por aplicación del artículo 316 CP, siendo excluida la aplicación del artículo 318 CP⁷⁸.

La escasa operatividad del artículo 318 CP supone, además, que pocas veces se podrán imponer las penas accesorias previstas en él: Penas que sí apuntan directamente al empleador persona jurídica y pueden constituir una medida de política criminal efectiva para que la sanción penal pudiera actuar como elemento disuasorio ante las conductas omisivas en materia de seguridad y salud laboral; de ahí que se haya afirmado, acertadamente, la necesidad de suprimir el artículo 318 CP, salvo la posibilidad de imponer penas accesorias cuando se acredite la comisión de un delito contra los derechos de los trabajadores⁷⁹.

b. Pluralidad de empresarios

El análisis de la figura del empresario como sujeto activo del ilícito penal nos obliga a analizar la prestación laboral desarrollada a través de empresas de trabajo temporal, así como el fenómeno de la descentralización productiva a través de la contratación y subcontratación de actividades.

En relación al fenómeno del trabajo a través de empresas de trabajo temporal, el artículo 28.5 LPRL viene a establecer que la empresa usuaria es la responsable de la ejecución del contrato en todo lo relativo a la prevención de riesgos laborales del trabajador puesto a disposición, asumiendo además una serie de obligaciones en materia informativa; mientras que la empresa de trabajo temporal asume obligaciones formativas y de vigilancia de la salud. A la vista de la distribución de

⁷⁷ Deficiencia advertida, entre otros, por TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 70.

⁷⁸ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 292.

⁷⁹ Propuesta formulada ya por TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 70.

⁷⁶ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp. 291-292; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 78-79.

obligaciones anteriormente expuesta puede afirmarse que la empresa usuaria será normalmente el sujeto de imputación penal ex artículo 316 CP, pero tampoco puede descartarse la imputación de la empresa de trabajo temporal en la medida en que el incumplimiento de sus obligaciones formativas y de vigilancia de la salud pudieran generar un peligro grave para la vida y salud de los trabajadores puestos a disposición de la empresa usuaria⁸⁰.

Ante el fenómeno de la descentralización productiva, operada mediante la contratación o subcontratación de actividades de la empresa, la pauta para obtener una posible identificación de los sujetos activos nos la da el artículo 24 LPRL siempre que se verifique la presencia de varios deudores de seguridad procedentes de varias empresas; pudiendo afirmarse la existencia de distintas posiciones empresariales atendiendo al elenco de obligaciones que se imponen a cada una de ellas, partiendo de la premisa que todos ellos asumen la obligación de cooperar en la aplicación de la normativa preventiva y articular los medios de coordinación necesarios e informar de ellos a sus trabajadores (art. 24.1 LPRL). En efecto, si existe un empresario principal que es titular del centro de trabajo, debe, por un lado, informar e instruir adecuadamente sobre los riesgos y las medidas preventivas y de emergencia del centro de trabajo (art. 24.2 LPRL), por otro lado, vigilar el cumplimiento de la normativa preventiva por parte de los contratistas y subcontratistas (art. 24.3 LPRL). Si se tiene solo la condición de empresario titular sólo debe cumplir las obligaciones de información e instrucción sobre riesgos y medidas adoptadas en el centro de trabajo. Si no se tiene la condición de empresario titular pero se contrata o subcontrata parte de la

actividad, debe vigilar el cumplimiento de la normativa preventiva. Finalmente, si se trata de un empresario que desarrolla su actividad en un centro sin ser el titular del mismo y sin proceder a contratar o subcontratar parte de su actividad, sólo asume el deber general de cooperación y de coordinación ya expuesto.

En cualquiera de las distintas posiciones empresariales descritas en la medida en que el incumplimiento de sus obligaciones pueda dar lugar a una omisión de medidas preventivas que generen un riesgo para la vida y salud de los trabajadores, se puede apreciar la imputabilidad penal, aun cuando el trabajador o trabajadores afectados por el riesgo no lo sean del empresario concurrente en el centro de trabajo que ha omitido la medida⁸¹. Por ejemplo, si el incumplimiento del deber de cooperación o del de coordinación por parte de un empresario concurrente provoca que otro de los empresarios no facilite la medida preventiva necesaria y adecuada, generándose un riesgo, me parece viable la imputación del primero y la exoneración del segundo empresario.

2.3.2. *Trasferencia de responsabilidad*

Siendo el empresario el principal obligado a facilitar los medios preventivos pero no el único por cuanto la configuración del tipo penal se produce en términos de pluralidad —«los obligados legalmente»— y ante la realidad empresarial que nos muestra la complejidad y jerarquización de las estructuras organizativas en las que se produce una distribución de las tareas productivas con atribución de distintos grados de autonomía y capacidad de decisión, se plantea si el empresario puede ser exonerado de responsabilidad penal ex artículo 316 CP e imputarse a otros sujetos en base a la

⁸⁰ LÓPEZ BALAGUER, M. (2016): p. 487, RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 255. También parece asumir la posibilidad de imputación penal, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 579-580; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 65-66. En contra, HORTAL IBARRA, J. (2005a): pp. 27-28; RIVERO LAMAS, J. (1996): p. 697, para quienes la empresa usuaria sería la única responsable penalmente.

⁸¹ Posibilidad admitida, entre otros, por TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 68, quien habla de la configuración de una gradación de obligaciones legalmente impuestas derivada de la diferente posición empresarial establecida en el artículo 24 LPRL.

delegación de facultades de dirección y de atribución de competencias.

Al establecerse en el artículo 14.4 LPRL que la acción del empresario se podrá complementar por la atribución de funciones en materia de prevención a los trabajadores o a servicios de prevención, internos o externos, «sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber» en materia de seguridad y salud en el trabajo, ha llevado a un sector doctrinal a cuestionar la admisión de la transferencia de responsabilidad penal a través de la delegación⁸². No obstante, el citado precepto no niega la admisión de la transferencia de responsabilidad sino únicamente señala que es posible la existencia de responsabilidad, en este caso penal, del empresario aun cuando haya habido una delegación de funciones a otros sujetos incardinados en la estructura empresarial. No parece realista negar la admisibilidad de la transferencia de responsabilidades puesto que sería desconocer que en muchas empresas el empleador no tiene conocimiento directo de la actuación preventiva que se encuentra delegada en algunos o varios de sus trabajadores, de manera que se imputaría penalmente a quien de hecho no ha omitido la facilitación de las medidas preventivas.

A favor de la admisión de la delegación se ha pronunciado una parte de la doctrina⁸³, y el propio Tribunal Supremo, quien partiendo de dos premisas como son que «todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o mando en una empresa y, por tanto, sean éstas superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como de hecho, están obligadas a cumplir y hacer cumplir las normas destinadas a que el trabajo se realice con las prescripciones elementales de seguridad»⁸⁴ y que «no es humanamente posible que quienes deben ejercer

una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, pueda realizar personalmente todas las obligaciones para el cumplimiento del deber»⁸⁵, sostiene de forma clara que «el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar»⁸⁶.

Ahora bien para que la delegación de funciones produzca una transferencia, o incluso la exoneración, de responsabilidad debe producirse atendiendo a determinados parámetros. En primer lugar, la delegación debe venir amparada en una norma legal, reglamentaria o convencional; no debiendo admitirse la delegación de hecho⁸⁷. En segundo lugar, debe ser libre y voluntariamente aceptada por el delegado, no tendría eficacia, por tanto, la delegación impuesta por el empresario sin el consentimiento del trabajador⁸⁸. En tercer lugar, la delegación debe realizarse en personas con capacidad e idoneidad para desarrollar la actividad preventiva; la delegación a quien no reúne la necesaria competencia para implantar la normativa preventiva y controlar su aplicación nos situaría ante un supuesto de culpa *in eligendo* que no permitirá un desplazamiento de la responsabilidad penal⁸⁹. En cuarto lugar, la delegación debe ser general respecto de una determinada obligación preventiva que implique la facilitación de medidas, de manera que la delegación parcial o la asunción de la obligación de forma compartida por el empre-

⁸⁵ STS de 26 de marzo de 1994.

⁸⁶ STS de 26 de marzo de 1994.

⁸⁷ GALLARDO GARCÍA, R.M.^a. (2016): p. 178. No obstante la STS de 16 de julio de 1992 señala que también cuando la delegación de funciones se haga de facto cabe exigir a quien las desarrolla el cumplimiento de la normativa preventiva, con lo que parece estar admitiendo la validez de la transferencia de responsabilidad ante un supuesto de delegación por vía de hecho.

⁸⁸ GALLARDO GARCÍA, R.M.^a. (2016): p. 178.

⁸⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 272; RODRÍGUEZ MESA, J. (2005): p. 134.

⁸² CAMAS RODAS, F. (2006): p. 122.

⁸³ Por todos, TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 62-65; GALLARDO GARCÍA, R.M.^a. (2016): pp. 162-165 y 178.

⁸⁴ STS de 16 de julio de 1992. En idéntico sentido, ya se había pronunciado, la STS de 10 de mayo de 1980.

sario y el delegado no darán lugar a la exoneración de la responsabilidad del empresario⁹⁰. En quinto lugar, el sujeto delegado debe tener pleno conocimiento y comprensión de los términos en que se produce la delegación; puesto que faltando el conocimiento de alguno de los extremos de la misma ésta carece de virtualidad exoneradora⁹¹. En sexto lugar, el sujeto delegado tiene que tener plena capacidad de decisión en lo relativo a la facilitación de las medidas preventivas para que la delegación despliegue la transferencia de responsabilidades⁹²; capacidad de decisión que no sólo debe referirse a la capacidad material de adopción de medidas sino también a la capacidad económica que pudiera necesitar su implementación material. Finalmente, el órgano delegante debe desplegar de forma continuada una actividad de vigilancia sobre la actuación del órgano delegado, de no producirse aquélla se incurriría en un supuesto de culpa in vigilando del empresario que conduce a no apreciar la exoneración de su responsabilidad penal⁹³.

2.3.3. *Servicios de prevención y recursos preventivos*

Una de las posibles modalidades de organización de la actividad preventiva es recurrir a un servicio de prevención, bien sea interno o externo a la empresa. Afirmar la posible imputabilidad penal de los servicios de prevención requiere partir de la observación de las funciones que la ley les atribuye, concretadas en el asesoramiento y apoyo a la empresa en lo referente al plan de prevención, evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva y determinación de prioridades en la adopción de medidas preventivas, así como la vigilancia de su eficacia, la información y formación de los trabajadores y la vigilancia de la salud (art. 31.3 LPRL).

Podría sostenerse que las facultades reconocidas a los servicios de prevención, en la medida que se circunscriben al asesoramiento y al apoyo al empresario, no revelan una capacidad de toma de decisiones en el cumplimiento de la normativa preventiva por cuanto será en última instancia el empresario el que deba adoptar las medidas adecuadas⁹⁴.

No obstante dicha interpretación sería excesivamente formalista y estaría desconectada de la realidad empresarial, por lo que debe afirmarse la posibilidad de exigir responsabilidad penal a los servicios de prevención, por cuanto se les atribuye una serie de obligaciones que pueden implicar la facilitación de medidas de seguridad y salud laboral⁹⁵. Es formalista porque realmente esa labor de apoyo y asesoramiento versa sobre cuestiones nucleares de una eficaz acción preventiva, aludiéndose incluso a la adopción de medidas, de manera que sólo pueden concebirse como una labor de diseño y ejecución de los aspectos preventivos enumerados en el precepto legal; idea que se refuerza si tenemos en cuenta que al configurarlos el artículo 31.1 LPRL como «conjunto de medios [...] necesarios para realizar las actividades preventivas», se sitúan en la óptica de la realización de la actividad preventiva y no en la de simple apoyo y asesoramiento. Más que una labor de asesoramiento lo que se produce es una delegación parcial⁹⁶ del deber preventivo empresarial, como lo revela, por otra parte, el artículo 19.2 del Reglamento de los Servicios de Prevención⁹⁷ al establecer que dichas «entidades asumirán directamente el desarrollo de aquellas funciones señaladas en el artículo 31.3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que hubieran concertado». Por otro lado no es realista, porque desde el plano dogmático, cuando un empresario recurre a un servicio de preven-

⁹⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 64.

⁹¹ GALLARDO GARCÍA, R.M.^a. (2016): p. 165.

⁹² RODRÍGUEZ MESA, J (2005): p. 131; APARICIO TOVAR, J. (2006): p. 34.

⁹³ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 64.

⁹⁴ Postura mantenida por AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 330, quien, además, fundamenta su postura en el hecho de que la admisión de la imputabilidad del servicio de prevención sólo se produciría si la empresa concertada fuera una persona jurídica.

⁹⁵ Entre otros, RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): p. 273; TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 76.

⁹⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 76.

⁹⁷ Real Decreto 39/1997, de 17 de enero.

ción lo que pretende no es el simple asesoramiento y apoyo sino que aquél asuma parte de la actividad preventiva.

La figura del recurso preventivo hace alusión no a medios materiales sino a medios humanos que deberán estar presentes en los centros de trabajo cuando se dan alguna de las circunstancias previstas en el artículo 32 bis.1 LPRL⁹⁸, teniendo encomendada la vigilancia del cumplimiento de las actividades preventivas de la empresa (art. 32 bis.3 LPRL), que incluirá la comprobación de la eficacia de las actividades preventivas previstas en la planificación, así como de la adecuación de tales actividades a los riesgos que pretenden prevenirse o a la aparición de riesgos no previstos y derivados de la situación que determina la necesidad de la presencia de los recursos preventivos (art. 22 bis.4 RSP); debiendo disponer de la capacidad suficiente y los medios necesarios para desarrollar dicha vigilancia (art. 32 bis.3 LPRL).

Comparto la opinión expresada por la doctrina de que los recursos preventivos son un medio preventivo en sí mismo considerados, de suerte que su omisión por parte del empresario supone que éste pueda incurrir en responsabilidad penal ex artículo 316 CP⁹⁹. Sin embargo no comparto la idea de que quien es recurso preventivo no pueda incurrir en el tipo penal del artículo 316 CP, aduciendo que sus funciones son de control e información, careciendo de obligaciones consistentes en facilitar medidas preventivas¹⁰⁰. Partiendo de la admisión de la delegación y de la concepción

funcional de lo que se ha de entender por el término «medidas» contenido en el artículo 316 CP, que nos ha llevado a incluir no solo la puesta a disposición de medios materiales sino también, entre otras, las obligaciones informativas y de vigilancia, es factible que el recurso preventivo pueda ser sujeto activo del delito de seguridad y salud de los trabajadores.

2.3.4. Órganos de consulta y participación en materia preventiva

Dos son las figuras previstas en la LPRL para dar expresión a la consulta y participación de los trabajadores en materia preventiva. Se contempla la figura del delegado de prevención como «representante de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales» (art. 35.1 LPRL); mientras que el Comité de Seguridad y Salud emerge como el «órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos» (art. 38.1 LPRL).

Las competencias atribuidas a ambas figuras por la LPRL permiten descartar su impunidad ex artículo 316 CP. Ninguna de las competencias y facultades previstas para los Delegados de Prevención y para el Comité de Seguridad y Salud suponen la atribución de obligación alguna consistente en facilitar las medidas de protección adecuadas¹⁰¹.

Al Delegado de Prevención se le reconoce competencia para «colaborar» con la empresa, «promover y fomentar la cooperación de los trabajadores» en la ejecución de la normas preventivas, ser «consultados» por el empresario y «vigilar» el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo (art. 36.1 LPRL), para lo cual se le reconocen determinadas facultades como son el acce-

⁹⁸ Los supuestos son cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo, cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales o cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas.

⁹⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): pp. 89-90.

¹⁰⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 89.

¹⁰¹ Por todos, niegan tal posibilidad, RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 267 y 270, AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 331-332.

so a información y documentación sobre las condiciones de trabajo, ser informados sobre los daños producidos en la salud, visitar los lugares de trabajo, proponer al empresario la adopción de medidas y formular propuestas a éste y al Comité de Seguridad y Salud o proponer la adopción del acuerdo de paralización de actividades (art. 36.2 LPRL). La mera contemplación de las competencias y facultades descritas descartan la idoneidad para que la actuación del Delegado de Prevención pueda ser objeto de imputación penal ex artículo 316 CP, que debe recordarse tipifica como punible a quienes están obligados, que es distinto y no debe confundirse con quien está facultado nada más.

El mismo razonamiento nos lleva a descartar también la imputabilidad del Comité de Seguridad y Salud, por cuanto a éste se le reconoce competencia en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas preventivos de la empresa, pero mediante facultades, nunca obligaciones, que, además, no se concretan en facilitar medidas preventivas sino en permitirle tomar conocimiento de diversos aspectos, como son los riesgos y su prevención, documentos e informes sobre las condiciones de trabajo, daños producidos en la salud e integridad física de los trabajadores, memoria y programación anual de los servicios de prevención (art. 39 LPRL).

2.3.5. *Fabricantes, importadores y suministradores*

A los fabricantes, importadores y suministradores se refiere la LPRL para hacer recaer sobre ellos una serie de obligaciones que se consideran necesarias para una correcta acción preventiva en la empresa. Así se establece que deben asegurar que los objetos que fabrican, importan o suministran no constituyan una fuente de peligro para el trabajador, y tratándose de equipos de protección deberán asegurar también su efectividad; obligación que tiene plena virtualidad siempre que sean instalados y utilizados en las condiciones, for-

ma y para los fines recomendados por aquellos (art. 41.1 LPRL). Tratándose de productos químicos esa obligación conlleva, además, proceder al envasado y etiquetado de forma que permita su conservación y manipulación en condiciones seguras, identificándose claramente su contenido, riesgos para la seguridad o salud que se derivan de su almacenamiento y utilización (art. 41.1 LPRL). La no observancia de las prescripciones de instalación y uso y del contenido del etiquetado, haría decaer la obligación y, en consecuencia, la posible imputabilidad de los fabricantes, importadores y suministradores.

Además, sobre estos sujetos pesa la obligación de informar sobre la correcta utilización de dichos objetos, las medidas preventivas adicionales a adoptar y los riesgos derivados tanto de su uso normal como inadecuado, con la finalidad de que su utilización se lleve a cabo sin riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores y para que el empresario pueda cumplir sus obligaciones informativas respecto a los trabajadores (art. 41 LPRL).

Como se puede apreciar se les atribuye fundamentalmente una obligación de seguridad de los objetos, productos y equipos, así como una obligación informativa. Algún autor ha descartado tácitamente su imputabilidad al amparo del artículo 316 CP al considerar que sólo podrían ser sujetos activos del delito previsto en el artículo 348 CP¹⁰², y otros de forma explícita han sostenido que no pueden resultar imputados porque la obligación que se les atribuye es de carácter meramente informativa en relación a los peligros que pudieran ocasionar los objetos o productos, de suerte que no pueden ser garantes de la evitación del peligro para la seguridad y salud de los trabajadores¹⁰³, añadiéndose, además, que estos sujetos no resultan obligados por las normas de seguridad e higiene sino por las normas de seguridad industrial o seguridad en el produc-

¹⁰² PURCALLA BONILLA, M.A. (2012): pp. 1808-1809.

¹⁰³ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A. (1994): p. 291. Acoge este argumento también AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp.325-327.

to y que la obligación de facilitar los medios requiere una relación directa entre el sujeto activo y el trabajador que no se da entre éste último y los fabricantes, importadores y suministradores¹⁰⁴.

Frente a la negativa a la admisión de su imputabilidad ex artículo 316 CP se ha sostenido que sólo resultarían sujetos activos en relación a este tipo penal cuando el empresario les hubiera delegado obligaciones preventivas que entrañasen la facilitación de medidas a los trabajadores¹⁰⁵.

Sin embargo, parece posible que pudieran incurrir en un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, sin necesidad de apreciar una previa delegación, por la inobservancia de las obligaciones que la propia LPRL les asigna¹⁰⁶, atendiendo a los siguientes argumentos.

En primer lugar, los fabricantes, importadores y suministradores sí resultan obligados, además de la normativa de industria, por la normativa preventiva, en concreto, por lo previsto en el artículo 41 de la LPRL, en consecuencia, es difícilmente aceptable la premisa de que aquellos no se encuentran sujetos a la norma de seguridad y salud laboral.

En segundo lugar, la configuración del tipo penal del artículo 316 CP no parece exigir una relación directa entre el sujeto activo y el trabajador, puesto que lo que se tipifica es no facilitar las medidas «para que» los trabajadores –no «a» los trabajadores– desarrollen su actividad en condiciones de seguridad y salud.

En tercer lugar, en el citado precepto se les atribuyen una serie de obligaciones que deben considerarse como idóneas para ser calificadas como «medidas necesarias» para la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores; incluida la obligación in-

formativa que también puede dar lugar a una conducta punible de estos sujetos. No es descartable, por ejemplo, que la incorrecta información suministrada por un fabricante pueda producir un riesgo grave para la salud de los trabajadores, y en tanto que la información se concibe como medida necesaria para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, poder subsumirla en el tipo penal previsto en el artículo 316 CP.

2.3.6. *Audidores y evaluadores externos*

El empresario que decide no externalizar su actividad preventiva en un Servicio de Prevención ajeno a la propia estructura empresarial viene obligado a someter dicha actividad al control de una entidad externa (art. 30.5 LPRL) que proceda a establecer, mediante un análisis sistemático, documentado y objetivo, una imagen real del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, valorando su eficacia y detectando las deficiencias que puedan dar lugar a incumplimientos de la normativa preventiva, permitiendo así la adopción de las decisiones necesarias para la mejora y perfeccionamiento (art. 30 RSP).

Aunque un sector de la doctrina ha señalado que su posible responsabilidad penal ex artículo 316 CP sólo cabría ante situaciones de cooperación con el empresario cuando en connivencia con éste formulase informes falsos o que oculten la inexistencia o inadecuación de las medidas¹⁰⁷, resulta difícil admitir que puedan ser imputados penalmente al amparo del artículo 316 CP por cuanto la norma no les reconoce ninguna obligación o deber vinculado directamente a preservar la seguridad y salud de los trabajadores, como se ha dicho de forma expresiva «no están obligadas a facilitar medios»¹⁰⁸. Además esta pretendida responsabilidad penal de los auditores y evaluadores externos podría afirmarse de otros sujetos analizados siempre que los mismos

¹⁰⁴ Véase AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp.325-327.

¹⁰⁵ SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ, J.R. (2002): p. 105.

¹⁰⁶ En este sentido y con mayor detenimiento, RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 261-265.

¹⁰⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): p. 82

¹⁰⁸ NAVARRO CARDOSO F. y LOSADA QUINTAS, J. (2001): p. 986.

desarrollasen sus funciones en connivencia con el empresario para ocultar la inexistencia o insuficiencia de las medidas preventivas.

2.3.7. *El coordinador de seguridad en la construcción*

La actividad del sector de la construcción se caracteriza por ser una de las actividades potencialmente generadora de riesgos laborales, lo que se explica atendiendo a varios factores como son la mutabilidad del centro de trabajo –la obra–, que supone una variabilidad de los riesgos, y la concurrencia de varias actividades y/o de varios empresarios en el mismo centro de trabajo, que generan una diversidad de riesgos.

La efectividad de la seguridad y salud laboral en el sector de la construcción ha llevado al legislador a contemplar las figuras de coordinador de seguridad durante la elaboración del proyecto, que es el técnico competente designado por el promotor para coordinar durante la fase del proyecto de obra, la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 15 de la LPRL a la hora de concebir, estudiar y elaborar el proyecto de obra [art. 2.1 e), en relación con el art. 8 RD 1627/1997], y la de coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra, que es el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo una serie de competencias en materia de seguridad y salud en la ejecución de la obra [art. 2.1 f) RD 1627/1997]. Además, este último está facultado para paralizar, total o parcialmente, la obra ante la existencia de riesgo grave e inminente derivado del incumplimiento de las medidas de seguridad y salud (art. 14 RD 1627/1997).

Debe advertirse que en ambos casos se identifica el coordinador con la expresión «técnico competente», sin que se aclare a quién debe considerarse como tal. Dicho silencio no puede interpretarse en el sentido de que cualquier persona pueda ser designado coordinador de seguridad, dado que la Disposición Adi-

cional 4ª de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, reguladora de la Ordenación de la Edificación, si procede a indicárnoslo al establecer que «las titulaciones académicas y profesionales habilitantes para desempeñar la función de coordinador de seguridad y salud en obras de edificación, durante la elaboración del proyecto y la ejecución de la obra, serán las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero técnico, de acuerdo con sus competencias y especialidades».

Entre las funciones que se le atribuye al coordinador de seguridad durante la elaboración del proyecto, se encuentra la de coordinar la actividad de los proyectistas que intervienen para que tengan en cuenta la seguridad y salud (art. 8.3 RD 1627/1997); así como también la elaboración –directamente por él o por terceros bajo su responsabilidad– del estudio de seguridad y salud (art. 5.1 RD 1627/1997).

Al coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra se le asignan labores de coordinación –en relación a la aplicación de los principios generales, de la obra y de las acciones y funciones de control–, de organización de la coordinación, así como de adopción de todas las medidas pertinentes para que solo accedan a las obras las personas autorizadas (art. 9 RD 1627/1997).

Es evidente que el coordinador de seguridad durante la ejecución de la obra asume importantes y relevantes obligaciones preventivas, cuyo incumplimiento, al poder ser consideradas obligaciones consistentes en facilitar medidas preventivas, piénsese en las facultades de control o en las de adopción de decisiones sobre el acceso a la obra, harían nacer la responsabilidad penal prevista en el artículo 316 CP. Mayor dificultad encontramos a la hora de determinar la imputabilidad penal al coordinador de seguridad en la fase de elaboración del proyecto, aunque puede afirmarse que el incumplimiento de su función de coordinación de los distintos proyectistas y, sobre todo, de la elaboración del estudio de seguridad y salud, pueden considerarse como una omisión de medidas preventivas incardinable

en el tipo penal; dado que, por ejemplo, si en su labor de elaboración del estudio de seguridad y salud se recogiesen las medidas de forma genérica y no con el detalle debido, se estaría incurriendo en una omisión de medidas preventivas de la que puede nacer la responsabilidad penal¹⁰⁹.

2.3.8. Trabajadores

Cabe interrogarse si un trabajador, cuya dimensión colectiva constituye el bien jurídico protegido, que omite una medida de seguridad poniendo con su conducta en peligro la seguridad y salud de otros trabajadores puede incurrir en responsabilidad penal ex artículo 316 CP.

Al trabajador se le atribuye como obligación principal velar por su propia seguridad y salud laboral y por la del resto de personas a las que su actividad pudiera afectar (art. 29.1 LPRL) al tiempo que se le conmina a usar debidamente la maquinaria, productos y equipos de protección y dispositivos de seguridad; contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente; informar de inmediato a su superior jerárquico, a los trabajadores designados para realizar la actividad preventiva o al servicio de prevención de cualquier posible riesgo laboral y cooperar con el empresario para que este pueda desarrollar de forma eficaz su acción preventiva (art. 29.2 LPRL). El análisis de las obligaciones preventivas que debe asumir el trabajador descarta que se pueda atribuir a éste la autoría del tipo penal del artículo 316 CP por cuanto ninguna de ellas puede ser concebida como una obligación de facilitar medidas preventivas. Conclusión que se ve corroborada

¹⁰⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2005): p. 582, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 585; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2012): p. 1763, si bien esta última autora evidencia que no se encuentran sentencias que condenen únicamente al coordinador de seguridad en la fase de elaboración del proyecto, lo que se explica porque normalmente quien es coordinador en la fase de elaboración del proyecto lo es también en la fase de ejecución de la obra.

por cuanto el apartado 2º del artículo 29 LPRL solo concibe el posible incumplimiento de las obligaciones preventivas del trabajador como un incumplimiento laboral a los efectos de ser sancionado disciplinariamente.

a. Asunción de obligaciones preventivas por el trabajador. Los técnicos de prevención

La imposibilidad, con carácter general, de exigir responsabilidad ex artículo 316 CP a cualquier trabajador debe ser objeto de matización en varios supuestos. Así, cuando el trabajador asume funciones preventivas mediante la delegación empresarial –ya sea mando directivo, mando intermedio, o un simple trabajador–, y siempre que ésta se ajuste a las condiciones expuestas anteriormente, es indudable que se produce una transferencia de responsabilidad que convierte a este trabajador en posible sujeto activo del tipo penal del artículo 316 CP.

Idéntica solución debe predicarse del trabajador, reúna o no la condición de técnico de prevención¹¹⁰, cuando asume la acción preventiva en virtud de lo previsto en el artículo 30 LPRL, siempre y cuando, como previene el apartado 2º de dicho precepto, tenga la capacidad necesaria, disponga del tiempo y medios suficientes y precisos, atendiendo el tamaño de la empresa y los riesgos existentes. En estos supuestos, en la medida en que asumiera una parte de la acción preventiva empresarial en la que se englobase la capacidad para implementar las medidas para garantizar la seguridad y salud del resto de los trabajadores, la omisión de las mismas podría dar lugar a responsabilidad penal ex artículo 316 CP.

Respecto al técnico de prevención de riesgos laborales se ha afirmado su inimputabilidad ex artículo 316 CP porque sus funciones son de asesoramiento y apoyo, con total re-

¹¹⁰ Sostiene la imputabilidad del técnico de prevención, entre otros, URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. (2013): pp. 204-206; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 580-584; HORTAL IBARRA, J.C. (2005b): p. 252; GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1999): pp. 4-5 de 10.

serva de la capacidad de decisión al empresario¹¹¹, de suerte que las mismas no pueden ser consideradas medios a los efectos de su subsumición en el tipo penal¹¹². No compartimos dicha inimputabilidad porque debe recordarse que sus labores no son de mero apoyo por cuanto es posible que el técnico de prevención asuma parte de la acción preventiva de la empresa, entre la que puede estar la de facilitar las medidas necesarias de seguridad y salud a los trabajadores¹¹³, y que, además, la norma expresamente habla de que tenga capacidad y medios suficientes para desarrollarla, lo que supone reconocer un ámbito de decisión en materia preventiva que va más allá del mero asesoramiento y apoyo al empresario¹¹⁴, asumiendo directamente las obligaciones preventivas¹¹⁵.

b. El coordinador de actividades

En los supuestos de concurrencia de varios empresarios en un mismo centro de trabajo, la necesaria coordinación de los mismos en aras a una eficaz acción preventiva ha llevado al legislador a prever la posible designación de un coordinador de actividades, condición que puede recaer, entre otros sujetos, sobre un trabajador de la empresa titular del centro de trabajo o de las demás empresas concurrentes [letras a), d) y e) del art. 13.3 RD 171/2004].

Sin perjuicio de que el empresario titular pueda atribuirle cualquier función preventiva [art. 14.1 c) RD 171/2004], al coordinador se le atribuye, por un lado, la función de favorecer el cumplimiento de la coordinación de actividades encaminada a una aplicación

coherente de la acción preventiva y de los métodos de trabajo, así como el control de las diversas actividades concurrentes y la adecuación de los riesgos existentes y las medidas preventivas [art. 14.1 a), en relación con el art. 3 RD 171/2004], y, por otro lado, servir de cauce para el intercambio de información entre los empresarios concurrente [art. 14.1 b) RD 171/2004]. Para el cumplimiento de estas funciones se le reconocen una serie de facultades entre las que cabe destacar la de «impartir a las empresas concurrentes las instrucciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones» [art. 14.2 c) RD 171/2004].

Las dos funciones atribuidas expresamente por la norma preventiva permiten afirmar que el coordinador de actividades puede incurrir en el tipo penal del artículo 316 CP porque en la ejecución de las mismas puede asumir obligaciones que se concreten en la facilitación de medidas preventivas. Si su actuación impide la coordinación, por ejemplo, al no impartir las instrucciones debidas o no facilitar la información a un empresario transmitida por los otros empresarios, y se genera un riesgo grave para la vida y la salud de los trabajadores, se podrá estar incurriendo en el tipo penal, pudiendo ser considerado sujeto activo del mismo¹¹⁶.

2.4. Sujeto pasivo

La identificación del sujeto pasivo –partiendo del bien jurídico protegido en el delito tipificado en el artículo 316 CP, así como de a quien se reconoce el derecho a una eficaz protección en materia preventiva en el artículo 14.1 LPRL– no ofrece problema alguno, son los trabajadores respecto de los que haya una obligación de seguridad y salud consistente en facilitarles los medios preventivos. A sensu contrario, si se genera un riesgo que pone en peligro la seguridad y salud de quien no es

¹¹¹ LOUSADA AROCHENA, J.F. (2003): p. 83.

¹¹² NAVARRO CARDOSO F. y LOSADA QUINTAS, J. (2001): p. 978.

¹¹³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 582 señala que los técnicos de prevención asumen un conjunto de obligaciones que pueden ser incardinadas en el elemento «medidas» exigido por el tipo penal.

¹¹⁴ De gran autonomía y de asunción de funciones ejecutivas atribuidas por la ley habla GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1999): pp. 4-5 de 10, para afirmar que los técnicos de prevención pueden ser sujetos activos en el tipo penal de artículo 316 CP.

¹¹⁵ HORTAL IBARRA, J.C. (2005b): p. 252.

¹¹⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 591.

trabajador del obligado legalmente a facilitar los medios –salvo lo previsto en materia de empresas de trabajo temporal, subcontratación, coordinación de actividades o en ciertos supuestos los trabajadores autónomos– estaremos ante una situación de inimputabilidad desde el prisma del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores; sin perjuicio de que pueda ser objeto de imputación penal por delito de homicidio o lesiones o por un delito de riesgos catastróficos¹¹⁷.

El concepto de trabajador a efectos del ilícito penal del artículo 316 CP no debe identificarse únicamente con el trabajador por cuenta ajena al que se refiere el artículo 1 del ET, por cuanto el artículo 3 de la LPRL dirige su ámbito de aplicación también al personal con una relación administrativa o estatutaria al servicio de las Administraciones Públicas y a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en una prestación de trabajo personal. Debiendo incluirse tanto los trabajadores por cuenta ajena con una relación directa con el obligado como aquellos que prestan sus servicios en virtud de un contrato de puesta a disposición, de contratas o subcontratas de actividades o se hallen prestando sus servicios en un centro de trabajo aun siendo trabajadores de otra empresa¹¹⁸.

En la configuración amplia del concepto de trabajador quedan englobados todos aquellos que desarrollen funciones públicas de policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, por cuanto la exclusión de la aplicabilidad de la normativa preventiva prevista en el artículo 3.2 LPRL no se formula en atención a los sujetos que desarrollan dichas prestaciones sino en atención a determinadas actividades¹¹⁹; en consecuen-

cia también éstos colectivos de trabajadores deben ver garantizada su seguridad y salud laboral mediante la puesta a disposición de los medidas adecuadas y necesarias¹²⁰.

Al delimitar quien puede ser sujeto pasivo se plantea la duda de si considerar como tal o no al trabajador autónomo, dado que su posible caracterización como sujeto activo, en cuanto tenga trabajadores a su cargo, no presenta objeción alguna. Qué duda cabe que estamos ante un dilema de no fácil resolución en la confrontación de la ordenación jurídica y la realidad. La realidad evidencia que el trabajador autónomo que ocupa una posición intermedia entre la del trabajador dependiente y la del empresario, viene a tener una posición singular en la que puede asumir obligaciones propias del empresario y deberes y derechos atribuidos a los trabajadores en materia preventiva. Realidad que se complica cuando estamos ante un trabajador autónomo económicamente dependiente, quien se asemeja más al trabajador por cuenta ajena, en lo que se refiere a la nota de dependencia, que debería tener su trascendencia en la esfera preventiva.

Una primera aproximación debería conducirnos a afirmar que el trabajador autónomo no puede ser sujeto pasivo en un delito contra la seguridad y salud laboral por cuanto no resulta incluido en la LPRL, y, en consecuencia, no es acreedor de una deuda de seguridad y

tiva 89/931, plasmada en el artículo 3.2 LPRL, que «el criterio utilizado por el legislador comunitario para determinar el ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 no está fundado en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividades contemplados en el artículo 2, apartado 2, párrafo primero, de dicha Directiva, considerados globalmente, como las fuerzas armadas, la policía y el servicio de protección civil, sino exclusivamente en la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores, que justifica una excepción a las normas dictadas por la citada Directiva, en razón de la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad». Solución adelantada por el ATJUE de 14 de julio de 2005 (TJCE 2005, 249) que, además, concluía que «las actividades ejercidas en condiciones normales [...] se hallan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 89/391».

¹²⁰ Como señala RAMOS MORAGUES, F. (2016): p. 225 se les aplica la LPRL como al resto de empleados públicos.

¹¹⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 594.

¹¹⁸ Ver AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp. 335-338; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 591-594.

¹¹⁹ En este sentido cabe recordar que la STJUE de 12 de enero de 2006 (TJCE 2006, 12), afirmó, precisamente respecto a posibilidad de efectuar la exclusión contemplada en la Direc-

salud laboral. Cuando en el artículo 3.1 LPRL se afirma que se podrán establecer derechos y obligaciones en materia de seguridad y salud laboral para los trabajadores autónomos, se nos está diciendo que el trabajador autónomo no está incluido en su ámbito de aplicación, lo que supone que no es una figura a la que dicha norma, prima facie, atribuya derechos y deberes en materia de seguridad y salud laboral.

No obstante, la propia LPRL contiene dos previsiones dirigidas a los autónomos, una carece de interés a los efectos de determinar la posibilidad de que el autónomo sea sujeto pasivo en el delito del artículo 316 CP dado que consiste en admitir el aseguramiento de los daños que pudiera generar su actividad (art. 15.5 LPRL). La segunda previsión, por el contrario, si alcanza relevancia, porque al establecerse en el artículo 24.5 LPRL, en los supuestos de concurrencia de empresarios, que los deberes de cooperación, de información y de instrucción establecidos para dicho supuesto se aplicarán también respecto a los trabajadores autónomos, se están contemplando «obligaciones que se imponen a los empresarios, no ya respecto a sus trabajadores o en relación a otros empresarios, sino en relación a trabajadores autónomos»¹²¹. Y no cabe ninguna duda de que el incumplimiento de alguna de esas obligaciones, como la de información o la de dar instrucciones, constituyen una omisión de medidas preventivas a las que se refiere el tipo penal del artículo 316 CP, de suerte que en la medida en que dicho incumplimiento pueda generar un peligro grave en la seguridad y salud del trabajador autónomo, convierte a éste en sujeto pasivo.

La promulgación del Estatuto del Trabajador Autónomo¹²² ha supuesto en materia preventiva un acercamiento de la figura del autónomo a la del trabajador por cuenta ajena¹²³, al reconocérsele un «derecho» a la pro-

tección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo [art. 4.3 e) LETA]. Debe llamarse la atención de que no se habla de un deber de seguridad, lo que no significa que cuando contrate a trabajadores no pese sobre él dicho deber, se habla de un derecho, concibiéndose al trabajador autónomo como acreedor y no como deudor.

Desde esta nueva óptica se establece, por un lado, que las empresas que contraten con trabajadores autónomos una actividad prestacional que se desarrolle en sus centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento de la normativa preventiva por parte de estos trabajadores (art. 8.4 LETA) y, por otro lado, cuando el trabajador autónomo deba utilizar maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realicen esa actividad en el centro de trabajo de tal empresa, ésta deberá facilitarle la información necesaria para dicha utilización (art. 8.5 LETA, en relación con art. 41.1 LPRL). Estamos en presencia de la asignación a la empresa, respecto del trabajador autónomo, de dos obligaciones –de vigilancia y de información– que pueden calificarse como medidas preventivas a efectos del tipo penal ex artículo 316 CP; convirtiéndose en estos supuestos el trabajador autónomo en posible sujeto pasivo.

Otra posibilidad para configurar al trabajador autónomo como sujeto pasivo la encontramos en la ordenación jurídica de la prevención en el sector de la construcción, cuando se prevé que aquel tiene entre sus obligaciones «atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra o, en su caso, de la dirección facultativa» [art. 12.1 g) RD 1627/1997], lo que implica, a sensu contrario, que el coordinador de seguridad tiene atribuido un deber para con el trabajador autónomo, cuya omisión podría subsumirse en el tipo penal teniendo como sujeto pasivo a éste último.

¹²¹ APARICIO TOVAR, J. (2006): p.36. Asume esta interpretación TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 68.

¹²² Ley 20/2007, de 11 de julio.

¹²³ PÉREZ CAMPOS, A.I. (2012): p. 644.

2.5. Formas de comisión

El delito contra la seguridad y salud de los trabajadores admite la culpabilidad tanto en su forma dolosa como en su forma imprudente, respectivamente, en los artículos 316 y 317 CP, siendo el único de los delitos contra los derechos de los trabajadores que penaliza la imprudencia por cuanto el artículo 317 CP se refiere exclusivamente al ilícito penal recogido en el artículo 316 CP.

La admisión de ambos grados de culpabilidad nos lleva a una primera cuestión como es la de su diferenciación, cuestión que a veces no es fácil y a la que ha dedicado su atención nuestra jurisprudencia al afirmar que «el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, y precisamente por ello 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 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 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»¹²⁴, de suerte que faltando esa conciencia y voluntad del sujeto activo estaríamos ante el tipo imprudente¹²⁵.

2.5.1. Forma dolosa

La imputación dolosa en el delito contra la seguridad y salud en el trabajo se produce cuando el sujeto activo busca, consciente y voluntariamente, atentar contra el bien jurí-

dico protegido. Ahora bien, la configuración del tipo doloso requiere preguntarnos sobre qué elementos del tipo penal debe verificarse dicha voluntad del sujeto activo. Hay consenso doctrinal en torno a dicho interrogante, de manera que el dolo debe abarcar tanto a la infracción de la norma preventiva como a la puesta en peligro grave de la vida o salud de los trabajadores. El sujeto actuará de forma dolosa cuando, por un lado, sea consciente de que infringe la norma de seguridad y salud laboral, lo que necesariamente implica que tiene un previo conocimiento de ella o un deber de conocerla; y, por otro lado, sea consciente de la creación de un riesgo grave y, aun así, decide no evitarlo¹²⁶. La voluntad consciente del sujeto activo tiene que verificarse en ambos elementos, puesto que si falta en alguno de ellos no cabe admitir la imputación dolosa. Además debe advertirse que no se exige en la forma dolosa, en cambio, la conciencia de causar un daño, puesto que estamos ante un delito de riesgo y no de resultado.

En principio, en el tipo penal del artículo 316 CP se podría dar tanto el dolo directo, de primer o segundo grado, como el dolo eventual. En el dolo directo de primer grado el sujeto activo es consciente del peligro o riesgo grave que se deriva de la infracción de la norma preventiva y persigue directamente poner en peligro al trabajador; mientras que en el dolo directo de segundo grado no se persigue directamente la puesta en peligro del trabajador aunque se acepta. En el dolo eventual no hay voluntad de infringir una norma preventiva ni de crear el riesgo o peligro grave sino solo una representación de la posibilidad de la existencia de la norma y del peligro; representación que es aceptada por el sujeto activo¹²⁷.

Si bien en el plano teórico cabe la posibilidad de admitir las tres modalidades de dolo, no ocurre así en el plano práctico puesto que

¹²⁴ STS de 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 7920).

¹²⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 638.

¹²⁶ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 383; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 631.

¹²⁷ Con mayor detenimiento véase, AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp. 392-396.

normalmente el obligado a facilitar las medidas al infringir las normas preventivas y crear un peligro grave no lo hace con finalidad, exclusiva o concurrente con otras, de afectar a la vida y salud de los trabajadores sino que son otras intenciones las que motivan dicha omisión, como por ejemplo, la reducción de costes empresariales, al omitir la medida preventiva no se busca como fin o como un fin necesario poner en peligro la vida y salud de los trabajadores¹²⁸.

2.5.2. *Forma imprudente*

La comisión imprudente del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores viene establecida en el artículo 317 CP. Ahora bien, no se tipifica cualquier infracción de la norma de cuidado sino sólo aquella que es calificada como «grave», de suerte que la imprudencia leve queda fuera del ámbito de la responsabilidad penal¹²⁹, pudiendo ser considerada en la esfera de la responsabilidad administrativa¹³⁰. No sería suficiente, por tanto, la simple inobservancia de la norma de seguridad y salud laboral sino que dicha infracción tiene que alcanzar una determinada intensidad.

Esa intensidad se identifica con lo que se ha venido llamando tradicionalmente imprudencia temeraria, que en palabras del nuestro máximo interprete supone la infracción de los «deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria, se ha dicho reiteradamente, cuando supone 'un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado'», concluyendo que «estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas, y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la

adopción de las necesarias medidas de cuidado y control»¹³¹.

Tratándose del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, estaremos ante un supuesto de imprudencia grave cuando el obligado legalmente a facilitar las medidas preventivas no observe la más elemental de las diligencias ante supuestos de evidente peligro para la vida o salud de los trabajadores. Como advierte la doctrina, la imprudencia grave no debe identificarse con la ausencia de todas las precauciones o la ausencia total de medidas de seguridad, pues siendo cierto que en dichos supuestos se debe apreciar la gravedad de la imprudencia, dicha gravedad también puede apreciarse en supuestos en los que se han tomado precauciones o se han previsto medidas que resultan insuficientes¹³².

Como la apreciación del tipo doloso requiere que se verifique éste tanto en la conducta como en la generación del peligro, la apreciación del dolo solo en la infracción de la norma y la imprudencia en la generación del peligro, daría lugar a su tratamiento como imprudente, tratamiento que también se da cuando la imprudencia se verifica en la infracción y en la generación del riesgo¹³³.

A diferencia de lo que sucede en los delitos de homicidio y lesiones, en el delito contra la seguridad y salud no se contempla la imprudencia profesional¹³⁴ —entendida como la falta

¹³¹ STS de 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 6547).

¹³² TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 109.

¹³³ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): pp. 383 y 398; DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 643.

¹³⁴ Debe advertirse que la jurisprudencia, por todas la STS (Sala Penal) de 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 6547), distingue la «agravada 'culpa profesional' de la 'culpa del profesional' ya que la agravada impericia profesional se caracteriza por la trasgresión de deberes de la técnica propia por evidente ineptitud, lo que constituye un subtipo agravado caracterizado por un 'plus' de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto»; imprudencia agravada que «engloba de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo, pese a ostentar un título o desempeñar determinadas funciones profesionales que en principio suponen el reconocimiento de su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta

¹²⁸ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 383.

¹²⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 639.

¹³⁰ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 399.

de capacidad técnica exigible a un sujeto de acuerdo a su capacitación profesional— como forma agravada de la imprudencia grave; en consecuencia verificada la imprudencia profesional en un supuesto subsumible en el tipo penal del artículo 316 CP se castigaría con la pena prevista para la imprudencia grave en el artículo 317 CP.

Es verdad que el tipo imprudente resulta más fácil de acreditar que el doloso por cuanto que éste exige la prueba de un elemento subjetivo en el obligado legalmente a facilitar las medidas preventivas como es la voluntad y conocimiento de generar un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores¹³⁵. Sin perjuicio, como nos advierte la doctrina¹³⁶, de que la mayoría de los pronunciamientos judiciales aplican el tipo imprudente, siendo muy escasos los fallos judiciales en los que se acoge el dolo eventual; debe tenerse presente que en muchas ocasiones no cabrá apreciar el tipo imprudente porque, acreditado el conocimiento por parte del sujeto activo de la omisión de las medidas, estaríamos ante un supuesto de dolo eventual¹³⁷.

3. DELITO DE HOMICIDIO Y LESIONES

Una segunda vía de exigencia de responsabilidad penal se abre cuando la omisión de la normativa de seguridad y salud laboral produce un fallecimiento o lesiones. No se trata, precisamente, de una vía secundaria, más

competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya porque una inactualización inexcusable le conduzca a una situación de ineptitud manifiesta. También queda subsumida en aquella denominación la negligencia profesional, como tramo más acentuado de la imprudencia temeraria, en la que se detecta una especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen, estén o no reflejados en el estatuto que rige su actividad, inatenciones que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosas e incompatibles con el ejercicio de aquélla profesión por dejación inexcusable de los presupuestos de la 'lex artis' que le son propios».

¹³⁵ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 402.

¹³⁶ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 402.

¹³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): p. 638.

bien se erige en la principal fuente de imputación penal a tenor de la práctica que arrojan nuestros tribunales, de tal forma que cuando se produce una condena por un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, es en muchas ocasiones, en concurrencia con un delito de homicidio o lesiones.

Tanto la configuración del delito de homicidios como el de lesiones contemplan su comisión por omisión¹³⁸ cuando el sujeto activo tenga una obligación legal o contractual y haya generado una situación de riesgo para la vida e integridad física del bien jurídico protegido. Es posible, por tanto, subsumir en el delito de homicidio o lesiones, la muerte o las lesiones de un trabajador derivadas de la infracción de la normativa preventiva.

No obstante lo anterior, y a diferencia del delito de seguridad y salud en el trabajo, el sujeto activo en el delito de homicidio o en el de lesiones no tiene que ocupar una posición de garante respecto del sujeto activo; de suerte que no tiene porqué venir obligado a facilitar una medida preventiva, siendo suficiente verificar que a él se debe el resultado de lesión o muerte al omitir la norma preventiva. Se produce una ampliación de los posibles sujetos activos que incluiría, por ejemplo, al trabajador que infringe una norma de seguridad o salud laboral y causa la muerte o lesiones a otro trabajador. Un trabajador no podrá ser imputado penalmente por un delito contra la seguridad y salud ex artículo 316 CP pero sí lo podrá ser por un delito de homicidio o lesiones.

La ampliación del ámbito subjetivo en estos delitos también se da respecto a los posibles sujetos pasivos, pudiendo serlo aquellos que dudosamente lo serían en el tipo penal del artículo 316 CP, como, por ejemplo, un trabajador autónomo.

Otra diferencia se puede encontrar en la norma omitida, puesto que si en el artículo 316 CP sólo la norma preventiva que establez-

¹³⁸ MUÑOZ CONDE, F. (2017): pp. 30 y 94

ca obligaciones de facilitar medidas es la relevante a efectos de verificar dicho tipo penal, en los delitos de homicidio o lesiones cualquier norma de seguridad y salud laboral cuya omisión ha dado lugar al resultado de muerte o de lesiones sería apta para su subsunción en el tipo penal.

El artículo 138.1 CP establece la forma dolosa del homicidio —el que matare a otro—, mientras que el artículo 142 CP habla del tipo imprudente —el que por imprudencia grave o menos grave causare la muerte—. Ambas formas, dolosa e imprudente, también se admiten en el delito de lesiones; así el artículo 147.1 CP establece «el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental»; mientras que el apartado 1º del artículo 152 CP habla de «el que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones» y su apartado 2º se refiere a «el que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones». No obstante, se ha de indicar que es muy difícil la apreciación de la forma dolosa porque normalmente no hay una intención directa o eventual de producir la muerte o de lesionar a un trabajador siendo otras las intenciones que han llevado a la omisión de las medidas de seguridad y salud laboral, de ahí que la forma de culpabilidad que suele apreciarse es la imprudencia como lo demuestra la práctica forense de nuestros tribunales¹³⁹.

Mientras que en el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores solo resulta punible la imprudencia grave, en los delitos de homicidio y lesiones resulta punible tanto la imprudencia grave como la menos grave. El legislador no aporta ninguna pauta que permita delimitar ambos tipos de gravedad, de suerte que nos movemos ante conceptos jurídicos indeterminados que deben ser interpretados atendiendo las circunstancias concurrentes, el peligro de la acción u omisión, la capacidad del sujeto para ejecutarla y el contexto en que se

verifica¹⁴⁰. En cualquier caso la imprudencia grave se ha identificado con la imprudencia temeraria y la imprudencia profesional, de suerte que será grave cuando se vulnera de forma palmaria la norma de cuidado; reservándose la imprudencia menos grave para los supuestos en los que la norma de cuidado que se vulnera conlleva un plus de diligencia por parte del sujeto activo¹⁴¹.

Además en estos delitos se contempla la imprudencia profesional como un tipo agravado al llevar aparejada la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo. Se plantea la cuestión de si la imprudencia profesional es siempre grave o cabe la imprudencia profesional menos grave. Atendiendo a la estructura de los artículos 142 y 152 CP, la imprudencia profesional sólo se contempla en los apartados dedicados a la imprudencia grave, omitiéndose en los apartados dedicados a la imprudencia menos grave. Cabe afirmar que la imprudencia profesional no grave se encuentra despenalizada, lo que es lo mismo que afirmar que toda imprudencia profesional punible es grave¹⁴².

Otra peculiaridad diferencial con el delito contra la seguridad y salud laboral del artículo 316 CP, la encontramos en el delito de lesiones al contemplarse que el consentimiento supondrá una minoración de la pena a imponer en uno o dos grados (art. 155 CP). Esta previsión que no exonera de pena sino que solo la atenúa¹⁴³, plantea su aplicabilidad cuando la lesión es fruto de la inobservancia de una norma de seguridad y salud laboral, o dicho de otra manera, podría el consentimiento del trabajador minorar la responsabilidad penal de quien ocupa la posición de garante por estar obligado a otorgar una eficaz acción preventiva. La respuesta debe ser, en mi opi-

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 33.

¹⁴¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2015): p. 52.

¹⁴² De forma matizada MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 34, señala que no puede afirmarse que toda imprudencia sea grave sino que solo cuando es grave y profesional cabe la pena de inhabilitación.

¹⁴³ MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 107.

¹³⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 101.

nión, negativa, atendiendo, por un lado, a que las normas en materia de seguridad y salud se configuran como normas de derecho necesario mínimo indisponible (art. 2.2 LPRL), de suerte que en ningún caso el consentimiento del trabajador para no cumplir la normativa de prevención podrá exonerar al empresario de su responsabilidad; y, por otro lado, cuando se verifica la puesta en peligro por parte de un tercero –por ejemplo, un empresario– con consentimiento del trabajador para que aquel incumpla la normativa de prevención lo que se concreta realmente es la responsabilidad del tercero por la producción de unas lesiones a título de imprudencia¹⁴⁴, no se verifica realmente la existencia del consentimiento para que se produzcan las lesiones.

4. DELITO DE RIESGOS CATASTRÓFICOS

Una tercera posibilidad de exigir responsabilidad penal por infracción de normas de seguridad y salud en el trabajo, apuntada por la doctrina¹⁴⁵, viene constituida por la tipificación de lo que se denomina riesgos catastróficos en los artículos 341 a 350 del CP, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva.

Se establecen como ilícitos penales la emisión al exterior de energía nuclear o elementos radiactivos¹⁴⁶, las perturbaciones o alteraciones de las instalaciones nucleares¹⁴⁷, la exposición de personas a radiaciones ionizan-

tes¹⁴⁸, el apoderamiento de materiales nucleares o elementos radiactivos¹⁴⁹, los estragos¹⁵⁰ y la manipulación de materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos¹⁵¹, la manipulación de organismos¹⁵² y las excavaciones

diez años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años»

¹⁴⁸ El artículo 343.1 del CP tipifica como ilícito la puesta en peligro de la vida, integridad física, la salud o bienes de una o varias personas por quien «mediante el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, o la exposición por cualquier otro medio a dichas radiaciones».

¹⁴⁹ El artículo 345 del CP señala «el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, adquiera, posea, trafique, facilite, trate, transforme, utilice, almacene, transporte o elimine materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, multa de seis a dieciocho meses, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años».

¹⁵⁰ El artículo 346.1 del CP establece que «los que provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, daño a oleoductos, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad, hidrocarburos u otro recurso natural fundamental incurrirán en la pena de prisión de diez a veinte años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas».

¹⁵¹ Así el artículo 348.1 CP contempla que «los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años. Las mismas penas se impondrán a quien, de forma ilegal, produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono».

¹⁵² El artículo 349 del CP prevé que «los que en la manipulación, transporte o tenencia de organismos contravinieren

¹⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 109.

¹⁴⁵ GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 115; SALA FRANCO, T. (2007): p. 283

¹⁴⁶ De acuerdo con el artículo 341 del CP «el que libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años».

¹⁴⁷ El artículo 342 del CP señala que el que «perturbe el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o altere el desarrollo de actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes, creando una situación de grave peligro para la vida o la salud de las personas, será sancionado con la pena de prisión de cuatro a

y construcciones con infracción de las normas de seguridad¹⁵³.

Aunque un sector doctrinal mantiene que el bien jurídico tutelado es la vida y la salud de las personas, así como sus bienes¹⁵⁴, lo cierto que el sector mayoritario aboga por identificarlo con la seguridad colectiva y solo indirectamente a bienes jurídicos individuales¹⁵⁵; de suerte que se trata de figuras punitivas que buscan la protección general de todos los ciudadanos.

Estamos ante un conjunto de delitos de peligro en los que el sujeto activo, a diferencia de lo que acontece en el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, no tiene que estar obligado legalmente a facilitar medidas de seguridad, lo que amplía potencialmente los posibles sujetos imputables. En cuanto al sujeto pasivo, aunque como ya se ha dicho son los ciudadanos en su dimensión colectiva; sin embargo, esta identificación no excluye la protección de los trabajadores cuando se les haya puesto en peligro o causado un daño por infracción de normas de seguridad y salud laboral¹⁵⁶.

Si el tipo penal de artículo 316 CP hace referencia a la infracción, no de cualquier norma preventiva, sino solo de aquellas que contengan obligaciones de facilitar medidas de seguridad y salud, en estos delitos de riesgo se puede subsumir la puesta en peligro de la vida o la salud derivada de cualquier norma de pre-

las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años».

¹⁵³ Artículo 350 CP.

¹⁵⁴ ORTS BERENGUER, E. (2016): p. 525.

¹⁵⁵ Por todos, MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 533. Para QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2015): pp. 935-936, el bien jurídico siendo amplio y difuso se centraría en la calidad de la vida y la seguridad para el conjunto de los ciudadanos desde la óptica colectiva, no la individual.

¹⁵⁶ RUBIO RUÍZ, A. (2002): p. 617.

vención de riesgos laborales, establezca o no obligaciones de facilitar medidas preventivas.

Además los distintos tipos penales no exigen, a diferencia del delito contra la seguridad y salud laboral, que la puesta en peligro sea grave, de suerte que se tipifica la creación de un peligro, sea o no grave. Otro aspecto diferencial se encuentra en la admisión del tipo de culpabilidad, dado que sólo se contempla la forma dolosa, no siendo posible su comisión imprudente.

Especial mención merece el llamado delito de riesgos catastróficos por realización de obras previsto en el artículo 350 CP, en virtud del cual, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316, incurrirán en las penas previstas en el artículo anterior los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente».

La conducta típica en este delito no solo requiere la puesta en peligro de la vida y la salud sino que además exige que se verifique la posibilidad de que se generen «resultados catastróficos», estableciéndose una doble configuración del peligro para apreciar el tipo penal¹⁵⁷. Si no se da el peligro para la vida y salud aunque se genere un posible riesgo catastrófico o viceversa no se habrá producido el tipo penal contenido en el artículo 350 CP.

Se ha afirmado que la seguridad a la que se refiere este precepto no es la de los operarios que realizan los trabajos, pues si ésta resultara afectada se aplicaría el artículo 316 CP¹⁵⁸, lo que parece conducir a excluir su aplicación cuando la omisión de la medida de

¹⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 552.

¹⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2015): p. 958.

seguridad afecta a un trabajador, negando la posibilidad de que el trabajador pueda ser sujeto pasivo. Sin embargo, la afectación de la seguridad de un trabajador sí podría dar lugar a la aplicación del artículo 350 CP, puesto que, por un lado, no se excluye a los trabajadores expresamente, pues se habla de «personas» y, por otro lado, la expresión «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 316» no configura de forma excluyente la verificación conjunta del delito por estragos en obras y del delito contra la seguridad y salud de un trabajador, más bien supone reconocer la compatibilidad entre ambos delitos¹⁵⁹.

Cuestión distinta es si para que se pueda imputar simultáneamente un delito contra la seguridad y salud laboral y un delito de estragos en obras tiene que resultar afectada la vida y salud de un trabajador y de terceras personas o basta solamente con que afecte a quien tiene la condición de trabajador. La primera opción interpretativa ha sido defendida en la doctrina sobre la base de que admitir la concurrencia de los dos tipos penales cuando solo se afecte la vida y salud de un trabajador supondría una vulneración del principio *non bis in idem* por cuanto se estaría sancionando dos veces lo mismo¹⁶⁰. No obstante, ni la dicción del precepto exige que tenga que verse afectada la seguridad de personas que no tengan la condición de trabajador para que se produzca su aplicación; ni se sanciona dos veces por lo mismo, dado que el fundamento jurídico es distinto en ambos tipos penales, descartándose la posible vulneración del principio *non bis in idem*. En consecuencia, podría darse la imputación de ambos delitos cuando resultasen afectados únicamente trabajadores.

5. PENAS Y SITUACIONES DE CONCURSO

La pena prevista para el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, en su

forma dolosa, es la privación de libertad de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (art. 316 CP), mientras que en su forma imprudente, al preverse la inferior en grado (art. 317 CP), será la prisión de tres a seis meses (art. 71.2 CP).

Para el delito de homicidio doloso se contempla una pena de prisión de diez a quince años (art. 138 CP), mientras que su comisión por imprudencia grave se castiga con prisión de uno a cuatro años y, apreciada una imprudencia profesional, la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años (art. 142.1 CP) y por imprudencia menos grave con una multa de tres a dieciocho meses (art. 142.2 CP).

El delito de lesiones dolosas lleva aparejada una pena de prisión de seis meses a tres años o multa de seis a doce meses (art. 147.1 CP). Si las lesiones se deben a una imprudencia grave, la pena a imponer será de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses para el tipo básico, de prisión de seis meses a dos años para las lesiones con menoscabo no esencial de la integridad corporal ex artículo 150 CP, o de prisión de uno a tres años para las lesiones con menoscabo esencial de la integridad corporal prevista en el artículo 149 CP; añadiendo la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años si la imprudencia fuese profesional (art. 152.1 CP). Si las lesiones son producidas por una imprudencia menos grave, la pena prevista es de multa de tres meses a doce meses (art. 152.2 CP).

De los delitos de riesgos catastróficos, la pena prevista para el peligro generado en obras es penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años (art. 350 CP).

La posibilidad de que la infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo pueda dar lugar a incurrir en varios tipos pena-

¹⁵⁹ Admite la compatibilidad, entre otros, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. (2015): p. 863, DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): pp. 675-676.

¹⁶⁰ RUBIO Ruíz, A. (2002): p. 620.

les, unos de resultado –homicidio o lesiones– y otros de peligro –contra la vida y salud de los trabajadores o estragos en obras–, plantea la cuestión de la posible concurrencia de alguno de ellos y la pena a imponer en estas situaciones en la que unos mismos hechos pueden subsumirse, al mismo tiempo, en varios de los tipos penales.

Para resolver las situaciones de concurso el Código Penal dispone de varias reglas. Ante un supuesto de concurso real de delitos, cuando se cometen dos o más delitos por la comisión o realización de hechos diferenciados, se establece que se impondrán las penas previstas para cada uno de ellos (art. 73 CP). Ante un concurso ideal de delitos, cuando un solo hecho pueda subsumirse en dos o más tipos delictivos, se impondrá la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior, no pudiendo exceder la que resulte de sumar las penas si se impusiere por separado; o si uno de esos delitos es medio necesario para cometer el otro, se impondrá una pena superior a la prevista para la infracción más grave, no pudiendo exceder que la suma de las penas de los delitos si éstas se hubieran impuesto separadamente (art. 77 CP). Cuando la situación de concurso no pueda ser calificada como concurso, real o ideal, de delitos estaremos ante un concurso aparente de normas (art. 8 CP).

El supuesto de concurso que se aprecia más habitualmente en la práctica forense de nuestros tribunales es que la puesta en peligro de la vida o la salud de los trabajadores por infracción de una norma preventiva que prevé obligaciones de facilitar medidas de seguridad y salud acabe produciendo un resultado de muerte o lesiones. Ante esta situación de concurrencia de la comisión de dos posibles delitos, uno de riesgo y otro de resultado, la imposición de penas se resuelve atendiendo a si el trabajador muerto o lesionado es el único expuesto al peligro o, por el contrario, existen más trabajadores que hayan estado expuestos al riesgo aunque no se haya verificado en ellos ningún resultado de muerte o lesiones.

Si el peligro grave se ha generado solo sobre uno o varios trabajadores y sobre el o ellos se ha verificado un resultado dañoso para su vida o salud debe aplicarse la regla prevista para el concurso aparente de normas procesales en el artículo 8 CP, de suerte que el delito más amplio, en este supuesto el de resultado de muerte o lesiones, absorbe al más restringido, aquí el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores en cuanto penaliza un peligro que antecede al resultado. Si el resultado de lesiones o muerte se ha verificado en uno o varios trabajadores pero se ha expuesto al riesgo grave a otros trabajadores, entonces la pena a imponer sigue las reglas de concurso ideal de delitos ex artículo 77 CP¹⁶¹.

Esta solución ha sido la acogida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, al mantener que «cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3º CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; más cuando [...] el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que –como dice el Tribunal de instancia– en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos»¹⁶². Y aunque algún pronunciamiento posterior sólo se refería a la aplicación del concurso de delitos, sin efectuar distinción acerca de si el peligro grave se agotaba en el sujeto en el que se había materializado el daño o se

¹⁶¹ Por todos, GALLARDO GARCÍA, R.Mª. (2016): pp. 203-214; RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): pp. 447-452; FERNÁNDEZ COLLADOS, Mª.B. (2014): p. 89.

¹⁶² STS (Sala Penal) de 14 de julio de 1999 (RJ 1999, 6180).

exponía a él a otros sujetos¹⁶³, lo cierto es que pronunciamientos posteriores han confirmado la doble solución expuesta¹⁶⁴.

La otra gran situación de concurrencia de ilícitos penales se produce cuando la infracción de las normas de prevención además de generar un peligro para la vida y salud de los trabajadores, produce un riesgo catastrófico para dichos bienes jurídicos; es decir, cuando se presenta la posible concurrencia del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores y el delito por riesgos catastróficos en la obras, cuya solución presenta una dispar respuesta en la doctrina.

Hay quienes afirman que la pena a imponer debe resolverse mediante las reglas del concurso ideal de delitos, pues estaríamos ante unos mismos hechos que son subsumibles en dos delitos¹⁶⁵. Otros autores apuestan por una doble solución en función de si el riesgo grave solo ha afectado a trabajadores o también ha afectado a terceros que no tienen la condición de trabajador; de suerte que, si solo se ha afectado la vida y salud de trabajadores, debe aplicarse la regla del concurso aparente de normas que conlleva la aplicación del artículo 316 CP, quedando desplazado el artículo 350 CP por la especialidad del primero; aplicándose las reglas de concurso de delitos si el riesgo creado afecta no sólo a

trabajadores sino también a terceras personas no trabajadores de la empresa¹⁶⁶. Ahora bien, dentro de esta segunda opción interpretativa también cabe apreciar disparidad doctrinal, al sostenerse por algunos la existencia de un concurso ideal¹⁶⁷, mientras que otros apuestan por la aplicación de las reglas del concurso real de delitos el considerar que no hay una total o absoluta identidad entre los tipos contenidos en los artículos 316 y 350 CP, como lo demostraría que el sujeto pasivo no coincide plenamente, siendo, respectivamente, el trabajador y las personas o la comunidad; no pudiendo sostenerse la unidad de hecho¹⁶⁸. En mi opinión, aceptación la solución diferenciada, cuando el peligro afecte no solo a los trabajadores sino a terceras personas, debería aplicarse el concurso real de delitos, ya que no cabe apreciar unidad de hecho sino pluralidad de hechos al afectar a sujetos pasivos diferenciados –trabajadores y otras personas o el medio ambiente–, verificándose distintos hechos que dan lugar a distintos delitos que no provienen de un solo hecho, ni uno de ellos es medio necesario para la producción de otro, sino que son independientes.

Una última discusión doctrinal se presenta al aclarar la pena cuando el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores ex artículo 316 CP concurre con el delito de imposición a los trabajadores de condiciones laborales que perjudiquen, supriman o restrinjan sus derechos, como el derecho a la seguridad y salud en el trabajo (art. 311 CP). No es descartable que al imponer unas condiciones de trabajo que no respeten la normativa preventiva al tiempo que se perjudica, suprime o restringe el derecho del trabajador a la seguridad y salud en el entorno laboral se genere un peligro para su vida o salud. Ante esta situación concursal se ha sostenido tanto la existencia de dos delitos por unos mismos hechos que permiten aplicar las reglas del concurso ideal de delitos a la hora de deter-

¹⁶³ En efecto la STS (Sala Penal) de 26 de julio de 2000 (RJ 2000, 7920) afirmaba que el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores «alcanza su consumación por la existencia del peligro en sí mismo, sin necesidad de resultados lesivos, que de producirse conllevarían el régimen del concurso ideal (artículo 77 CP)».

¹⁶⁴ SSTS (Sala Penal) de 22 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 4433), 4 de junio de 2002 (RJ 2002, 6921) y 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 6547). De forma clara esta última resolución, citando y haciendo suya la STS (Sala Penal) de 14 de julio de 1999, afirma que debe aplicarse el concurso ideal de delitos «ya que la situación de peligro que caracteriza el delito contra la seguridad de los trabajadores ha progresado hasta producir lesiones en los trabajadores cuya protección se pretendía adelantar a través del delito de peligro mencionado, sin embargo, ha existido otros trabajadores cuya situación de grave peligro no se ha concretado en resultado alguno, por lo que no procede apreciar la concurrencia manteniéndose ambas conductas delictivas con autonomía, en concurso ideal».

¹⁶⁵ MUÑOZ CONDE, F. (2017): p. 552.

¹⁶⁶ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 512; RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): p. 464.

¹⁶⁷ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1997): pp. 125-126.

¹⁶⁸ MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. (2015): p. 863.

minar la pena a imponer, por cuanto estamos ante bienes jurídicos distintos¹⁶⁹; como la aplicación de las reglas del concurso aparente de normas –aplicándose el artículo 316 CP en detrimento del artículo 311 CP, por ser el primero el más completo–, al considerar, por un lado, que la infracción de la normativa preventiva es el desvalor del resultado en el artículo 311 CP, mientras que en el artículo 316 CP es el medio para producir el desvalor penalizado, de suerte que el desvalor del artículo 311 CP ya está incluido en el artículo 316 CP; por otro lado, porque las conductas previstas en ambos preceptos penales no resultan incompatibles entre sí¹⁷⁰. A mi juicio, es esta última solución, el concurso aparente de normas, la que debe aplicarse por cuanto la configuración del tipo penal en el artículo 316 CP permite entender incluido el perjuicio jurídico que se protege en el artículo 311 CP en el elemento «infracción de las normas de prevención de riesgos laborales» utilizada por aquél.

6. COMPATIBILIDAD DE RESPONSABILIDADES

La responsabilidad penal no es la única posibilidad que arbitra el ordenamiento jurídico para corregir el incumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, junto a ella coexisten otros mecanismos incardinados en las esferas administrativas, civiles, laborales y de seguridad social. Se plantea, entonces, la posible compatibilidad de la sanción penal con la depuración de responsabilidades en esos otros ámbitos.

6.1. Responsabilidad penal y responsabilidad administrativa

La posible compatibilidad entre la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, viene determinada por la aplicación

del principio *non bis in ídem*, en virtud del cual, de forma sucinta, no se puede imponer una sanción penal y una sanción administrativa a un sujeto por los mismos hechos. La plasmación de dicho principio viene establecida de forma expresa en el artículo 3.1 TRLISOS al sancionar que «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento»; deduciéndose también del artículo 42.3 LPRL, cuando al enumerar los mecanismos de responsabilidad compatibles con la imposición de una sanción administrativa no incluye la responsabilidad penal.

Ahora bien para que rija la regla de incompatibilidad se ha de constatar una triple identidad, a saber: en el elemento fáctico –hechos–, en el elemento subjetivo –sujetos– y en el elemento normativo –fundamento jurídico–. No siendo siempre apreciable dicha identidad no es descartable la posibilidad de una doble sanción, una administrativa y otra penal, por la infracción de normas de seguridad y salud laboral.

En cuanto al elemento subjetivo, tratándose de un empleador persona física la identidad subjetiva sí que es verificable por cuanto es posible que se sea sujeto activo en un ilícito penal –ya sea por atentar contra la seguridad y salud de los trabajadores, ya por homicidio o lesiones ya por provocar un riesgo catastrófico–, al tiempo que es el responsable administrativo en virtud de lo dispuesto en los apartados 1º y 8º del artículo 2 TRLISOS.

Ya hemos expuesto en este ensayo que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas contemplada en el artículo 31 bis CP exige que así se haya previsto expresamente en el Código Penal; y como quiera que ni para el delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, ni en los delitos de homicidio o lesiones, ni para los de riesgo catastrófico, se contempla expresamente la aplicación del citado precepto penal, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 31 CP, para los delitos de homicidio y lesiones y los de riesgo catastrófico, y al artículo 318 CP en lo relativo al delito contra la seguridad y

¹⁶⁹ RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): p. 464.

¹⁷⁰ AGUADO LÓPEZ, S. (2002): p. 498. También apuesta por el concurso aparente, entre otros, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. (2015): p. 863.

salud laboral, en los que se atribuye la responsabilidad, respectivamente, a los administradores o representantes y a los administradores o encargados del servicio.

Cuando se trata de un empresario que adopta la forma de persona jurídica –la más habitual en el tráfico mercantil– es imposible apreciar dicha identidad porque mientras que en el ámbito administrativo será responsable el empresario con independencia de si es persona física o jurídica, en el ámbito penal en relación a los delitos que pueden verificarse cuando se infringe la normativa de prevención de riesgos laborales, la responsabilidad no se imputará a la persona jurídica si no a personas físicas, de suerte que se produce una doble vía en virtud de la cual, por unos mismos hechos, es sancionada, administrativamente, la empresa persona jurídica y, penalmente, la persona física¹⁷¹.

Esta solución es la mantenida en varios pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que mantiene que «la identidad subjetiva supone que el sujeto afectado debe ser el mismo, cualquiera que sea la naturaleza o autoridad judicial o administrativa que le enjuició, y en el supuesto que analizamos falta uno de los elementos concurrentes, pues los sujetos afectados no son los mismos, ya que se impuso a la empresa recurrente una sanción [...] por la comisión de una infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales, respecto de unos hechos que habían sido objeto de un procedimiento penal [...] en el que fueron condenados el gerente, el responsable de producción, la responsable de medio ambiente, calidad y prevención y el encargado de turno. En consecuencia, en este supuesto, no concurre la identidad de litigantes que estén en la misma situación porque la condena recae en uno y otro orden jurisdiccional sobre sujetos distintos y que no se funden en una sola y común identidad»¹⁷². No obstante la Sala de

lo Social del Tribunal Supremo¹⁷³, parece admitir la posibilidad de apreciar la identidad subjetiva, y en consecuencia aplicar el principio non bis ídem, cuando en virtud de unos mismos hechos se sanciona penalmente a una persona física y administrativamente a la empresa, tomando como premisa un pronunciamiento del Tribunal Constitucional – STC 177/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 177)– en el que se apreció la identidad subjetiva y, consecuentemente, la aplicación del principio non bis ídem.

Es verdad que la STC 177/1999, de 11 de octubre, partiendo de la premisa de que «la articulación procedimental del ne bis in ídem [...] se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble inculminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos –penal y administrativo sancionador– atribuidos a autoridades de diverso orden», sostiene «que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento»; apreciando la identidad subjetiva a pesar de que la empresa es condenada administrativamente y la persona física penalmente; pero el más cercano pronunciamiento contenido en la STC 70/2012, de 16 de abril (RTC 2012, 70), es más claro y rotundo al afirmar que en estos supuestos «no cabe apreciar la concurrencia de una identidad subjetiva en los procesos administrativo y penal que pudiera dar lugar a la infracción del principio non bis in ídem»¹⁷⁴.

tencioso-Administrativo) de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014, 912); 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2759); 6 de octubre de 2009 (RJ 20100, 969); 15 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7780).

¹⁷³ STS (Sala Social) de 15 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 6625).

¹⁷⁴ Solución ya anticipada en algunos autos del Tribunal Constitucional, como el ATC 454/1986, de 21 de marzo (RTC 1986, 454 AUTO), el ATC 355/1991, de 25 de noviembre (RTC

¹⁷¹ En relación con la doble vía, por todos, GALLARDO GARCÍA, R.M.^e. (2016): pp. 217-220.

¹⁷² STS (Sala Contencioso-Administrativo) de 12 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1485). En idéntico sentido, SSTS (Sala Con-

La actual articulación de la responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral ex artículo 318 CP, a pesar del pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, consagra una doble vía que hace inaplicable el principio *non bis in ídem*, y que contrasta con la potencial aplicabilidad del mismo cuando se trata de un empresario persona física. No siendo deseable y careciendo de justificación alguna esta solución diferenciada, sería deseable una reforma de la norma penal que permitiese un tratamiento y una posibilidad unitaria de aplicación o inaplicación del principio *non bis in ídem*.

En lo atinente a la identidad fáctica debe tenerse presente que no todas las infracciones tipificadas en el TRLISOS serían susceptibles de subsumirse en un ilícito penal. Desde luego debe descartarse que las infracciones leves puedan generar un riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores, ni un riesgo catastrófico o puedan producir lesiones o la muerte. Pero tampoco muchas de las conductas tipificadas administrativamente como infracciones graves o muy graves serían susceptibles, por ejemplo, de crear un riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores que permitiera apreciar la existencia de responsabilidad penal¹⁷⁵. Es por ello que muchos de las infraccio-

nes a la normativa preventiva que se presenten en la realidad no permitirán la aplicación del principio *non bis in ídem* porque siendo susceptibles de ser sancionados administrativamente no encajarán en el tipo penal. La requerida identidad de hechos limitará la operatividad de la prohibición de la doble sanción por la simple circunstancia de que no se verificará la potencial existencia de dos sanciones a imponer, una administrativa y otra penal.

La tercera identidad para que sea operativo el principio *non bis in ídem* hace referencia a la necesidad de que el fundamento de la sanción sea idéntico. Se apreciará esta identidad cuando el tipo penal y el ilícito administrativo traten de proteger idéntico bien jurídico. Se trata de una cuestión no pacífica¹⁷⁶ en la que la toma de postura requiere partir de la averiguación de los bienes jurídicos que se protegen. En la esfera sancionadora administrativa, solo algunos de los ilícitos tienen su razón de ser en la salvaguarda de la vida y salud de los trabajadores; razón de ser que es el bien jurídico protegido en el delito contra la seguridad y salud contra los trabajadores en el artículo 316 CP y que de forma más genérica cabe apreciar también en los delitos de muerte y lesiones en los que sería la vida y salud de los ciudadanos, entre los que cabe incluir a los trabajadores¹⁷⁷. Esta coincidencia hará posible una limitada operatividad del principio de *non bis in ídem* por falta de identidad del fundamento. Y aun menor operatividad tiene la prohibición de la doble imposición de sanciones cuando se ve afectado el delito de riesgo

1991, 355 AUTO) o el ATC 357/2003, de 10 de noviembre (RTC 2003, 357 AUTO).

¹⁷⁵ La identificación de las infracciones administrativas que pudieran a su vez ser constitutivas del tipo penal ex artículo 316 CP es una labor sometida a disparidad doctrinal, así para PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): p. 3, no encajarían en el tipo penal del artículo 316 CP, del artículo 12 del TRLISOS, los apartados 4 (registro y archivo de datos), 19 (información y documentación a los trabajadores designados para tareas de prevención o al servicio de prevención), 20 (auditoría), 21 y 22 (pues recogen obligaciones de los servicios de prevención externos), 25 (obligaciones de las entidades auditoras) y 26 (obligaciones de las entidades de formación preventiva), y del artículo 13 TRLISOS, los apartados 5 (deber de confidencialidad sobre datos médicos), 11 (servicios de prevención externos, entidades auditoras y entidades formativas que actúen sin autorización administrativa previa), 12 (incumplimiento de la incompatibilidad sobre vínculos comerciales y financieros entre servicios de prevención externos y auditorías con las empresas concertadas o auditadas), 13 (alteración y/o falseamiento de informes auditores) y 14 (pactos fraudulentos de elusión de

responsabilidades). Más restrictiva se muestra GALLARDO GARCÍA, R.M.ª. (2016): pp. 220-221, quien considera que las infracciones administrativamente tipificadas como graves o muy graves que suponen una tipificación de la creación de un riesgo grave serían las contenidas en los apartados 8, 9, 16 y 17 del artículo 12 TRLISOS y los apartados 4, 6 y 10 del artículo 13 de la TRLISOS.

¹⁷⁶ Como nos advierte GALLARDO GARCÍA, R.M.ª. (2016): p. 222, parte de la doctrina considera que no se protege el mismo bien jurídico, lo que supondría un mayor campo de acción para la doble imposición de sanciones penal y administrativa.

¹⁷⁷ No aprecia identidad de fundamento entre una sanción administrativa y una sanción penal por homicidio o lesiones, por todos, ALFONSO MELLADO, C. (2006): p. 51.

catastrófico en el que el bien jurídico protegido es la seguridad colectiva.

6.2. Responsabilidad penal y responsabilidad civil

La compatibilidad entre la imposición de una sanción penal y el resarcimiento civil viene afirmada en el artículo 109 CP al establecerse que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados»; comprendiéndose tanto la restitución y la reparación del daño como la indemnización de los perjuicios materiales y morales que se hubieran causado (art. 110 CP).

Aceptada expresamente la compatibilidad de ambos tipos de responsabilidades, se establece que quien es responsable penal de un delito lo es también a título civil si hubieran derivado de los hechos daños o perjuicios (art. 116 CP), así como las personas naturales o jurídicas¹⁷⁸, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción (art. 120.3º CP).

Como la premisa para el nacimiento de responsabilidad civil es la generación de un daño y perjuicio, la doctrina ha advertido que no cabe apreciarla en los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores ex artículo 316 CP por tratarse de un delito de peligro –igual solución cabría sostener, entonces, en relación a los delitos de riesgos catastróficos–; y, por el contrario, si podría surgir cuando el

incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales produjese la muerte o lesiones¹⁷⁹. No obstante, cabe preguntarse si no sería posible el nacimiento de responsabilidad civil en los delitos ex artículo 316 CP, en la medida en que el peligro grave pueda generar un daño, fundamentalmente moral, sin afectar a su salud mental –pues entonces estaríamos ante la producción de unos hechos subsumibles en tipo penal de lesiones–, dado que la responsabilidad civil derivada de delito abarca la indemnización de este tipo de daños.

Siendo compatible la exigencia de responsabilidad penal y civil, corresponderá al juez penal determinar la cuantía de esta última, salvo que se haya efectuado reserva expresa de la acción de responsabilidad civil para su reclamación en la jurisdicción competente (art. 119 CP); competencia que viene actualmente reconocida expresamente a la jurisdicción social al tener atribuido ésta el conocimiento de las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad, por los daños originados en el ámbito de la prestación de servicios o que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, incluida la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente [art. 2 b) LRJS]¹⁸⁰.

6.3. Responsabilidad penal y responsabilidad laboral y de seguridad social

En la mayoría de los supuestos en los que se produzca una infracción de las normas de seguridad y salud laboral que se pueda subsumir en

¹⁷⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): p. 139.

¹⁸⁰ Como acertadamente señala ALEGRE NUNO, M. (2016): pp. 643-644, la LRJS ha acabado con la disputa competencial entre la Sala de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo en relación al conocimiento de la responsabilidad civil derivada del contrato de trabajo.

¹⁷⁸ Como advierte GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 124 se trata, a pesar de la redacción del precepto que parece sugerir una responsabilidad subsidiaria, de una responsabilidad directa de la empresa.

alguno de los tipos penales expuestos en este ensayo, en la medida en que el sujeto activo sea el empresario, no es posible el nacimiento de una responsabilidad laboral, que se identifica con la responsabilidad disciplinaria. Solo cuando el ilícito penal sea cometido por un trabajador al que se ha delegado las obligaciones empresariales en materia preventiva, podrá surgir –y ser compatible– una responsabilidad disciplinaria.

Más clara aparece la compatibilidad de la responsabilidad penal con la responsabilidad que en materia de seguridad social se pueda exigir por incumplimientos de la normativa preventiva, puesto que mientras que la primera trata de reparar el riesgo o resultado generado, la segunda trata de proteger la situación de necesidad o a sancionar indirectamente a la empresa incumplidora¹⁸¹. Pero es que, además, respecto, al recargo de prestaciones la propia normativa declara su compatibilidad con la posible sanción penal (art. 164.3 TRLGSS).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO LÓPEZ, S. (2002): «El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 318 del Código Penal», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALEGRE NUNO, M. (2016): «La contribución de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la tutela judicial del Derecho a la Seguridad y Salud en el trabajo», en TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUNO, M.: «Análisis práctico de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», ed. Lex Nova-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- ALFONSO MELLADO, C. (2006): «Manifestaciones de la responsabilidad empresarial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en PUMAR BELTRÁN, N. (coord.): «La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral», ed. Bomarzo, Albacete.
- APARICIO TOVAR, J. (2006): «Los sujetos obligados a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable, especial referencia a la cooperación entre empresarios», en TERRADILLOS BASOCO, J.M. y ACALE SÁNCHEZ, M. (coord.): «Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral: (I Jornadas Universitarias Jurídicas)», ed. Consejería Empleo Junta Andalucía.
- ARROYO ZAPATERO, L. (1981): «La protección penal de la Seguridad en el Trabajo», ed. Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Madrid.
- BARBANCHO TOVILLAS, F, RIVAS VALLEJO, P. y PURCALLA BONILLA, M.A. (1999): «La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores», en *Tribuna Social*, nº 99.
- BARTOMEUS PLANA, D. (1998): «El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo», en ROJO TORRECILLA, E (coord.): «Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social», ed. Bosch, Barcelona.
- BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J. (1997): «Derecho penal del trabajo», ed. Trotta, Madrid.
- CAMAS RODAS, F. (2006): «Responsabilidad empresarial por siniestralidad laboral», en PUMAR BELTRÁN, N. (coord.): «La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral», ed. Bomarzo, Albacete.
- COBO DEL ROSAL, M. y SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2004): «Responsabilidad penal por accidentes laborales», en *Cuadernos de política criminal*, nº 82.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2001): «Seguridad en el trabajo y Derecho Penal», ed. Bosch, Barcelona.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2008): «Los delitos contra los derechos de los trabajadores», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ESCAJEADO SAN EPIFANIO (2000): «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o salud de las personas», en *Actualidad Penal*, nº 38.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B. (2014): «La responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo», ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- GALLARDO GARCÍA, R.M^a. (2016): «Protección jurídica de la vida y salud de los trabajadores. Derecho penal. Derecho administrativo sancionador», ed. Comares, Granada.
- GARCÍA MURCIA, J. (2003): «Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo», ed. Aranzadi-Thomson, Cizur Menor.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1999): «Las responsabilidades de los técnicos de prevención», en *Revista Seguridad y Salud en el Trabajo*, nº 3. (Consultado el 20 de abril de 2018 en <http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnnextoid=-973f94a0b1787110VgnVCM100000b80ca8c0RCRD&vgnnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD>)
- HORTAL IBARRA, J. (2005a): «Responsabilidades penales de las subcontratas en materia de prevención de riesgos laborales», en *Tribuna Social*, nº 175.

¹⁸¹ Por todos, GARCÍA MURCIA, J. (2003): p. 125.

- HORTAL IBARRA, J.C. (2005b): «Protección penal de la seguridad en el trabajo», ed. Atelier, Barcelona.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (1994): «La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo», ed. Civitas, Madrid.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2005): «La prevención penal de los riesgos laborales: cinco preguntas», en AA.VV.: «Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal», ed. Dykinson, Madrid.
- LÓPEZ BALAGUER, M. (2016): «Prevención de riesgos laborales y ETT», en TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUNO, M.: «Análisis práctico de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», ed. Lex Nova-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- LOUSADA AROCHENA, J.F. (2003): «Las responsabilidades de los técnicos de prevención», en *Revista de Derecho Social*, nº 22.
- MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C. (2015): «Derecho penal económico y de la empresa», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, L. (2004): «La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva», ed. Aranzadi-Thomson, Cizur Menor.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (2004): «Comentario al artículo 1 LPRL», en MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios», ed. Comares, Granada.
- MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J. y ALZAGA RUIZ, I. (2009): «Curso de Seguridad y Salud en el trabajo», ed. Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid.
- MORILLAS CUEVA, L. (2005): «La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud laboral», en LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J.M.: «Prevención de riesgos laborales, salud laboral y siniestralidad laboral. Aspectos penales, laborales, administrativos e indemnizatorios», ed. Consejo General Poder Judicial, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. (2017): «Derecho Penal. Parte Especial», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- NAVARRO CARDOSO F. y LOSADA QUINTAS, J. (2001): «La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Actualidad Penal*, nº 40.
- ORTS BERENQUER, E. (2016): «Delitos contra la seguridad colectiva: riesgos catastróficos. Incendios», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Derecho Penal. Parte Especial», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ORTUBAY FUENTES, M. (2000): «Tutela de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código Penal», ed. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao.
- PÉREZ CAMPOS, A.I. (2012): «Ámbito aplicativo subjetivo de la legislación de prevención de riesgos laborales. Colectivos incluidos y excluidos», en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M^a.P.: «Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales», ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- PUPPE, I. (2001): «La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales», ed. Comares, Granada.
- PURCALLA BONILLA, M.A. (2005): «Delitos específicos de peligro contra la seguridad y la salud de los trabajadores: la conducta típica en los artículos 316 y 317 CP», en *Aranzadi Social*, nº 22 (También en www.aranzadidigital.es, ref. BIB 2005/2741).
- PURCALLA BONILLA, M.A. (2012): «Los fabricantes, distribuidores y suministradores de equipos de trabajo», en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M^a.P.: «Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales», ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2015): «Derecho Penal. Parte Especial», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RAMÍREZ BARBOSA, P.A. (2007): «El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo. Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal», ed. Iustel, Madrid.
- RAMOS MORAGUES, F. (2016): «La prevención de riesgos laborales en la Administración Pública: ámbito público y especialidades», en TOSCANI GIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUNO, M.: «Análisis práctico de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», ed. Lex Nova-Thomson-Reuters, Cizur Menor.
- RIVERO LAMAS, J. (1996): «Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales», en *Actualidad Laboral*, nº 36.
- RUBIO RUÍZ, A. (2002): «Manual de derechos, obligaciones y responsabilidades en la prevención de riesgos laborales», ed. Fundación Confemetal, Madrid.
- SÁEZ VALCÁRCCEL, R. (2006): «¿Acaso se suicidan los obreros? El accidente de trabajo y la culpa en cierta práctica judicial», en *Revista de Derecho Social*, nº 33.
- SALA FRANCO, T. (2007): «Derecho de la prevención de riesgos laborales», ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2012): «Responsabilidad de los coordinadores de seguridad en las obras de construcción: ¿en busca de una cabeza de turco?», en MONEREO PÉREZ, J.L. y RIVAS VALLEJO, M^a.P.: «Tratado de Salud Laboral. Tomo I. Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales», ed. Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor.

- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J.R. (2002): «La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Revista Penal*, nº 10.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. (2006): «La siniestralidad laboral como delito», ed. Bomarzo, Albacete.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M. y BOZA MARTÍNEZ, D. (2017): «El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones», ed. Bomarzo, Albacete.
- THIBAUT ARANDA, J. (2008): «Comentario al artículo 1 LPRL», en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Ley de Prevención de Riesgos Laborales», ed. La Ley, Madrid.
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. (2013): «Las distintas responsabilidades de los técnicos en PRL en el ejercicio de su profesión», en *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, nº 28.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La protección de la vida y salud de los trabajadores se hace desde la óptica preventiva, se trata de evitar que se generen riesgos no de repararlos. Sin embargo, la realidad evidencia que los riesgos se actualizan y producen daños que afectan a los trabajadores debido a varios factores, como por ejemplo, la existencia de riesgos en determinadas actividades que no se pueden eliminar, o el intento de ahorro de costes por parte de las empresas mediante el incumplimiento de las normas preventivas.

Cuando el riesgo se actualiza, el ordenamiento debe poder responder a la demanda de los afectados de cara a su reparación o resarcimiento. En materia de seguridad y salud se contempla todo un sistema de mecanismos que permiten exigir la responsabilidad por los daños causados, que se caracteriza por la confluencia de varias posibilidades que se ofrecen a los afectados. Debe advertirse que estos mecanismos de exigencia de responsabilidad que actúan ex post a la actualización del riesgo, también llevan implícita una vocación preventiva, en la medida en que los obligados a cumplir la normativa de seguridad y salud en el trabajo son conocedores de que se desplegará sobre ellos todo un elenco de instrumentos encaminados a depurar sus responsabilidades ante los daños causados; convirtiéndose en instrumentos desincentivadores de conductas infractoras.

Uno esos mecanismos de depuración y exigencia de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo se encuentra establecido en el ordenamiento penal, al que hace referencia la propia LPRL cuando, al hablar en el artículo 42 de la responsabilidad administrativa, menciona expresamente que el incumplimiento de la normativa preventiva puede generar una responsabilidad de naturaleza penal.

En el presente trabajo se ha tratado de indagar en las opiniones doctrinales y en los criterios judiciales para determinar una visión de la responsabilidad penal ante incumplimientos de las normas de prevención de riesgos laborales. Sobre estas premisas se ha analizado con detenimiento los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores previstos en los artículos 316 y 317 CP que tipifican como conducta punible, mediando dolo o imprudencia, la de quien con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando obligados legalmente a ello, no facilita 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.

Se procede a exponer las cuestiones más controvertidas en relación a los elementos que configuran la conducta penal tipificada en los artículos 316 y 317 CP, a saber: un elemento normativo, como es la infracción de las normas de prevención; un elemento fáctico, como es la omisión de medidas necesarias y adecuadas; y un elemento valorativo, como es la generación de un riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores.

A continuación se ofrece un detallado análisis de la dimensión subjetiva en este delito, tanto en lo relativo a los posibles sujetos activos y pasivos, como en lo concerniente a la forma de comisión, dolosa o imprudente. Se procede a analizar los posibles sujetos activos partiendo de la premisa establecida en el artículo 316 CP en la expresión «los obligados legalmente»; así como los sujetos pasivos, con una especial atención al trabajador autónomo. Como estamos ante un delito que admite la culpabilidad tanto en su forma dolosa como en su forma imprudente, siendo el único de los delitos contra los derechos de los trabajadores que penaliza la imprudencia, procediendo a exponerse las principales notas características de cada una de ellas.

De forma más sucinta se exponen las otras dos vías penales –los delitos de homicidio y lesiones y los delitos catastróficos– para reparar los incumplimientos de la normativa de seguridad y salud laboral, efectuando un contraste con el delito configurado en el artículo 316 CP.

La posibilidad de que un incumplimiento de la norma preventiva pueda desencadenar la aplicación de varios tipos delictivos plantea la necesidad de abordar las situaciones concursales, para determinar qué reglas se han de aplicar –curso aparente de normas o concurso de delitos– para imponer las penas.

Se cierra el ensayo con una exposición de la posible compatibilidad de la sanción penal con las exigencias de responsabilidades de otras índoles, con especial atención a la compatibilidad con la sanción administrativa y la aplicabilidad del principio *non bis in idem*. A pesar de esta diversidad de vías para exigir posibles responsabilidades penales derivadas de la infracción de la normativa penal, se ha de evidenciar que la realidad judicial –tanto en el pasado como en el presente– nos permite concluir que la exigencia de responsabilidad penal se encauza a través de los delitos genéricos de homicidio o lesiones, siendo excepcional que la misma se solicite al amparo exclusivo del delito especial de omisión de medidas de seguridad e higiene. Dicho de otra manera, la dimensión penal de la exigencias de responsabilidad parece que viene caracterizada por el hecho de que sólo cuando se produce la muerte o se generan lesiones es cuando se pone en marcha.

Palabras clave: Responsabilidad penal; prevención riesgos laborales.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT The protection of the life and health of workers is done from the preventive point of view, it is about avoiding that risks are generated, not about repairing them. However, reality shows that the risks are updated and produce damages that affect workers due to several factors, such as the existence of risks in certain activities that can not be eliminated, or the attempt to save costs by of companies through non-compliance with preventive regulations.

When the risk is updated, the order must be able to respond to the demand of those affected for reparation or compensation. In terms of safety and health, a whole system of mechanisms is contemplated that allows for liability for damage caused, which is characterized by the confluence of several possibilities offered to those affected. It should be noted that these liability mechanisms that act *ex post* to update the risk, also imply a preventive vocation, to the extent that those required to comply with occupational safety and health regulations are aware that it will be deployed on them a whole list of instruments aimed at purifying their responsibilities in the face of the damage caused; becoming instruments to discourage offenders behavior.

One of these mechanisms for debugging and demanding responsibilities in matters of occupational safety and health is established in the criminal law, to which the LPRL itself refers when, in article 42 of the administrative responsibility, it expressly mentions that the Failure to comply with the preventive regulations may lead to a criminal liability.

In this doctrinal study we have tried to investigate doctrinal opinions and judicial criteria to determine a view of criminal responsibility for breaches of the rules of prevention of occupational hazards. On these premises has been analyzed carefully the crimes against the safety and health of workers provided in articles 316 and 317 CP that typify as punishable conduct, through intent or recklessness, the one who violates the rules of prevention of occupational risks and being legally obliged to do so, does not provide the necessary means for workers to carry out their activity with the appropriate safety and hygiene measures, in such a way that they put their life, health or physical integrity in serious danger.

We proceed to present the most controversial issues in relation to the elements that make up the criminal behavior typified in Articles 316 and 317 PC, namely: a normative element, such as the violation of the rules of prevention; a factual element, such as the omission of necessary and adequate measures; and an evaluative element, such as the generation of a serious risk to the life and health of workers.

Below is a detailed analysis of the subjective dimension in this crime, both in terms of possible active and passive subjects, and in regard to the form of commission, intentional or reckless. We proceed to analyze the possible active subjects starting from the premise established in article 316 CP in the expression «those legally bound»; as well as the passive subjects, with a special attention to the autonomous worker. Since we are dealing with a crime that admits guilt, both in its fraudulent way and in its reckless form, being the only one of the crimes against the rights of workers that penalizes imprudence, proceeding to expose the main characteristics of each of them.

More succinctly, the other two criminal procedures – the crimes of homicide and injury and catastrophic crimes – are exposed to redress the breaches of occupational health and safety regulations, making a contrast with the offense set forth in article 316 of the Criminal Code.

The possibility that a breach of the preventive rule may trigger the application of various types of crime raises the need to address the situations of bankruptcy, to determine which rules are to be applied – apparent competition of rules or contest of crimes – to impose penalties.

The essay is closed with an explanation of the possible compatibility of the criminal sanction with the requirements of other types of responsibilities, with special attention to

the compatibility with the administrative sanction and the applicability of the principle of non bis in idem.

Despite this diversity of avenues to demand possible criminal liability derived from the infraction of criminal law, it must be shown that the judicial reality – both in the past and in the present – allows us to conclude that the requirement of criminal responsibility is channeled through the generic crimes of homicide or injury, being exceptional that it is requested under the exclusive protection of the special offense of omission of safety and hygiene measures. In other words, the criminal dimension of liability demands seems to be characterized by the fact that only when death occurs or injuries are generated is it set in motion.

Keywords: Penal responsibility; labor risk prevention.

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL



Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho del trabajo

REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

138

2018

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho del Trabajo

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Yolanda Valdeolivas García**, Secretaria de Estado de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Borja Suárez Corujo**, Director General de Ordenación de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Marcos Fraile Pastor**, Subdirector General de Relaciones Internacionales Sociolaborales.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor de Derecho de la UE. **Pilar González Puente**, Directora del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

María Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Ángel Antonio Blasco Pellicer, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Cristina Gortazar Rotaeché, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Gonzalo Giménez Coloma
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@mitramiss.es

Internet: <http://www.mitramiss.es>

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho del Trabajo

PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS RIESGOS PROFESIONALES

SUMARIO

EDITORIAL, *Joaquín García Murcia*, 9

I. ESTUDIOS

Marco estratégico de la Unión Europea en materia de seguridad y salud: retos y repercusión en el ordenamiento español. *M^a de los Reyes Martínez Barroso*, 19

La intervención normativa de la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales. *Iciar Alzaga Ruiz*, 59

Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT. *Margarita Isabel Ramos Quintana*, 91

Beneficios de la promoción de la salud en las organizaciones productivas. *María Gea Brugada*, 115

De la prevención de riesgos a la promoción de la salud en el trabajo: avances en la negociación colectiva. *Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo*, 139

Vigilancia de la salud laboral y protección de datos. *Sonia Isabel Pedrosa Alquézar*, 163

La prevención laboral efectiva frente al riesgo durante la lactancia: historia, estado de la cuestión y expectativas. *María Amparo Ballester Pastor*, 187

Sostenibilidad ambiental y prevención de riesgos laborales: reflexiones sobre el sector de la construcción ecológica. *Susana Rodríguez Escanciano*, 219

Riesgos laborales en carretera. *Beatriz Agra Viforcós*, 271

Prevención de riesgos y actividad laboral de estiba y desestiba. *María Teresa Igartua Miró*, 307

Prevención laboral y protección social de los trabajadores expatriados. *Lourdes López Cumbre*, 335

Prevención y protección de los riesgos profesionales en el trabajo autónomo. *Sira Pérez Agulla*, 365

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la política institucional en prevención de riesgos laborales. *José Ignacio Sacristán Enciso*, 397

La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo. *Juan Gil Plana*, 435

El recargo de prestaciones y su compleja convivencia procesal con las responsabilidades penales y administrativas derivadas de accidente de trabajo. *Paz Menéndez Sebastián*, 483

La competencia del orden jurisdiccional social en la materia de seguridad y salud en el trabajo. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 517

El deber de seguridad del empleador y el principio protector en Latinoamérica. *María Cristina Gajardo Harboe*, 547

II. DOCUMENTOS

Conclusiones generales del XXVIII Congreso de la AEDTSS, celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela. *Marta Fernández Prieto*, 565