

LA PREVENCIÓN PENAL DE LOS RIESGOS LABORALES: CINCO PREGUNTAS

Juan Antonio Lascuráin Sánchez

Universidad Autónoma de Madrid

Versión publicada en Carbonell Mateu, Juan Carlos (coord.), Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal, Editorial Dykinson, Madrid, 2005

<http://www.cienciaspenales.net>

LA PREVENCIÓN PENAL DE LOS RIESGOS LABORALES: CINCO PREGUNTAS

JUAN ANTONIO LASCURAÍN SÁNCHEZ
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN.

1. La siniestralidad laboral constituye un problema gravísimo y, si no creciente, sí desde luego probadamente resistente a los más diversos intentos sociales y jurídicos de solución o de reducción. Así lo corrobora el informe que encargó la Presidencia del Gobierno al profesor Durán López, ex presidente del Consejo Económico y Social, publicado en el año 2001¹. De los datos que recoge debe subrayarse tanto el de que la siniestralidad laboral haya crecido en España entre los años 1994 y 1999, como el que la de carácter mortal, afortunadamente decreciente en dicho período, siga suponiendo más de mil muertes al año. Significativo es también el que España sea el único Estado de la Unión Europea en el que se producía tal aumento de la siniestralidad, y que sólo Portugal presente unos índices relativos de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales peores que los nuestros.

Si las solas cifras de siniestralidad alertan sobre la sobrecogedora gravedad del fenómeno, su comparación con las de los Estados que nos son más próximos nos dicen que se pueden hacer más cosas para disminuirla, que caben nuevas políticas sociales y jurídicas para prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. En la pregunta acerca de qué políticas hayan de ser éstas existe la tentación de mirar al Derecho Penal como panacea. No en vano constituye el instrumento jurídico más contundente de que disponemos para sostener las elementales reglas de convivencia social. “Castiguemos duramente a los que provocan los accidentes y resolvamos el problema”, nos decimos: “impongamos severas condiciones de seguridad y hagámoslas valer con fuerza, enviando a la cárcel al empresario

¹ “Informe sobre riesgos laborales y su prevención la seguridad y la salud en el trabajo en España: estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención”, Madrid (Presidencia de Gobierno), 2001.

que las ignore, y asunto terminado”.

Este planteamiento es obviamente ingenuo, y la confianza que muestra en el Derecho Penal, ciega. En primer lugar, porque, al menos en buena parte, el riesgo laboral no es sino una consecuencia de la manera que hemos elegido para vivir. Si queremos folios blancos y camisas blancas resultará que habrá que fabricarlos con ciertos componentes químicos, potencialmente nocivos para quienes los manipulan – y para el medio ambiente en el que vivimos todos, pero esa es otra historia -. Si queremos además que los folios y las camisas blancas no sean carísimas, resultará que las medidas de seguridad que habrá que adoptar en su fabricación habrán de ser hasta cierto punto limitadas. El que haya más o menos riesgo laboral, más o menos accidentes y enfermedades en el proceso de producción, depende fundamentalmente de una decisión social acerca de qué procesos productivos permitimos y acerca de dónde situamos la frontera del riesgo permitido en los procesos que permitimos. De ahí que la reflexión fundamental para solucionar el problema de la siniestralidad laboral no sea una reflexión técnico-jurídica, sino una reflexión política, económica y social.

Naturalmente que una vez fijada esa frontera del riesgo permitido deberemos establecer los mecanismos adecuados para hacerla respetar. Y aquí es donde el Derecho Penal puede jugar, desde luego, un papel importante, pero no único ni *per se* decisivo. Bastante más importante que la política criminal en este ámbito es la política social, económica y administrativa². El que haya menos accidentes de trabajo porque haya un mayor respeto a las normas de seguridad en la actividad laboral va a depender mucho más que de los delitos que tipifiquemos o que apliquemos, de factores tales como que el empleo sea más estable; que existan unos sindicatos fuertes y concienciados; que se promueva una ambiciosa actividad administrativa de asesoramiento, ayuda, premio y sanción, capaz de penetrar en una actividad productiva cada vez más segmentada y más descentralizada; que se refuercen los sistemas de control externos e internos de los centros de trabajo; que se regule con precisión y generosidad el ejercicio del derecho de los trabajadores de paralización en caso de riesgo grave e inminente.

El Derecho Penal, que por su propia contundencia es un instrumento muy garantista, y por ello muy lento y muy pesado, debe reservar su papel para sancionar sólo los supuestos más graves, en los que mecanismos más ágiles y ubicuos, significativamente las sanciones

² Como afirma Terradillos Basoco, “existe (...) consenso generalizado en torno a la idea de que la lucha contra la siniestralidad sólo puede alcanzar cotas mínimas de eficacia si, con conciencia de la complejidad del fenómeno, se articula un abanico de estrategias que afronten la multitud de factores causales, fundamentalmente económicos, a neutralizar” (Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 15). V. también al respecto Martínez-Buján Pérez, “Derecho Penal económico. Parte especial”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 532.

administrativas, parezcan abocados al fracaso. Hasta no hace mucho, su ámbito se reducía al que procuraban los tipos de lesiones imprudentes y de homicidio imprudente, protección esta que depende de que se produzca una efectiva lesión o un resultado de muerte como consecuencia previsible de unas condiciones de trabajo irregulares. Este ámbito se amplió en el año 1983. Ante la lesividad de la actividad laboral, a la vista de lo que ya hacían otros ordenamientos penales europeos, y recogiendo la sugerencia de algunos sectores doctrinales³, la protección penal que exigía un resultado lesivo se estimó insuficiente, pues dejaba de sancionar penalmente gravísimas situaciones de riesgo para los trabajadores por falta de las preceptivas medidas de seguridad que, permítase la expresión, sólo de milagro, sólo de casualidad, no terminaban en enfermedad, lesión o muerte. Dicho en lenguaje técnico: dejaba de sancionar las tentativas imprudentes. De ahí que se decidiera acertadamente, a través del artículo 348 bis a) del Código Penal anterior y de los artículos 316 y 317 del vigente anticipar la tutela penal y castigar ya la mera puesta en peligro de los trabajadores: castigar no sólo al “lesionador” imprudente, sino también a quien arriesgaba grave y probadamente la vida, la integridad física o la salud de sus trabajadores.

2. Ante la lectura de los preceptos vigentes mencionados, la primera pregunta que cabe hacerse es la de si está justificado castigar el mero peligro y, en cualquier caso, qué debe entenderse por el “peligro grave” al que se refiere el tipo del art. 316 (II). Se trata esta primera cuestión de una cuestión que aunque de política criminal tendrá una indudable repercusión práctica, pues, si se tratara de un precepto excesivo, si se estuviera penando algo que, bien mirado, sólo debería merecer el reproche del Derecho Administrativo sancionador, los jueces tenderán a su interpretación restrictiva y, en general, y también en relación a su labor de constatación fáctica, a su inaplicación.

La primera de las cinco preguntas anunciadas en el título se escinde así en dos cuestiones relacionadas - ¿penar el mero peligro?; ¿qué es el “peligro grave”? – y nos conduce a la segunda, que es la de cómo componemos adecuadamente la reacción penal cuando del peligro para uno o para varios trabajadores se sigue la lesión de todos o de algunos de los que padecieron la situación peligrosa. El epígrafe III se rotula “¿Peligro más lesión?”.

La tercera pregunta es la más frecuente en la práctica: ¿quién responde? (IV), o mejor, desde el tenor literal del art. 316, ¿quiénes son los legalmente obligados a la seguridad? Por mencionar el supuesto más frecuente: ante un accidente en la construcción debido a las condiciones irregulares en las que se desarrollaba la misma y generador de una situación de grave peligro para la vida, ¿a quién debe dirigirse la imputación (y después la acusación, y

³ Significativamente, Arroyo Zapatero, "La protección penal de la seguridad en el trabajo", Madrid (Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo), 1981.

después, en su caso, la pena): ¿al promotor, al arquitecto, el arquitecto técnico, al jefe de obra? ¿También a los miembros de los servicios de prevención externos o internos a la empresa? ¿Incluso a los representantes de seguridad de los trabajadores (delegados de prevención)? Y en fin: ¿existe respecto a la responsabilidad penal la solidaridad entre contratistas y subcontratistas que proclama la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social?

Si la cuarta cuestión se refiere al núcleo del comportamiento prohibido, pues es la atinente a la conducta típica (V: ¿en qué consiste “no facilitar los medios?”), la quinta y última es la que en los últimos tiempos ha despertado un mayor debate social y a la que el profesor Cobo del Rosal ha dedicado uno de sus últimos artículos⁴: ¿cómo afecta a la responsabilidad penal del obligado el consentimiento del trabajador afectado por la situación irregular o su propia generación de la misma? (VI: ¿se ha de proteger al trabajador frente a sí mismo?).

EL ARTÍCULO FINALIZARÁ, COMO ES OBLIGADO AUNQUE NO MUY FRECUENTE, CON UN APARTADO DEDICADO A LAS CONCLUSIONES (VII): AL RESUMEN DE LAS RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS ENUNCIADAS.

II. ¿CASTIGAR EL MERO PELIGRO?

3. La primera pregunta que planteaba es la de si es legítimo – y además si es oportuno – el castigar penalmente el mero peligro: si es correcta la opción del legislador de creación en este ámbito de delitos de peligro que complementen la protección penal que suministran los delitos de lesión - homicidio y lesiones imprudentes -. También podemos preguntarnos, en sentido contrario, si como sociedad deberíamos habernos animado a ir más lejos y haber tipificado la generación de situaciones abstractas de peligro. El artículo 316 CP exige que se dé una situación de grave peligro, pero podía haberse conformado para el sometimiento a pena con describir una conducta estadísticamente peligrosa - que no se adoptaran ciertas medidas de seguridad -, sin exigir ningún tipo de situación peligrosa consecuente con la conducta; sin que conste que el curso de riesgo se haya aproximado espacial y temporalmente al trabajador.

⁴ Cobo del Rosal y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Responsabilidad penal por accidentes laborales”, en *Economist & Jurist*, núm. 62, 2004 (abril), pp. 62 a 69.

FUENTE: LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, << La prevención penal de los riesgos laborales. Cinco preguntas >>. Versión publicada en CARBONELL MATEU Juan Carlos (Coord.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005. 4

4. A) La cuestión de la legitimidad y de la oportunidad de los delitos de peligro constituye parte del debate más general en torno a los límites razonables de la intervención penal. Desde una concepción democrática de la política criminal este tipo de delitos tiende a verse con recelo: en cuanto manifestación expansiva del Derecho Penal y, por su naturaleza ineludiblemente más difusa, en cuanto potencialmente limitadores de las garantías propias de aquella concepción. Al fin y al cabo el Estado democrático, el Estado democráticamente legitimado, que se fundamenta en la dignidad de la persona y su libertad individual, y que busca la ampliación máxima de los márgenes individuales y colectivos de libertad, no deja de ver al Derecho Penal, instrumento represivo por antonomasia, como un cuerpo extraño, a limitar, a disminuir, e incluso a expulsar: el Derecho Penal propio de un Estado democrático, sí, sirve a la libertad, pero lo hace también, según su naturaleza, recortando severa y contundentemente la libertad. Es esta aparente contradicción entre Estado democrático y Derecho Penal la que había generado, singularmente en los últimos lustros, más allá de un minoritario e ingenuo abolicionismo penal, una fuerte tendencia a la constricción del Derecho Penal y a la reivindicación de lo que gráficamente Ferrajoli denominó como “Derecho Penal mínimo”: como la pena es algo malo pero necesario, se trata de castigar lo menos posible, y lo más suave posible, y con plenas garantías de que la pena recae sobre quien realizó probadamente un comportamiento socialmente lesivo, a pesar de que estaba avisado de las consecuencias jurídicas de su conducta y a pesar de que le era exigible una conducta inocua alternativa.

Esta manera de entender el Derecho Penal constituía un fuerte punto de consenso, al menos en el campo teórico, hasta que irrumpió con fuerza en los últimos años, en las leyes y en las ideas, el proteccionismo penal. En su génesis cabe vislumbrar distintos factores. Uno de ellos es sin duda el sentimiento de inseguridad que embarga hoy al ciudadano de las sociedades desarrolladas, cada vez más seguro en su entorno inmediato - respecto a su vecino, al ser más consciente de sus derechos civiles y de cómo hacerlos valer -, pero cada vez más desasosegado ante inciertos y abstractos peligros que le amenazan: desconoce si su intimidad está siendo dañada por medios informáticos, no sabe exactamente lo que come, se siente desamparado ante cierto tipo de contratos de adquisición de bienes y servicios, teme llegar a ser víctima de un atentado terrorista, desconoce como trabajador los riesgos a los que está sometido. Y entonces mira al Estado y reclama una protección contundente: reclama Derecho Penal. Y como lo que se quiere es seguridad, lo que se quiere es terminar con los focos de riesgo, con los comportamientos peligrosos, lo que pide consecuentemente son nuevos delitos de peligro. Y pide con ello la constitución como bien jurídico-penal de nuevas formas de seguridad: de la seguridad de cada vez más lejana de cada vez más bienes y respecto a cada vez más fuentes de peligro.

Si tampoco cabe considerar como ajenas a la demanda de rigor penal las tendencias del ciudadano a proyectarse mucho más como víctima de un delito que como potencial acusado⁵ y a ser más intransigente hacia los delincuentes, con un riguroso juicio acerca de su responsabilidad que atiende cada vez menos a los factores sociales y culturales que contribuyen a explicar el delito⁶, interesa mencionar aquí sobre todo como factor expansivo un curioso efecto de la propia democratización del sistema político, que es el de la incorporación al catálogo de los bienes penalmente protegidos de los intereses específicos de grupos sociales antes marginados del poder, como son, en nuestro caso, los trabajadores.

B) En ese pulso entre reduccionismo y proteccionismo, frente a lo que postula la reflexión teórica mayoritaria y más razonable, el Derecho Penal está en franca expansión y en franca relajación de sus garantías. Y suele mencionarse como una de las muestras de lo primero la propia configuración del Derecho Penal del trabajo.

La expansión del Derecho Penal no puede catalogarse sin más como un fenómeno nocivo, sino simplemente como una tendencia que desde las pautas democráticas de legitimidad, de resistencia al Derecho Penal, puede encubrir fenómenos nocivos: excesos innecesarios de punición que hacen de nuestra sociedad una sociedad menos libre. El problema no es evidentemente que el Derecho Penal se expanda, se reduzca o se transforme, lo cual parece inevitable si quiere responder a los cambios en las necesidades y en las estructuras sociales, sino, en cada caso, si está justificada la expansión, la reducción o la transformación, o las dimensiones de la expansión, la reducción o la transformación.

La clave para tal análisis es la que procura el principio de proporcionalidad, que no es más que un esquema para la ponderación de una norma en términos de libertad y en relación con lo que supone su ausencia o la existencia de una norma alternativa. La norma enteramente nueva, o la norma más severa, son así valiosas – está justificada la expansión que suponen – si su fin es legítimo, si son capaces de alcanzarlo, si no hay alternativas menos contundentes de similar eficacia y si, en fin, su vigencia aporta mayores beneficios que perjuicios en términos de libertad⁷.

Todo ello comporta, por de pronto, el sinsentido de un juicio global de legitimación acerca del entero Derecho Penal del trabajo. Ni se trata en un extremo de que el Derecho

⁵ Tendencia a su vez relacionada con la mayor y más incisiva información acerca de los crímenes que se cometen.

⁶ Y que no cabe desconectar de cierta concepción liberal de la autonomía y de la autorresponsabilidad.

⁷ Sobre el principio de proporcionalidad, v. Lascuráin Sánchez, "La proporcionalidad de la norma penal", en *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, núm. 5, pp. 159 y ss.

Penal sea el guardián permanente de las relaciones laborales⁸, ni se trata, en el otro, de que mire para otro lado ante las situaciones más graves de explotación. Tan poco tiene que decir el Derecho Penal al empresario que niega el tablón de anuncios al comité de empresa o que asciende a un subordinado discriminando a otro, como mucho tiene que decir o que hacer cuando lo que el empresario hace es contratar a extranjeros en situación ilegal en condiciones leoninas o arriesgar la vida de sus trabajadores haciéndoles trabajar sin las medidas elementales de seguridad.

5. En las relaciones laborales no hay posiblemente ámbito más sensible que el de la seguridad en el trabajo, pues lo que en él está en juego es la vida, la integridad física y la salud de las personas. De ahí que no haya un ámbito del Derecho del Trabajo más receptivo a la intervención penal legítima y eficaz que éste.

Con la creación de un delito de peligro en este ámbito de tanta lesividad no sólo se consigue evitar la impunidad de comportamientos gravísimos contra la seguridad en el trabajo que sólo por casualidad no han terminado en desgracia, sino que se dirige un mensaje preventivo eficaz al transformar un delito imprudente de resultado en un delito doloso de peligro. La experiencia demuestra, con los delincuentes por imprudencia en general y con los

⁸ Una ambiciosa criminalización de las conductas empresariales irregulares en el ámbito de las relaciones laborales no sólo sería ilegítima desde la perspectiva del Derecho Penal propio de un Estado democrático por ser contraria al principio de proporcionalidad, sino que es también disfuncional desde varios puntos de vista, y entre ellos el de la propia protección de los derechos de los trabajadores. Una estrategia tal de política criminal conduciría, en efecto, en primer lugar, a sanciones ilegítimas por desproporcionadas, que acarrearían graves consecuencias jurídicas por hechos de desvalor leve, con el derroche innecesario de sanción - de libertad - que ello supone y, en el ámbito empresarial, con un severo nocivo efecto disuasorio general de la actividad productiva, con lo que ello comporta para el desarrollo económico, que es también fuente de libertad. Una punición excesiva lleva además, en segundo lugar, a la banalización y al desprestigio general del Derecho Penal; colapsa con conflictos menores la Administración de Justicia - y la colapsa también, por ejemplo, para los homicidios y para las agresiones sexuales-; inclina a los ilícitos menores a la inaplicación y hace que éstos arrastren a los comportamientos más graves del mismo ámbito a ser objeto de la mirada despectiva que suscitan los delitos de bagatela; condena la solución de conflictos menores a un cauce pensado para los mayores, y que por ello es lento y garantista; y, en fin, con su aparente eficacia disuade de la utilización de otros mecanismos individuales y colectivos de defensa de los derechos de los trabajadores. Convertir innecesariamente una conducta irregular en delito, en suma, no sólo atenta contra el principio constitucional de proporcionalidad⁸, sino que invita al juez a corregir el exceso mediante la inaplicación y relaja la utilización de otros instrumentos más ágiles y efectivos de represión de tales conductas. Debe afirmarse con Ortubay Fuentes que "las pretensiones de excesiva intervención penal abocan en el descrédito y en una aplicación arbitrariamente selectiva de las normas penales aparentemente drásticas" ("Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 el Código Penal", Bilbao, Universidad del País Vasco, 2000, p. 488).

responsables de la actividad productiva en particular, que este tipo de potenciales sujetos activos se sienten poco motivados por la norma penal, porque en realidad confían en esquivarla; porque en realidad confían en que, a pesar de las condiciones irregulares de trabajo, “no pase nada” o “no pase nada grave”. La norma penal que sanciona el delito doloso se legitima así no sólo por la evidente legitimidad de su fin, sino por una capacidad de alcanzarlo que la experiencia ha demostrado inexistente en sanciones que no sean privativas de libertad o que exijan la efectiva lesión del trabajador para entender delictiva la conducta⁹.

6. Ciertamente que tal eficacia y tal legitimación pasan por un especial esfuerzo de precisión en la descripción de los comportamientos punibles en un ámbito típico de riesgo permitido y de restricción del círculo de los mismos a los más graves. Parte fundamental de esa precisión y restricción es la que se refiere al resultado de la conducta: a exigir tal resultado, en primer lugar¹⁰, y a cómo lo definamos normativa y judicialmente, en segundo.

A) La tipificación de las conductas de peligro comporta la dificultad de aprehender la generación de una peligrosidad ilícita que se revela probadamente excesiva - o la indebida falta de contención de un proceso de riesgo excesivo - sin el recurso al acaecimiento de un resultado material. Mientras que en determinados supuestos dicho objetivo puede ser alcanzado con la mera descripción de los rasgos de una conducta o con la simple alusión a una situación posterior de determinada propensión al resultado, existen casos en los que la exigencia de lesividad de los comportamientos punibles exige la constatación de un momento en el devenir de los acontecimientos en el que la lesión material parece prácticamente irreversible a los ojos de un espectador imparcial y bien informado¹¹. Se trata de comportamientos

⁹ Así, Terradillos Basoco, op. cit. n. 2, pp. 16 y s., 35. Sobre la legitimidad de un delito contra la seguridad de los trabajadores, v. in extenso, Lascuráin Sánchez, “La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo”, Madrid (Civitas), 1994, pp. 188 y ss. También recientemente, Corcoy Bidasolo, Cardenal Montraveta y Hortal Ibarra, “Protección penal de los accidentes laborales”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 71, 2004, pp. 44 y s. En contra, recientemente, B. Schünemann, que considera que un tipo de esta estructura (infracción de normas de prevención más resultado de peligro concreto) despliega un bajo efecto preventivo en el ámbito empresarial y aboga por una agravación de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por infracción de las normas de seguridad en el trabajo (“Prevención de riesgos laborales”, en AA. VV., dir. Mir Puig y Corcoy Bidasolo, “La política criminal en Europa”, Barcelona, Atelier, 2004, pp. 258 y s., 266 y ss.).

¹⁰ En este sentido, respecto al tipo del art. 350 CP, Monge Fernández, “La responsabilidad penal por riesgos en la construcción”, Valencia (Tirant lo Blanch), 1998, pp. 173 y ss.

¹¹ Spendel habla de una salvación “de milagro” (“*wie durch ein Wunder*”; en Stock - Festsch., p. 102, cit. por J. Wolter, “Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem”, Berlín, Duncker & Humblot, 1987, p. 218). Wolter cita una sentencia del OLG Francfort (en *Neue Juristische Wochenschrift*, 75, p. 841) en la que se menciona que el resultado no se produjo “por un pelo” (“*um Haarsbreite*”; op. ul. cit., p. 218).

que, por su inmersión en un proceso complejo de acontecimientos o por la probabilidad de control del curso de riesgo por parte del sujeto o de un tercero, no son susceptibles de evaluación como intolerablemente peligrosos en un momento previo al que supone la situación que denominamos del "peligro concreto". Baluartes del Derecho Penal de un Estado de Derecho, como la dañosidad social de las conductas sometibles a responsabilidad penal¹², la propia presunción de inocencia, la seguridad jurídica, o el principio de intervención mínima impulsan al legislador a que, si por razones de necesidad de protección de un bien jurídico se requiere la construcción de un tipo de peligro, este exija una situación en la que la ausencia de medidas de protección del bien jurídico y el carácter firmemente amenazante de la corriente agresiva excluyan la alegación de la inocuidad del proceso y de la confianza racional en un desenlace feliz¹³.

Cada una de las diversas técnicas de tipificación expuestas ofrecen, en abstracto, ventajas e inconvenientes para la legitimidad y la eficacia de la protección que dispensan.

Así, autorizadas voces han desaconsejado la creación de tipos de peligro concreto. Alegan básicamente los siguientes inconvenientes: la imprecisión del concepto "peligro concreto"¹⁴; las dificultades que, aun precisado éste, surgen para su constatación, para su imputación al comportamiento de un sujeto y para la prueba de la concurrencia de dolo en relación con el mencionado resultado¹⁵; la dependencia de la responsabilidad penal de una situación (la de "peligro concreto") cuyo no acaecimiento depende muchas veces del azar.

Esta argumentación se dirige a demostrar las ventajas que poseen los tipos de actividad peligrosa y de peligro abstracto frente a los de peligro concreto. Algunas de estas razones son también utilizables para preferir los delitos de resultado de lesión frente a los de resultado de peligro concreto¹⁶.

¹² Gráfica es la expresión con la que J. Wolter defiende su tesis acerca de la definición del peligro concreto: consigue una "garantía óptima de veracidad" (op. cit. n. 11, pp. 227 y ss.).

¹³ El legislador exige un plus de idoneidad lesiva (J. Wolter, op. cit. 11, p. 253).

¹⁴ En este sentido: M. Schubarth ("Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch", I, Berna, Stämpfli, 1982, p. 243, n. m. 10), U. Von Weber ("Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte", en *ZStW*, suplemento, Berlín - Nueva York, Walter de Gruyter, 1987. p. 33), C. Roxin ("Strafrecht. Allgemeiner Teil", I, Múnich, Beck, 1997, 3ª ed., p. 352, §11, n. m. 115).

¹⁵ Cfr. J. Wolter, op. cit. n. 11, pp. 247 y ss.; U. Von Weber, op. cit. n. 14, p. 33.

¹⁶ W. Platzgummer destaca los mayores problemas de prueba del dolo y de la causalidad en los delitos de lesión frente a los delitos de peligro ("Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im österreichischen Strafrecht", en *ZStW*, suplemento, Berlín-Nueva York - Walter de Gruyter-, 1987, pp. 48 y s.). U. Von Weber incide en los problemas de constatación del

Existen, sin embargo, razones que avalan la perspectiva contraria y que hacen preferir los delitos de lesión a los de peligro concreto, éstos a los de actividad peligrosa y a los de peligro abstracto. La legitimidad de la norma, en primer lugar, es tanto más indiscutible en lo que respecta al objeto de protección en cuanto más nos acercamos a los delitos de lesión, en los que el castigo del comportamiento típico encuentra inapelable justificación en la palpable intromisión en la esfera de libertad ajena. En segundo lugar: cuanto más se contraiga la intervención penal a los comportamientos de lesión, más se garantiza la plenitud de vigencia del principio de proporcionalidad y del postulado garantista de restricción de la sanción a los comportamientos probadamente peligrosos¹⁷. Frente a la razón de justicia igualitaria que defiende la exclusión del componente casual, exige la seguridad jurídica y la justicia material que se pruebe la real peligrosidad de la conducta del sujeto al que se le hace responder penalmente. Y la prueba más objetiva no es otra que la lesión que se quiere prevenir o su inminente cercanía. La mayor constatabilidad del desvalor del hecho, en tercer lugar, hace que la norma gane en poder de impresión y en eficacia preventivo-general, pues el Derecho Penal tiene también una dimensión de psicología social que hace que el resultado real del comportamiento juegue un rol absolutamente trascendente¹⁸. Esa mayor visibilidad del comportamiento típico, finalmente, coadyuva a su más fácil perseguibilidad y reduce la cifra oculta de desviación: el componente de casualidad de los delitos de resultado podría verse negativamente compensado, por el componente de casualidad en la persecución de los delitos de peligro abstracto y de actividad peligrosa¹⁹.

resultado y de imputación, y en la exclusión del componente de azar en los delitos imprudentes de lesión (op. cit. n. 14, pp. 23 y ss.).

¹⁷ W. Platzgummer advierte del riesgo de conformación de delitos sospecha a través de la técnica de los delitos de peligro (op. cit. n. 16, p. 49).

¹⁸ V. W. Platzgummer, op. cit. n. 16, p. 53.

¹⁹ U. Von Weber afirma que "las casualidades en la persecución y sanción de peligros abstractos ofenden indudablemente más que la casualidad en la concurrencia de resultado en los delitos de peligro concreto y de resultado. Puesto que en la exclusión de un resultado de peligro o de lesión se puede observar siempre el sano ejercicio de un más alto poder" (op. cit. n. 14, p. 30).

B) Frente al adjetivo “concreto”, más expresivo en su significado técnico²⁰, el legislador ha optado por el de “grave”, que debería reconducirse en su interpretación al primero, más restrictivo. Si no se quiere convertir el precepto en bagatela, invadir el ámbito del Derecho Administrativo sancionador y trocar en desproporcionadamente dura la pena, el Derecho Penal debe reservar su actuación a la represión de los comportamientos que hayan generado una situación en la que el curso de peligro se dirige con suma probabilidad hacia el objeto de la acción – hacia el trabajador - y en la que tanto la trayectoria e intensidad de aquél como la defensa de la víctima potencial han caído fuera del control ordinario del agente, de la víctima o de un tercero, de modo que *ex ante* no quepa razonablemente confiar en la no producción de un resultado de pérdida de la vida o de menoscabo relevante de la salud o de la integridad física²¹. El marco habitual de estas situaciones de grave peligro en la actividad productiva lo compondrán los denominados incidentes: sucesos inesperados que producen daños o, simplemente, una detención provisional de la actividad y que se saldan sin desgracias personales²².

III. ¿PELIGRO MÁS LESIÓN?

²⁰ Y que utiliza el precepto del art. 350 CP. Para Monge Fernández, en concepción más laxa que la que se propone en el texto, tal situación se produce cuando “el bien jurídico protegido en la norma penal es afectado en su seguridad, y es previsible la posibilidad de una futura lesión” (op. cit. n. 10, p. 175). Para Escajedo San Epifanio se trata de que “la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable, lo cual es más que previsible, pero menos que probable (“Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas”, en *Actualidad Penal*, 2000, núm. 38, p. 824). Posteriormente concluye que “la referencia al peligro es, en muchos casos, meramente retórica y no se refiere a la comprobación de un resultado de peligro concreto para la vida o integridad de uno o varios trabajadores, sino a un resultado de lesión grave de la seguridad e higiene en el trabajo, menos artificioso, a nuestro juicio, que la expresión – aunque sinónima – resultado de peligro para la vida humana e integridad física en una acepción colectiva de estos bienes jurídicos. Esa lesión para la seguridad está mucho más cerca del peligro abstracto que del concreto” (p. 839).

²¹ Así, en esencia, Serrano Piedecabras, “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*, núm. 10, p. 109. V. *in extenso* Lascuráin Sánchez, “La protección...”, cit. n. 9, pp. 382 y ss. Por cierto, frente a lo que afirma B. Schünemann (op. cit. n. 9, p. 265), nunca he defendido que el art. 348 bis a) fuera un delito de peligro abstracto, sino de resultado de peligro no concreto (“La protección...”, cit. n. 9, pp. 382, 400).

²² No lo entiende así la SAP Madrid – 17ª - 880/2003, de 6 de octubre: “Si la ausencia de medios implica que los trabajadores han de realizar sus tareas en un ‘estado de peligro’ para su vida, salud o su integridad física, se colman las exigencias del tipo. No es preciso que, además, uno o varios operarios se hayan encontrado en una situación en la que concretamente corrieron peligro aquellos bienes”.

7. Cuando además de la infracción normativa y del a ella anudado resultado de peligro extremo se produzca un resultado de muerte o lesiones, los tipos de homicidio o lesiones imprudentes desplazarán a los que comentamos - concurso de normas -, debido a que suman al desvalor de estos últimos el específico de resultado que les caracteriza. Repárese en que esta solución no deja en la cuneta un peculiar desvalor de peligrosidad propio de las conductas de los artículos 316 y 317, pues, aunque la pluralidad de sujetos pasivos no genere una correlativa pluralidad de delitos - como sugiere el plural "trabajadores" -, dichas conductas devienen típicas con la puesta en peligro de un solo trabajador. Excepción a la regla anterior - que es de consunción (art. 8.3^a) - serían los supuestos en los que el resultado lesivo es leve y la pena del delito de peligro es superior a la del delito de lesión. En ellos debe entenderse que sólo el recurso al concurso de delitos es capaz de absorber todo el desvalor del comportamiento, pues ni el desvalor de peligrosidad del mismo queda suficientemente abarcado por la falta lesiones por imprudencia grave (art. 621.1) o por ciertos delitos de lesiones por imprudencia grave (art. 152.1.1º y 3º), ni, obviamente, el desvalor de resultado es comprendido por los delitos de peligro. El cuadro no puede terminar aquí, porque depararía un mayor marco penal para el delito doloso de peligro con resultado leve, menos grave o grave (prisión de un año y nueve meses a tres años y multa de nueve a doce meses) que el mismo supuesto con resultado muy grave (art. 152.1.2º: prisión de uno a tres años). Lo anterior revela que si la peligrosidad del 316 unida a cualquier resultado merece una pena mínima de un año y nueve meses de prisión, la pena del 152.1.2º no está desvalorando adecuadamente el binomio peligro-lesión, cosa que exige un nuevo regreso al concurso de delitos (pena de 2 a 3 años de prisión).

Esta no es la solución que aplica la jurisprudencia: "(...) 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; mas cuando -como es el caso de autos- 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" (STS 1.188/1999, de 14.7; también STS 1.036/2002, de 4.6)²³.

²³ De acuerdo con esta solución, Martínez-Buján Pérez, op. cit. n. 2, p. 542; Escajedo San Epifanio, op. cit. n. 20, p. 841; Monge Fernández, op. cit. n. 10, p. 305; De Vicente Martínez, "Seguridad en el trabajo y Derecho Penal", Barcelona (Bosch), 2001, p. 109; Navarro Cardoso y Losada Quintás, "La autoría en FUENTE: LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, << La prevención penal de los riesgos laborales. Cinco 12 preguntas>>. Versión publicada en CARBONELL MATEU Juan Carlos (Coord.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

En relación con esta solución concursal debe subrayarse que el análisis de los supuestos en los que se aplica el delito que comentamos revela que la práctica no responde a la necesidad de política criminal a la que respondía la creación del precepto. De lo que se trataba era de ampliar la respuesta penal a los supuestos de grave peligro, pero no de incrementar la pena en los supuestos de lesión, adecuadamente prevenidos con los tipos de lesiones y homicidio imprudentes. Pues bien: la realidad demuestra que los supuestos que se quedan en una situación de grave peligro no llegan a los tribunales penales: ni son denunciadas por quienes las conocen ni son detectadas por quienes han de reprimirlas. Los casos de grave peligro juzgados en sede penal son los que vienen acompañados de lesión y en estos casos lo que se hace es agravar automática y no siempre necesariamente la pena, en aplicación de la tesis del concurso de delitos.

IV. ¿QUIÉN RESPONDE?

8. En relación con el sujeto activo el tipo del artículo 316 se configura como un peculiar delito especial en el que la delimitación de los potenciales autores del delito se hace por remisión: serán aquellos a los que la ley obligue a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas. Este rodeo debería terminar en el empresario y en sus delegados, cosa que se podría haber dicho directamente²⁴, sin las lagunas que luego se reseñarán y con ganancia en precisión y en fuerza preventiva: “(r)esulta incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos, sino también, desde una perspectiva penal los administradores y encargados del servicio a los que se refiere el art. 318 del CP” (STS 1.233/2002, de 29.7). Veámoslo.

los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, en *Actualidad Penal*, núm. 40 (2001), p. 973; Aguado López, “El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, p. 502; Terradillos Basoco, op. cit. n. 2, p. 106; Pérez Alonso y Zugaldía Espinar, “Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales”, en AA. VV. “La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir”, Madrid (Tecnos), 2002, p. 1514; Corcoy Bisasolo, “Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores”, en AA. VV. “Derecho Penal económico” (dir. Conde-Pumpido Tourón), Madrid (CGPJ), 2003, p. 123; Muñoz Conde, “Derecho penal. Parte especial”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004 (15ª ed.), p. 341; Corcoy Bidasolo, Cardenal Montraveta y Hortal Ibarra, op. cit. n. 9, pp. 48.

²⁴ En contra de la remisión, Pérez Manzano, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, en *Relaciones Laborales*, núm 3, 1997, 296; Aguado López, op. cit. n. 23, p. 270, 276.

Los destinos iniciales de la remisión legal deben serlo la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social²⁵. Cuando la primera refiere obligaciones directas de seguridad hacia los trabajadores las impone al “empresario” (arts. 14 y ss.). También estatuye obligaciones para “los fabricantes, importadores o suministradores” de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo; de productos y sustancias químicas; y de elementos para la protección de los trabajadores (art. 41). La L.I.S.O.S., por su parte, establece una relación de infractores laborales en materia de prevención de riesgos laborales: los empresarios; las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las auditoras y las formativas en dicha materia; los promotores y propietarios de obra; y los trabajadores por cuenta propia (art. 5.2).

9. A) Los criterios generales básicos de atribución de responsabilidad apuntan con nitidez al empresario como deudor de seguridad frente a los riesgos que él genera en el uso de su libertad. Cabe atribuir al titular de la empresa una posición de seguridad en relación con los procesos de riesgo que él mismo desata (injerencia) y respecto a los cursos de peligro que proceden de los animales, objetos, procedimientos o personas sin margen relevante de autonomía que se encuentran o que actúan en su empresa. Se tratará de los procesos o factores peligrosos que él domina o debe dominar y que parten de o se ubican en su círculo de organización²⁶.

Naturalmente que ello no comporta que el empresario vaya a responder siempre él y siempre de todo proceso que desencadene un peligro grave o una lesión. Respecto a esto último, como después se verá, a la vista de la utilidad social de su actividad, se le permitirán ciertos riesgos y hasta cierto punto, fronteras estas que terminarán siendo precisadas por una minuciosa y abundante normativa. Respecto a lo primero, a su responsabilidad personal, resulta muy importante destacar que el titular de la empresa puede observar su deber de seguridad de tres modos diferentes: inmediatamente, mediatamente o por delegación. Junto a la inmediata dirección de sus subordinados para impedir la generación de determinados riesgos y la influencia directa en los objetos y procesos materiales de su empresa para su control y aseguramiento, puede el empresario ejercitar las mencionadas dirección e influencia a través de instrucciones precisas a otra persona que carece de un margen relevante de autonomía debido a la definición de aquellas órdenes y al deber jurídico de obediencia que genera su posición subordinada.

²⁵ V. al respecto De Vicente Martínez, op. cit. n. 23, pp. 48 y ss.; Pérez Alonso y Zugaldía Espinar, op. cit. n. 23, p. 1515.

²⁶ Para lo que sigue v. las referencias citadas en Lascuráin Sánchez, “La protección...”, cit. n. 9, pp. 234 y ss.

Lo habitual en cualquier caso es que el deber de seguridad se observe mediante delegación. En las empresas que adquieren ciertas dimensiones la necesidad de delegar tareas provoca la consiguiente delegación de funciones de seguridad, ya sea de un modo anejo a la delegación de ciertas actividades productivas, ya como objeto único de la transmisión. Las dimensiones y la complejidad del propio ámbito de organización requieren para su adecuado dominio el mecanismo de multiplicación y diversificación de funciones que supone la delegación, que se constituye así en una vía obligada para el empresario que no quiera vulnerar su deber de seguridad. La dirección de la empresa consiste, de este modo, sobre todo, en la responsabilidad por el trabajo de otros; en la selección del personal, en la organización del trabajo y en hacer que cada cual preste los servicios requeridos; en una específica competencia de transformación y mediación a través de sistemas de comunicación.

a) La delegación tiene dos efectos principales: el más evidente es el de generar un deber de seguridad nuevo en el delegado que lo acepta; el menos evidente es el de transformar el contenido del deber de seguridad del delegante²⁷. Es menos evidente, porque cabe pensar que si una persona delega libremente su deber de garantía en otra persona que lo asume libremente, sólo ésta queda obligada ya por el deber transmitido; que es precisamente el efecto liberador lo que busca el delegante; y que lo contrario, una duplicación de deberes, elimina la ventaja de multiplicación y coordinación de tareas propia del mecanismo de la delegación.

Esta visión de las cosas peca de cierta superficialidad. Delegar una tarea no es transmitirla sin más como si de una compraventa se tratara. Quien delega en su mayordomo el cuidado y el control de su perro *doberman*, no puede despreocuparse totalmente de los peligros que pueda generar, cosa que sí sucedería si se lo hubiera vendido al mayordomo, sino que únicamente cambia el modo en el que debe preocuparse. La hipótesis de la exoneración no sólo olvida que el ámbito delegado sigue siendo un ámbito del delegante, sino también la desprotección a la que tal mecanismo conduciría en ámbitos tan importantes como el que ahora estamos tratando y las ventajas que ya comporta la delegación como aligeración del contenido de un deber.

En efecto, como de lo que se trata en realidad es de transmitir un deber de control sobre un ámbito de riesgo que corresponde al delegante y del que éste sigue disfrutando y beneficiándose como propio, lo que se produce entre delegante y delegado es lo que Schünemann denomina “cotitularidad de la custodia”²⁸. Resultará entonces que no le pueden ser ajenos los efectos nocivos que su ámbito de dominio pueda producir. Cuestión distinta es la de que pueda prescindir de la carga del control inmediato de la fuente de peligro delegada y que pueda sustituirla por un deber de supervisión del delegado y por un deber de intervención

²⁷ Así, expresamente SAP Madrid – 17ª - 880/2003, de 6 de octubre.

²⁸ “Cuestiones de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en ADPCP 1988, pp. 536 y ss.

si el delegado no cumple adecuadamente con su deber. Es en esta transformación de su deber en donde reside para él la ventaja de la delegación²⁹.

Surge aquí el problema de la medida de ese deber de supervisión o vigilancia. Es obvio, en un extremo, que no puede ser de una exigencia tal que convierta la delegación en un dominio mediato, que anule así la ventaja intrínseca de multiplicación de este método y que ahogue las necesidades expansivas de la actividad en determinados ámbitos sociales, como sucede significativamente en la empresa. Es también evidente, en el otro extremo, que su nivel no puede ser tan bajo que desvanezca en la práctica la posición de garantía del delegante. La precisión de este deber de vigilancia habrá de fijarse en atención al tipo de actividad y a las características personales del delegado. Cuanto mayor sea el riesgo que se pretende controlar y más difícil su control, más intensa habrá de ser la supervisión del delegante. La cualificación y la experiencia del delegado y la duración de la vigencia de una concreta delegación juegan, por contra, a favor de una mayor confianza del que delega, que podrá relajar así su actividad de vigilancia³⁰.

b) La génesis de este deber de garantía requiere esencialmente el ejercicio coordinado de dos esferas de autonomía: un delegante libre y un asumente libre que, por la razón que fuere, tienen a bien el organizar así sus vidas. Debe consignarse además, a partir de la propia lógica de la delegación, que la misma no será efectiva, y no generará su efecto propio de generación de un nuevo obligado - ni el de transformación del deber del inicialmente obligado, al que luego me referiré - si la cesión no se produce en quien aparece como capaz de desarrollarla y, en su caso, si no va acompañada de la entrega del necesario dominio para el cumplimiento del deber. Delegación libre, asunción libre, selección adecuada y dotación de dominio aparecen así como requisitos de este mecanismo de generación de deberes de garantía.

Si un empresario opta por cumplir con el deber de seguridad del que es titular a través de la delegación en otra persona, habrá de proceder, como primera exigencia de operatividad de la misma, a una adecuada selección del delegado. Evidentemente es libre para elegir mal, para realizar una selección disfuncional, para designar a quien no puede desplegar la protección exigida. Pero no es libre para elegir las consecuencias jurídicas de su elección. Sea debida a una defectuosa selección atribuible al delegante, o se produzca a pesar de que éste ha adoptado las medidas de diligencia que le eran objetivamente exigibles, la incapacidad del delegado paraliza el mecanismo de la delegación, al faltar ya un requisito que condiciona la

²⁹ Así lo entiende la SAP Teruel 4/2000, de 31.1: "(...) es evidente que el arquitecto técnico no sólo debe impartir instrucciones para la ejecución de las medidas de seguridad que imponen las normas ya relacionadas tanto en la Sentencia de instancia como en ésta, sino que debe controlar que dichas medidas se han ejecutado realmente y si confía en un tercero y hace dejación de sus facultades y obligaciones, tal delegación no le exime, como ya hemos dicho, de la responsabilidad que pueda seguirse por la omisión de tales medidas legales".

³⁰ Arroyo Zapatero, "Manual de Derecho Penal del Trabajo", Barcelona - Madrid (Praxis), 1988, 85 y ss.

FUENTE: LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, << La prevención penal de los riesgos laborales. Cinco 16 preguntas>>. Versión publicada en CARBONELL MATEU Juan Carlos (Coord.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

traslación del deber: su cumplimiento formal no impide su carencia material por ausencia de uno de sus presupuestos lógicos. De ahí que el delegante (el empresario) no cumpla ni empiece a cumplir por delegación su deber de seguridad, que permanece con su contenido originario. Si posteriormente, por ignorar las dimensiones de su deber, no interviene inmediatamente, mediatamente o a través de una nueva delegación, habrán de aplicarse las reglas del error para calibrar su responsabilidad.

El planteamiento anterior puede conducir a la perplejidad si supone, a falta de delegación y de la consiguiente generación de deber en el delegado, la automática exoneración del delegado asumente, aun cuando éste sea consciente, o pueda serlo, de su propia incapacidad. La aceptación de la posición de seguridad supone, sin embargo, un actuar precedente peligroso que origina un deber de seguridad para su agente.

La delegación sólo despliega sus efectos de generación de un nuevo deber y, en su caso, de transformación del contenido del deber originario del delegante cuando su cumplimiento resulta *a priori* posible. Los diversos deberes de seguridad que recaen originariamente en la cúspide de la empresa, en la figura del empresario, sólo se delegan inicial y sucesivamente cuando, entre otros requisitos, se produce la dotación del necesario dominio para el cumplimiento del deber, lo que comporta, por de pronto, poder de influencia material y de dirección personal. Aquel poder podrá comprender instrumental, capacidad financiera o facultades de paralización de la actividad peligrosa; las competencias de dirección implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones. Dominio significa también información: el delegado debe recibir la formación e información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios para su control.

La denegación de dominio deja la aceptación inoperante y la delegación en intento, y, consiguientemente, paraliza la creación de una nueva posición de seguridad y la transformación del deber original de seguridad. De ahí que cuando, como es frecuente en el ámbito empresarial, se produzcan varias delegaciones de ámbitos diversos pero simultáneas y de una misma fuente, deba el delegante coordinarlas de modo que no queden lagunas de dominio, si no quiere que su ejercicio le corresponda a él por vía mediata o inmediata. Una distribución descuidada puede dar lugar así a que el empresario - y en general, el delegante - vulnere su deber de seguridad por error sobre su contenido.

Cuando un empresario o uno de sus directivos encomienda una determinada tarea a un subordinado y le transmite el dominio material y personal necesario para la misma, puede reservarse, sin embargo, para sí las funciones de seguridad y el dominio necesario para las mismas o delegar aquéllas y transmitir éste a un tercero. La denegación o la revocación de la función de garantía, sin embargo, pueden ser ilícitas sin una correlativa denegación o revocación de la tarea productiva encomendada cuando la coincidencia de dominio de garantía

y dominio de producción implican una unidad intrínseca de las funciones de garantía y de producción. Piénsese en supuestos de delegación global del dominio de la empresa con la única excepción de la reserva de ciertas funciones de seguridad, o de impartición de una orden expresa de realización de una prestación sin las garantías de seguridad anejas a la misma. La reserva de funciones de seguridad constituye aquí el contenido de una orden antijurídica que supone ya una vulneración del deber de garantía del delegante y que no es vinculante para el delegado, que lo es por recibir el dominio necesario y por aceptar la función productiva principal, a la que el ordenamiento anuda la función de garantía. Cuestión diferente será la consideración de que el subordinado que vulnera su deber objetivo de seguridad lo hace impulsado por un estado de necesidad, condicionado por una situación de miedo insuperable o en la creencia errónea e invencible de que no se encontraba en una posición de seguridad.

B) Las reflexiones anteriores son válidas en general como propias de la imputación de resultados a comportamientos omisivos: establecen cuándo y por qué se puede imputar un resultado de muerte o de lesiones derivados de unas condiciones laborales irregulares. En tal sentido son reflexiones acerca de la interpretación de los artículos 11 y 318 del Código Penal.

La pregunta es si son válidas también para el artículo 316, que exige que el sujeto activo sea una persona “legalmente obligada”, y “legalmente obligada” en este ámbito sólo lo es “el empresario”, pero no sus delegados. A estos podemos llegar, en su caso, a través de los citados artículos 11 y 318³¹. Digo “en su caso” porque el 318 se refiere sólo a los supuestos en los que la imputación inicial recaiga sobre una persona jurídica y el 11 circunscribe su área de aplicación “a los delitos que consistan en la producción de un resultado”. El problema está, pues, en determinar si los delegados del empresario pueden ser sujetos activos del delito del 316 (y del 317), cosa que debe afirmarse en los casos en los que empresario sea una persona jurídica *ex* 318 pero no en los demás casos, en los que sólo será posible si tales delegados aparecen en las leyes como obligados a la seguridad. Para colmar esta laguna podemos acudir al artículo 31³², regulador de la responsabilidad del representante de otro que realiza una conducta típica de la que sólo éste puede ser autor por el modo en le que éste se describe³³. Esto nos lleva, por cierto, a la constatación de la confluencia de las dos técnicas mencionadas de extensión de la imputación por derivación, tal como lo demuestra su propio enunciado y su apreciación conjunta en el artículo 318: la posición de garantía por delegación y la responsabilidad del representante. En palabras de Schünemann: “la denominada

³¹ No es suficiente a mi juicio con que se trate de sujetos que pertenezcan a la empresa y que “se hallan en situación idónea por su perfil profesional para evitar el peligro” (como afirma De Vicente Martínez, op. cit. n. 23, p. 80).

³² Así, Pérez Manzano, op. cit. n. 24, p. 297; Martínez-Buján Pérez, op. cit. n. 2, p. 546; B. Schünemann, op. cit. n. 9, p. 261.

³³ V. Terradillos Basoco, op. cit. n. 2, p. 67 y ss.

responsabilidad penal del representante no supone más que la transmisión de posiciones de garante”³⁴.

La llegada final a un círculo razonable de autores³⁵ en el artículo 316 no puede hacernos olvidar lo innecesario del rodeo dado: lo inadecuado de la remisión a la ley para delimitar el sujeto activo, máxime cuando la ley, en este caso la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no tiene como objetivo la delimitación exhaustiva de la distribución de competencias de seguridad, que se deja en buena parte en manos de la propia empresa precisamente a partir del esquema de la delegación. Ello nos lleva también a una nueva reflexión, ahora más general, que es la relativa a la relación entre estructuras básicas de imputación penal (por ejemplo, la delegación) y regulación legal. Si las normas extrapenales optan por regular las concretas competencias de seguridad de distintas personas u órganos de la empresa, asignándoles expresamente ciertas tareas, parece un contrasentido afirmar la imputación, so pretexto de una especie de soberanía penal en este ámbito, a pesar de que el acusado no incumplió la norma que delimitaba expresa y acabadamente su función³⁶. En estos casos puede afirmarse no sólo la justificación de la conducta *ex* ejercicio de un derecho, sino ya, previamente, la falta de imputación del resultado a partir de la reglas extrapenales que inciden en dicha imputación.

10. El segundo de los destinatarios legales de deberes de seguridad es el asesor externo de prevención. Su traslado al círculo de sujetos activos del artículo 316 ha de pasar por el tamiz de una cuidadosa reflexión. Como demuestra ya el que se excluya formalmente a los asesores internos de prevención (art. 5.2 L.I.S.O.S.), que tienen las mismas funciones que los externos, el criterio de asignación de autoría potencial no puede ser sólo formal – ha de serlo por imperativo del tipo –, sino que ha de ser también material. Habrá que pensar si existe alguna razón de peso que justifique que un deber legal de seguridad pase a ser penalmente reforzado hasta el punto de posibilitar que a su quiebra se le impute el resultado de grave peligro del tipo que analizamos. Como paradigmáticamente sucede en general en los delitos de omisión, no toda quiebra de un deber de “facilitación de medios” relacionado con el resultado justifica la imputación del resultado a dicha quiebra. Por poner el ejemplo más obvio: el que un trabajador tenga tales deberes de seguridad hacia sus compañeros no comporta el que su infracción, generadora de un grave peligro, deba considerarse como típica del 316 y que tenga unas consecuencias mucho más graves que una infracción equivalente en otros ámbitos de

³⁴ Op. cit. n. 9, p. 261.

³⁵ Así, Pérez Alonso y Zugaldía Espinar, op. cit. n. 23, p. 1528. También (“el empresario y sus encargados o personal directivo”), De Vicente Martínez, op. cit. n. 23, p. 74 y ss., aunque luego extiende el círculo a “aquellos que tengan reconocida la facultad *ex lege* de suspender el trabajo en las situaciones de riesgo inminente y grave”, incluidos “los representantes legales de los trabajadores” (pp. 76 y s).

³⁶ SAP Madrid- 17º - 880/2003, de 6 de octubre.

actividad – por ejemplo: en el cuidado que deben los padres a los hijos menores de edad -.

En la reflexión sobre el papel de los servicios de prevención nos encontramos con el debate clásico en torno a la posición en el organigrama empresarial del técnico asesor, alimentado por la propia indefinición de su rol. Si un técnico es el que aplica diversas clases de conocimientos o aptitudes, escasas o difíciles de adquirir, al proceso de producción, habremos de concluir que el técnico no es más que un encargado, un delegado, altamente especializado. Más matizada ha de ser la respuesta si, por el contrario, el técnico no tiene una función de aplicación, sino de asesoramiento al que la tiene. En principio el técnico asesor en materias de seguridad o en materias con una implícita dimensión de seguridad no tiene necesariamente un dominio de control de fuentes de riesgo o de protección de los trabajadores. Por ello, tampoco asume necesariamente una posición de seguridad penalmente relevante. Su misión consiste en informar al que decide, que es el que tiene el dominio y la posición de seguridad. De esta situación ha de diferenciarse la del técnico cuya misión, aparentemente de mero consejo, se revela ejecutiva en un análisis más profundo. Nos referimos a supuestos en los que el monopolio de la información y la ausencia de un control posterior de su dictamen deshacen el proceso asesoría - decisión (de “facilitación de medios”) y sitúan fácticamente el dominio en manos del técnico. En estos casos, frecuentemente de difícil delimitación, el ejecutivo decide lo que el técnico informa por conveniente; esto es: delega en él, convirtiendo su acto en un acto ejecutivo. Así, por poner un ejemplo, la información del médico de empresa en materia de adecuación de los puestos de trabajo a la situación sanitaria de cada trabajador, en la medida en que corresponda específicamente a sus conocimientos especializados, no es susceptible de revisión y control por un lego, lo que la convierte en una auténtica decisión (ejecución, aplicación) en materia de seguridad.

En el ámbito del artículo 316, para la consideración del miembro del servicio de prevención como sujeto activo hará falta, o bien que se sea un delegado del empresario empresa jurídica (para la facilitación de medios de seguridad), en virtud de lo que dice el artículo 318, o bien que se trate de un “obligado legalmente a la facilitación de medios”. Sucede sin embargo que, conforme a lo ya reseñado, también en este supuesto la legitimación material de la imputación requerirá, y este es el presupuesto de la propia ley extrapenal, que se trate de un delegado con el correspondiente dominio sobre el proceso productivo³⁷.

La lectura de estas dos normas fundamentales en la materia, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995) y el Reglamento de los Servicios de Prevención (Real

³⁷ Así, Aguado López, op. cit. n. 23, p. 330; Serrano Piedecabras, op. cit. n. 21, p. 105; Pérez Alonso y Zugaldía Espinar, op. cit. n. 23, p. 1525. En contra, Navarro Cardoso y Losada Quintás, quienes excluyen, respecto a los servicios de prevención ajenos, la obligación de facilitar los medios (op. cit. n. 23, p. 986).

Decreto 39/1997) no acaban de clarificar el asunto de la responsabilidad penal. La línea de partida de la ley es la de que la misión de los servicios de prevención es la de “asesorar y asistir” al empresario (art. 31.2 de la Ley), aunque los configura como “el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”, lo que induce a pensar en una delegación de funciones ejecutivas. Y a esa línea parecen responder las múltiples funciones de “promoción”, “fomento” y “evaluación” que se consignan en los artículos 34 y siguientes del reglamento. A partir de ello, sin embargo, el reglamento introduce en la definición de las funciones de los servicios de prevención términos que pueden dar a entender que desempeñan funciones ejecutivas en materia de seguridad, susceptibles de generar responsabilidad penal. Así, ya el artículo 15 habla de “realizar” (art. 15.2) actividades preventivas o de “asumirlas” (art. 15.4). Y los artículos 34 y ss. enumeran diversas funciones consistentes en “formar”, “informar”, “vigilar” o “controlar”. Recuérdese que la formación e información son tareas propias del contenido del deber de seguridad, y que pueden ser consideradas como de facilitación de medios³⁸, y que la vigilancia y el control constituyen funciones esenciales del deber de seguridad remanente del delegante. Recuérdese también, al margen de ello, que las tareas de puro consejo o asesoramiento pueden tener un cariz ejecutivo en la medida en que se refieran a materias especializadas y que no sean susceptibles de control real por parte del ejecutivo informado³⁹.

11. Menos interrogantes suscitan los coordinadores de seguridad, figura que nace y se regula (RD 1.627/1997) en el sector de la construcción y que tiende a exportarse a cualquier actividad en la que concurren varias empresas (RD 171/2004). Suscitan menos interrogantes porque en la práctica y en su configuración normativa para el sector de la construcción son no sólo asesores de seguridad, sino auténticos delegados ejecutivos que elaboran o hacen que se elabore el estudio de seguridad y salud (art. 5.1 del R.D. 1.627/1997) o el estudio básico de seguridad y salud (art. 6.1), aprueban el plan de seguridad y salud (art. 7.2), coordinan la prevención de riesgos en la toma de decisiones técnicas y de organización y en la estimación del ritmo de trabajo, y controlan el acceso a la obra (art. 9)⁴⁰.

12. La responsabilidad de los contratistas y subcontratistas suscita alguna paradoja a la

³⁸ Así, Terradillos Basoco, op. cit. n. 2, pp. 85 y s.

³⁹ Terradillos Basoco considera que “los servicios externos asumen un amplio abanico de operaciones, entre las que algunas indudablemente consisten en la prestación de ‘medios’, en el sentido del art. 316 CP. No puede excluirse apriorísticamente a los responsables de los citados servicios del ámbito de los sujetos activos. Porque lo decisivo en la actuación de éstos no es su carácter de empresarios, sino el de asumir funciones originariamente atribuidas a éste, que incumplen; haciéndolo, además, de una manera específica que consiste en no facilitar medios” (op. cit. n. 2, p. 72).

⁴⁰ En contra, Navarro Cardoso y Losada Quintás, op. cit. n. 23, p. 989.

luz de su regulación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Según el artículo 24.3 de la primera “(l)as empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”. Según el artículo 42.3 de la segunda, “(l)a empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”.

La extrañeza que produce esta regulación es doble. Por una parte, no se entiende muy bien por qué una empresa debe responder, no de lo que hagan sus órganos, directivos o trabajadores, sino de lo que haga otra empresa distinta y autónoma con la que lo único que le une es un contrato de prestación de servicios. Por otra parte, choca que en nuestro sistema constitucional pueda hablarse de solidaridad respecto a una sanción, que se supone sólo imponible y sólo aplicable al autor de la infracción sancionada.

La razón de esta regulación proviene de la experiencia práctica y de cómo el esquema inicialmente razonable de distribución de responsabilidades – cada empresa responde sólo de su actividad – había dado lugar a una especie de liberación y de exportación fraudulenta de la responsabilidad con la simple argucia de convertir al delegado en empresa autónoma. El legislador pretende combatir esa argucia presuponiendo que allí donde la empresa contratista trabaje en el centro de la empresa contratante y en el ámbito de la actividad propia de ésta, allí se da en realidad una delegación que obliga a la empresa contratante a vigilar el cumplimiento de los deberes de seguridad anexos a la actividad delegada y a responder si dicha vigilancia no se produce o no tiene como consecuencia la corrección de la empresa contratada. Esta corrección deberá sugerirse primero e imponerse después, a falta de relación propiamente jerárquica, con la resolución del contrato. Los límites de esta vigilancia y de esta responsabilidad estarán, más allá de los generales que demarca la racionalidad, allí donde la especialización de la empresa contratista haga inexigible un control más incisivo⁴¹. La detección de los fallos de seguridad y el deber de corrección podrán surgir tanto de la actividad programada de control de la empresa contratista como del propio devenir de la actividad conjunta.

En los términos reseñados y con la cautelas advertidas, podrá tener relevancia penal

⁴¹ Así, Navarro Cardoso y Losada Quintás, op. cit. n. 23, p. 981.

ex artículo 316 la responsabilidad de quien actúe en nombre de la empresa principal respecto a una infracción de seguridad de la empresa contratista que genere una situación de grave peligro. Dicho en otras palabras: si en estos supuestos se advierte *de facto* una delegación de funciones, y no un contrato de prestación de servicios entre entes enteramente autónomos, habrá que atender a las consecuencias de aquel mecanismo y negar la exoneración de la empresa principal por la mera realización de la contratación.

13. Los fabricantes, importadores o suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo; de productos y sustancias químicas; y de elementos para la protección de los trabajadores poseen un cierto dominio de seguridad en relación con ciertas características de estos materiales que no son susceptibles de control por parte del empresario que los incorpora a la producción. Correlativamente, en cuanto que además de dominadores son estos sujetos iniciadores de procesos de riesgo, les correspondería una función directa e inmediata de seguridad. Como su dominio es un dominio de información, su deber de seguridad estaría constituido por un deber de información.

La infracción del deber de seguridad de estos sujetos podría dar lugar a responsabilidad por un resultado de lesión. Mucho menos evidente es la de que deban formar parte del círculo de sujetos activos del artículo 316 y ser susceptibles de ser sometidos a responsabilidad penal por la generación de una situación de grave peligro. No parece que la ampliación de la intervención penal que ello supondría venga demandada ni por la equiparación a la intensa responsabilidad del empresario ex dominio propio, ni por la necesidad preventiva en un ámbito sometido a un importante control previo de homologación y a un segundo tamiz por parte del empresario receptor⁴². De hecho la realidad confirma que los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales raramente son imputables a los comportamientos de los sujetos analizados en este punto.

V. ¿EN QUÉ CONSISTE “NO FACILITAR LAS CONDICIONES”?

14. Frente a la más completa y sugerente redacción anterior del *comportamiento típico*, la actual se limita a la no "facilitación de medios" -más comprensiva hubiera sido la "no procura

⁴² Así, Aguado López, op. cit. n. 23, p. 325; Navarro Cardoso y Losada Quintás, op. cit. n. 23, p. 990.

FUENTE: LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio, << La prevención penal de los riesgos laborales. Cinco 23 preguntas>>. Versión publicada en CARBONELL MATEU Juan Carlos (Coord.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

de condiciones"⁴³ -, lo que generará problemas para subsumir en ella conductas habituales lesivas de la seguridad en el trabajo - inadecuada selección, formación e información de los trabajadores en relación con los riesgos que implica la tarea concreta que se les asigna, inadecuada organización de los ritmos de producción, no exigencia a los trabajadores de la adopción de las medidas de seguridad que requieren su colaboración, no suspensión de la actividad -⁴⁴.

15. Para que el tipo se realice no basta con que el sujeto activo no facilite los medios suficientes a los trabajadores y que por ello genere una situación de peligro grave hacia ellos. Hace falta además que infrinja alguna de "las normas de prevención de riesgos laborales"⁴⁵.

Este tipo de remisiones suelen catalogarse inadecuadamente como configuradoras de "normas penales en blanco"⁴⁶, cuando realmente lo que procuran no es una descripción que se deja en blanco, sino una descripción con una parte en blanco, cosa inevitable en toda norma penal, en la que subyace siempre una remisión. La técnica de remisión expresa a otras normas suele despertar recelos de legitimidad desde la perspectiva del principio de legalidad por el riesgo de que difumine intolerablemente los contornos del tipo o de que suponga una delegación del Legislador al Ejecutivo de la configuración de elementos esenciales del injusto. No lo hará si se dan los siguientes requisitos: "que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de

⁴³ V. Lascuráin Sánchez, "La protección...", cit. n. 9, pp. 301 y ss. De acuerdo, en esencia, De Vicente Martínez, op. cit. n. 23, p. 88. Para Aguado López la expresión actual tiene el mismo significado que la anterior (op. cit. n. 23, p. 197). Muy matizadamente y con sólidos argumentos sostienen Corcoy Bidasolo, Cardenal Montraveta y Hortal Ibarra que la conducta típica de "no facilitación de medios" engloba los comportamientos de adscripción de funciones a trabajadores sin la necesaria formación e información en materia de riesgos laborales, y de falta de paralización de la actividad laboral en los casos de riesgo grave e inminente para la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores; en cambio no puede incluir los casos de inexigencia a los trabajadores de las medidas e instrucciones de seguridad previamente dadas (op. cit. n. 9, pp. 50 y ss.). Pérez Manzano subraya que "la reticencia mostrada por los Tribunales para interpretar de forma extensiva la fórmula del Código anterior puede ser un indicio de que la interpretación que puede realizarse de la nueva fórmula sea restrictiva" (op. cit. n. 24, p. 297).

⁴⁴ La jurisprudencia entiende que estamos ante un tipo de omisión (STS 1.360/1998, de 12.11; ATS 2.382/2001, de 6.11; "o más propiamente de infracción de un deber": STS 1.233/2002, de 29.7). La seguridad en el trabajo, sin embargo, se puede lesionar con conductas activas y omisivas: su protección exige tanto mandatos como prohibiciones. Ambas están comprendidas en la expresión "no facilitar los medios". V. *in extenso*, Lascuráin Sánchez, op. cit. n. 9, 322 y ss.

⁴⁵ Para la STS 1.233/2002, de 29.7, "de las más graves".

⁴⁶ Así, STS 1.233/2002, de 29.7 y ATS 2.382/2001, de 6.11.

certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada” (STC 127/1990; también SSTC 11/1993, 62/1994, 24/1996 y 120/1998).

En el ámbito que analizamos la seguridad jurídica no sólo queda salvaguardada con una descripción típica que delimita suficientemente los sujetos activos, las modalidades de acción y el resultado, sino que es dicha seguridad jurídica la que exige una remisión expresa a normas precisas de descripción de la frontera del riesgo permitido⁴⁷. Sin ella quedan difusos los contornos de lo penalmente prohibido, pues, de un lado, al tratarse de un ámbito de riesgo permitido, no se castigan las conductas que ponen en peligro a los trabajadores, sino las conductas que lo hacen excesivamente, más allá de lo razonable; de otro lado es difuso el resultado típico de lesión cuya imputación puede delimitar de un modo añadido los comportamientos penalmente prohibidos.

Es cierto que, superada la queja relativa a la merma del principio de legalidad, esta especificación del deber relevante de seguridad a través de una remisión expresa a otro orden normativo tiene otros inconvenientes, como el de que puede suponer una solución rígida que excluya conductas graves lesivas de la seguridad en el trabajo por la simple razón de que por su obviedad o por un error el comportamiento no está previsto como ilícito en ninguna norma de prevención de riesgos laborales. Además, el límite típico de la vulneración de dichas normas, existente en el 316, pero inexistente en el homicidio o en las lesiones imprudentes, podrá suponer una calificación penal paradójica: que una conducta imprudente de un empresario pueda ser calificada como homicidio (lo más grave) pero no como delito contra la seguridad en el trabajo (lo más leve en la misma línea de comportamiento injusto). Todo ello supone desde luego un cierto déficit de justicia en la técnica de la remisión. Menor sin embargo que el superávit de seguridad que la misma transmite en un ámbito especialmente necesitado de ella y en el que la incertidumbre acerca de la intervención penal despliega un importante efecto disuasorio sobre la actividad productiva, con el consiguiente perjuicio social.

16. Tan preocupante como esta cuestión de legitimidad es la que suscita el hecho de que el destino de la remisión sea una norma con una vigencia personal más limitada que la de la ley penal, sea por razones territoriales (leyes autonómicas), sea, como ahora es el caso, por otro tipo de razones (convenios colectivos). Cabe pensar que tales remisiones, al establecer

⁴⁷ Así, Pérez Manzano, op. cit. n. 24, p. 297. De Vicente Martínez, op. cit. n. 23, p. 83; Aguado López, op. cit. n. 23, p. 220. En contra, criticando además la redacción de la remisión, Escajedo San Epifanio, op. cit. n. 20, p. 812.

regulaciones materiales diferentes, obligaciones jurídicas diferentes, para unos y otros sujetos, traen como consecuencia una regulación penal injustificadamente no uniforme, de modo que, por ejemplo, lo que aquí constituye un delito contra el medio ambiente, deja de serlo en el pueblo vecino, y que lo que respecto al trabajador A es un delito contra la seguridad en el trabajo deja de serlo para su compañero de trabajo, acogido a un convenio menos estricto.

El que la remisión deba o no deba abarcar los convenios colectivos es una cuestión que debe analizarse desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de la intervención penal⁴⁸ – ¿sólo son penalmente relevantes las condiciones de seguridad establecidas en leyes y reglamentos? -. No creo sin embargo que encuentre obstáculos de constitucionalidad desde al perspectiva del principio de igualdad, puesto que la diferencia de tratamiento jurídico penal es marginal y justificada.

Es marginal porque el propio presupuesto de las leyes penales “con blanco” es el de la descripción de todos los rasgos esenciales del comportamiento delictivo en la propia norma penal; y es marginal porque la propia normativa convencional pasa a someterse a los criterios interpretativos propios de la norma penal. Está además justificada la discriminación jurídica nada menos que desde la propia Constitución, desde el propio modelo constitucional de fuentes normativas. La propia Constitución bendice el que haya regímenes jurídicos distintos en función de los agentes sociales que generan la norma, y en función de las razones materiales que laten tras esa diversificación. Aquí sólo estamos ante un reflejo, pálido por cierto, de la propia estructuración normativa del Estado.

Más en general cabe afirmar que en toda norma penal la concreción del deber objetivo de cuidado o de garantía, la propia frontera del riesgo permitido, no se somete normalmente a criterios formales, públicos, objetivos e uniformes de concreción, sino que, lejos de ello, se deja a la interpretación judicial. No deja de ser un cierto contrasentido el que se critique *ex* criterio de uniformidad un cierto tipo de normas que, frente a lo usual, da un paso adelante en pro de la uniformidad del deber objetivo de cuidado con la remisión a normas públicas, generales y concretas, por mucho que estén personalmente delimitadas⁴⁹.

⁴⁸ Así, Terradillos Basoco, op. cit. n. 2, p. 82. En contra de la inclusión de los convenios en la remisión por razones derivadas del principio de intervención mínima, Aguado López, op. cit. n. 23, p. 218, 225 y s.

⁴⁹ El Tribunal Constitucional abordó la constitucionalidad *ex* principio de igualdad de la remisión penal a normas autonómicas en la sentencia 120/1998, en la que se analizaba una sentencia condenatoria de contrabando de especies protegidas. El carácter protegido de la especie – una especie de tortuga – lo proclamaba una ley autonómica. El Tribunal Constitucional dio por buena la solución del tribunal penal – la integración del tipo penal con una norma autonómica - a la vista de la estructura territorial de nuestro Estado y a la vista de que el complemento autonómico constituía por definición un elemento inessential del injusto penal

VI. ¿PROTEGER AL TRABAJADOR FRENTE A SÍ MISMO?

17. En los últimos tiempos, al hilo de alguna polémica sentencia (SAP Barcelona de 2 de septiembre de 2003), ha recobrado nuevos bríos la discusión acerca del valor del consentimiento del trabajador en condiciones irregulares de trabajo que sean peligrosas para su salud o su integridad física, y en estrecha relación con la misma, acerca de la existencia de un deber de seguridad del empresario de impedir las conductas imprudentes del trabajador hacia sí mismo o hacia otros. ¿Debe responder el empresario que ordena a sus trabajadores la realización de un trabajo de altura sin el preceptivo cinturón de seguridad cuando éstos consienten esta irregularidad? ¿Debe responder si dolosa o imprudentemente tolera que el trabajador coadyuve – por ejemplo, por estar ebrio⁵⁰ – al accidente del que es víctima⁵¹? ¿Debe responder el empresario, o su delegado, por no haber impedido la imprudente autolesión del trabajador? Y por las mismas razones: ¿cede la responsabilidad del empresario o del encargado ante el accidente no provocado por la víctima pero sí provocado imprudentemente por otro trabajador?

Desde una perspectiva general podríamos estar tentados de negar tajantemente la responsabilidad penal en estos tres grupos de casos: el trabajador consiente en el riesgo de un tercero; contribuye a su propio riesgo; o incluso lo crea. Cabría pensar que se trata de supuestos análogos a los del que acepta ser trasladado por un conductor ebrio, o mantener relaciones sexuales con quien sabe portador del virus del sida, o consumir heroína que le dona o le vende otro. En casos como estos la doctrina considera que no hay responsabilidad penal – por ejemplo, por muerte o lesiones - del conductor, del que transmite la enfermedad, o del que vende la droga. No habría responsabilidad penal porque ya la conducta peligrosa pero en cualquier caso el resultado lesivo no podría serle imputado al tercero sino sólo a la víctima. A partir del principio de autorresponsabilidad el curso de riesgo determinante sería en todo caso el que desata la víctima y sólo a él cabría atribuirle el resultado como consecuencia propia del mismo⁵².

Si no me equivoco, la mayor parte de la doctrina considera que el primer grupo de casos - de mero consentimiento en el actuar arriesgado de tercero - no suscita un problema de tipicidad, de atribución de comportamientos o de resultados, sino de justificación de una

⁵⁰ Véase el caso de la STS 860/2001, de 17.5.

⁵¹ En la SAP Madrid – 1ª - 295/2002, de 18 de junio, la calificación de delito se rebaja a la de falta porque el trabajador lesionado “contribuyó eficazmente a la producción del resultado” al esperar la carga de la grúa que cayó sobre él “justo debajo de la carga”.

⁵² Sobre todo ello es fundamental la obra de Cancio Meliá “Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas”, Barcelona (Bosch), 2002 (2ª ed).

conducta típica a través del consentimiento. Sea como fuere se opina mayoritariamente, creo, que el consentimiento de la víctima en una actividad arriesgada elimina la antijuridicidad de quien le causó, por ejemplo, la muerte.

18. La pregunta ahora es la de si este esquema – y con él su respuesta negativa a la pregunta por la responsabilidad del empresario o de sus delegados - resulta aplicable a los supuestos de accidentes laborales en los que el trabajador que resulta muerto, o lesionado, o puesto en peligro extremo, ha generado el riesgo, o contribuido a él, o consentido en él. A la respuesta negativa se llega por dos sendas distintas: afirmando la imputación objetiva, al negar la imputación a la víctima, y afirmando la antijuridicidad, al negar la validez del consentimiento.

La imputación preferente a la víctima se sustenta sobre dos presupuestos aquí inexistentes⁵³. El primero es el de que la víctima se autoorganiza, actúa en un ámbito propio, se conduce en el ejercicio normal de su libertad. El segundo presupuesto, convergente con el del consentimiento como causa de justificación, es el de que, además, la víctima reúne las condiciones esenciales de conocimiento y voluntad para autoorganizarse, y en ese sentido no constituye un mero instrumento de otro, del que le pone en peligro.

Ambos presupuestos faltarán en principio en el ámbito de las relaciones laborales. El primero, porque el trabajador que actúa en el ejercicio de su prestación laboral no se autoorganiza, sino que ayuda a otro a organizarse: trabaja por cuenta ajena y bajo dirección ajena. Lo que hace es más asunto de otro que suyo y por ello precisamente el ordenamiento configura en ese otro una posición de seguridad para preservarle a él de los riesgos que se derivan de la actividad productiva y para preservar a otros de los riesgos que genere el trabajador.

El segundo presupuesto faltará también normalmente, y su ausencia servirá tanto para negar ya la imputación objetiva del resultado a la víctima como para, si no se acepta este esquema de análisis, negar la validez del consentimiento como causa de justificación. Así, lo habitual será que el consentimiento aparente del trabajador no sea válido por defectos de conocimiento y defectos de voluntad. Los primeros consistirán en el desconocimiento del ciclo completo de producción y en la engañosa evaluación de los riesgos de quien está familiarizado con ellos⁵⁴. Los defectos de voluntad provendrán de la limitada capacidad de reclamación a la empresa de unas medidas de seguridad que pueden ser gravosas por su coste de implantación

⁵³ Cobo del Rosal y Sánchez-Vera Gómez-Trelles añaden el de la indisponibilidad de los bienes en juego (op. cit. n. 4, p. 68).

⁵⁴ Así, Corcoy Bidasolo, Cardenal Montraveta y Hortal Ibarra, op. cit. n. 9, p. 57.

o por la ralentización del ritmo de trabajo que pueda provocar su uso⁵⁵. Como afirma la STS 1.188/1999, de 14 de julio, “el hecho de que se trabaje en determinadas condiciones no implica (...) que quienes lo lleven a cabo no prevean los riesgos que corren y que muchas veces se ven obligados a asumir, por diversas razones”⁵⁶.

Así pues, en conclusión, frente al principio de autorresponsabilidad, que comportaría que los responsables de seguridad de una empresa no responden por las imprudencias de un trabajador frente a sí mismo, debe pasarse a la presunción no irrefragable de que el consentimiento del trabajador en su propio riesgo es inválido. Consecuencia de ello es la de que forma parte del deber del empresario y de sus delegados el impedir con los medios razonables a su alcance que el trabajador realice su prestación de modo peligroso para sí mismo. Cualquier otra estrategia jurídica conduciría a un importante aumento de la siniestralidad laboral, pues quien necesita imperiosamente trabajar asumiría riesgos para sí sin el contrapeso que supone la posibilidad de sancionar a los responsables de la empresa para la que trabaja y a la que tales riesgos potencialmente benefician.

La responsabilidad del empresario y de sus delegados volverá a decaer si resulta que en la situación concreta el trabajador actuaba con plena autonomía y con suficiente conocimiento y voluntad. Ello sucederá, por supuesto, en los casos de dolo – por ejemplo, el trabajador se suicida -, pero también en los casos en los que el trabajador actúe en la empresa, mas para asuntos propios. Más dudas ofrecen los supuestos en los que el accidente de trabajo o la situación de grave peligro se producen en el ámbito laboral y en una actuación para la empresa, pero por una iniciativa imprudente del trabajador⁵⁷. En estos casos, siguiendo el

⁵⁵ Así, Cobo del Rosal y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, op. cit. n. 4, p. 69; Corcoy Bidasolo, Cardenal Montraveta y Hortal Ibarra, op. cit. n. 9, p. 58.

⁵⁶ En la misma línea se manifiesta la STS 18.10.00 o la STS 11.10.01: “Tampoco constituye un argumento válido el que la víctima pudo negarse a realizar su trabajo en tan precarias condiciones, cuando, según narra la sentencia, el encargado o patrón se hallaba presente y fue quien le ordenó la realización de los trabajos, lo que significa que le es muy difícil exigir al subordinado la desobediencia de esas órdenes”. Respecto al defectuoso conocimiento valga el siguiente ejemplo: “(...) sin que a ello sea óbice la posible infracción de la norma de cuidado por el trabajador al usar guantes de lana mientras trabajaba en el torno, que determinó el atrapamiento de su brazo derecho por la máquina, pues dicho suceso no era previsible para quien, por falta de adecuada formación, no tenía los conocimientos precisos para desempeñar trabajos propios de un profesional de oficio” (AAP Barcelona – 6ª - 17.1.00).

⁵⁷ Corcoy Bidasolo, Cardenal Montraveta y Hortal Ibarra, señalan, en su detallado estudio de la cuestión, que “cuando el trabajador tenga formación suficiente, tenga a su disposición las medidas de seguridad requeridas, se le advierta suficientemente de los riesgos y de su deber de adoptar las medidas de seguridad..., si pese a ello incumple las medidas asume un riesgo que, en principio, sólo a él le es imputable. No obstante (...) esa ‘autopuesta en peligro del trabajador’ no siempre exime de

esquema teórico apuntado, no debe negarse en general la imputación del empresario o de su delegado por la imputación preferente a la víctima, pero sí es probable que pueda hacerse en el caso concreto por la observancia por parte de éstos de su deber objetivo de cuidado si la formación, los medios y la vigilancia fueron los adecuados⁵⁸.

VII. CONCLUSIONES: CINCO PROPUESTAS DE RESPUESTA.

19. Concluyo mi contribución a este libro en homenaje al profesor Cobo del Rosal como la empecé: subrayando que la reflexión acerca de la siniestralidad laboral ha de ser una reflexión social y jurídica de mucho más alcance que la reflexión penal. La mejora efectiva de las condiciones de seguridad en el trabajo y la consecuente disminución del número de accidentes laborales va a depender de la adecuada regulación del nivel de riesgo permitido en la actividad productiva y de la previsión de mecanismos efectivos, positivos y negativos, de aliento y de desaliento, para su implantación: va a depender de estrategias sociales y jurídicas más complejas y ambiciosas que las puramente penales.

20. A) El Derecho Penal puede realizar una contribución muy significativa en el afianzamiento de la frontera del riesgo permitido mediante la prevención de las conductas más graves que la ignoran. Dicha prevención complementa las limitaciones propias de los mecanismos sindicales y administrativos de protección de la seguridad en el trabajo y puede y debe llegar, más allá de la protección que suponen los delitos de lesiones y homicidio imprudentes, a la sanción de las conductas que general situaciones de peligro extremo o concreto doloso y también imprudente.

Por tal peligro extremo debe entenderse, y así debería interpretarse la expresión “peligro grave” del art. 316, a la represión de los comportamientos que hayan generado una situación en la que el curso de peligro se dirige con suma probabilidad hacia el objeto de la acción – hacia el trabajador - y en la que tanto la trayectoria e intensidad de aquél como la

responsabilidad al empresario” pues puede concurrir con ella un riesgo creado por el mismo y al que también le cabe imputar el resultado (op. cit. n. 9, p. 66).

⁵⁸ Es interesante el supuesto de la STS 927/2001, de 22.5: “el propio lesionado fue quien puso en funcionamiento la máquina, sin que fuere preciso ello para la reparación, en un encomiable ánimo de auxiliar al electricista que ni lo precisaba ni le solicitó su colaboración”. También el de la STS 242/2003, de 7.11: “(e)l desatascó al que procedieron o que intentaron, con el resultado del accidente, excedía de su cometido laboral y procedieron al mismo sin ponerlo en conocimiento de sus superiores, sin avisar del problema acaecido”. El artículo 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales señala que “(l)a efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”.

defensa de la víctima potencial han caído fuera del control ordinario del agente, de la víctima o de un tercero, de modo que *ex ante* no quepa razonablemente confiar en la no producción de un resultado de pérdida de la vida o de menoscabo relevante de la salud o de la integridad física.

B) Cuando además de la infracción normativa y del a ella anudado resultado de peligro extremo se produzca un resultado de muerte o lesiones, los tipos de homicidio o lesiones imprudentes desplazarán a los que comentamos - concurso de normas -, debido a que suman al desvalor de estos últimos el específico de resultado que les caracteriza. Excepción a la regla anterior - que es de consunción (art. 8.3^a) - serían los supuestos en los que el resultado lesivo es leve y la pena del delito de peligro es superior a la del delito de lesión. En ellos debe entenderse que sólo el recurso al concurso de delitos es capaz de absorber todo el desvalor del comportamiento.

C) a) Los “legalmente obligados” del art. 316 deben serlo el empresario y sus delegados. A ello conduce el destino de la remisión - la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social – en lo que respecta al primero, y el tenor de los arts. 11, 31y 318 en lo que respecta a los segundos: éste último precepto se refiere sólo a las personas jurídicas; esta limitación no quedaría cubierta por el art. 11, que se proyecta sólo sobre los delitos que “consistan en la producción de un resultado”, sino por el artículo 31, que regula responsabilidad del representante.

b) Los asesores de seguridad de la empresa, externos o internos, serán responsables penales de seguridad en la medida en quepa entender que son delegados de seguridad del empresario. Normalmente lo son los coordinadores de seguridad.

c) Si los contratos y subcontratos de la sociedad principal con otras sociedades lo son para tareas que deben realizarse en un centro de trabajo de aquélla y en su ámbito de actividad, puede verse en ello, y así lo hace la ley a los efectos de sanciones administrativas, no un contrato de prestación de servicios entre dos entes autónomos – en el que la responsabilidad de seguridad recae sólo en quien realiza la actividad -, sino una delegación en la que, como tal, la empresa principal no queda exonerada de sus tareas de seguridad.

D) a) Frente a la de “no procura de las condiciones” del Código Penal anterior, la descripción de la conducta típica como “no facilitación de medios” tiene alguna dificultad para incluir conductas que deben estarlo, tales como la inadecuada selección, formación e información de los trabajadores en relación con los riesgos que implica la tarea concreta que se les asigna; la inadecuada organización de los ritmos de producción; o la no suspensión de la

actividad. Esta dificultad se torna en imposibilidad respecto a la conducta consistente en la no exigencia a los trabajadores de la adopción de las medidas de seguridad que requieren su colaboración⁵⁹.

b) La exigencia de que la conducta infrinja “las normas de prevención de riesgos laborales” no sólo no es ilegítima en cuanto elemento en blanco de la norma, sino que viene demandada por razones de seguridad jurídica. Tampoco constituye una pega de legitimidad el que el destino de este elemento remisivo pueda serlo una norma delimitada en su ámbito personal (convenio colectivo) pues la diferencia de tratamiento penal que ello supone es marginal y está justificada.

E) Frente al principio de autorresponsabilidad, que comportaría que los responsables de seguridad de una empresa no responden en los casos en los que el trabajador ha generado el riesgo para sí, o ha contribuido a él, o ha consentido en él, debe pasarse a la presunción no irrefutable de que tal autorresponsabilidad no existe porque el trabajador actúa en un ámbito ajeno sin suficientes condiciones de conocimiento y voluntad para autoorganizarse.

La responsabilidad del empresario y de sus delegados volverá a decaer si resulta que en la situación concreta el trabajador actuaba con plena autonomía y con suficiente conocimiento y voluntad. Ello sucederá, por supuesto, en los casos de dolo y de actuación en interés propio. Más dudas ofrecen los supuestos en los que la situación de grave peligro se produce por una actuación para la empresa a través de una iniciativa imprudente del trabajador. En estos casos no debe negarse la imputación del empresario o de su delegado por la imputación preferente a la víctima, pero sí es evidente su influencia en la evaluación de la observancia por parte de éstos de su deber objetivo de seguridad.

⁵⁹ Así, De Vicente Martínez, op. cit. n. 23, 87.