

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PENAL EN SEGURIDAD Y SALUD
LABORAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE
LOS PROFESIONALES DE LA PREVENCIÓN

Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero

Presidente de la Societé Internationale de Defense Sociale

Revista Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Ed. Fremap

Madrid / mayo 2000

Pp. 189 - 202

<http://www.cienciaspenales.net>

© Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Real Casa de la Misericordia - C/ Altagracia, 50

13071 – Ciudad Real (España)

Tlfno.: (+34) 926 295 234 – Fax.: (+34) 926 295 235

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PENAL EN SEGURIDAD Y SALUD LABORAL . ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS PROFESIONALES DE LA PREVENCIÓN.

Luis Arroyo Zapatero

Universidad de Castilla-La Mancha

1. Introducción.

La Ley 8 de 7 de abril de 1988 sobre Infracciones y sanciones en el orden social (LISOS) supuso una renovación sustancial del Derecho sancionador administrativo-laboral, también en seguridad y salud laboral. La Ley vino a sistematizar, depurar, modernizar y dotar del adecuado rango normativo a un ordenamiento de infracciones y sanciones laborales caracterizado por la dispersión de fuentes, generalmente de carácter reglamentario, aprobadas por Decreto o por puras Ordenes Ministeriales, ajeno al principio de tipicidad y sometido al de compatibilidad de todo tipo de responsabilidades civiles, administrativas y penales. Se trataba de un ordenamiento preconstitucional sistemáticamente enfrentado a los principios constitucionales, un ordenamiento que se ha calificado acertadamente de prebeccariano.

Ejemplo paradigmático del sistema anterior eran las infracciones y sanciones en materia de seguridad e higiene, aunque no fuera el cuerpo de peor técnica. La Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 9 de marzo de 1971¹, aprobada por mera Orden Ministerial, contenía el cuerpo básico de la normativa de seguridad e higiene, y se complementaba con inabarcables disposiciones sectoriales. Desde el punto de vista sancionador se organizaba sobre el sistema de incriminación abierta o de cláusula general (artículo 156), contemplándose tan sólo tres ilícitos especialmente tipificados (artículo 157), todo ello bajo el principio de compatibilidad de responsabilidades como regla general: "Salvo precepto legal en

¹ La citada Ordenanza ha sido derogada después salvo en su Título II por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

contrario, las responsabilidades que exijan las autoridades del Ministerio de trabajo o que declare la jurisdicción laboral por incumplimiento de disposiciones que rijan en materia de seguridad e higiene en el trabajo serán independientes y compatibles con cualesquiera otras de índole civil, penal o administrativa (...) las actuaciones que inicien y tramiten los órganos judiciales y administrativos no laborales (...) no suspenderán, en ningún caso, la acción preventiva, investigadora y punitiva correspondiente al Ministerio de Trabajo" (artículo 155)².

El primer paso en la reforma de la materia vino dado por el Estatuto de los Trabajadores (Ley 8, de 10 de marzo de 1980), cuyo antiguo artículo 57 procedió a dotar de rango de ley al concepto de infracción laboral del empresario, así como al sistema de graduación de las sanciones y sus cuantías. El precepto fue desarrollado por el Real Decreto n.º. 2347, de 4 de diciembre de 1985, denominado también "De infracciones laborales de los empresarios". Sin embargo, la inclusión en este último de infracciones y sanciones no previstas en la norma habilitante del Decreto, especialmente la disposición sobre la reincidencia y la infracción laboral continuada³, llevó a que se declarase su nulidad por Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1986, por estimarlo contrario a los principios constitucionales de legalidad y tipicidad.

La Ley 8/1988 constituía un cuerpo único de infracciones y sanciones en todo el ámbito de lo social: contrato y condiciones de trabajo, higiene y seguridad, seguridad social, empleo, prestaciones de desempleo y emigración (artículos 5 a 35). Sin embargo, el panorama cambió a raíz de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que contenía toda la materia relativa a las infracciones y sanciones administrativas en materia de seguridad e higiene laboral, desgajándola de la Ley 8/1988⁴ y fragmentando de este modo la

² Vid. GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, La potestad sancionadora de la Administración en materia laboral y el R.D. 2347/1985, en "Relaciones Laborales", núm. 6, 1986, págs. 9 y ss.; GARCÍA FERNÁNDEZ, El procedimiento sancionador por infracción de las leyes sociales, en "Relaciones Laborales", núm. 6, 1986, págs. 24 y ss.; GARCÍA BLASCO, Potestad sancionadora de la Administración en materia laboral y principio de legalidad a propósito del R.D. 2347/1985, de 4 de diciembre, en "R.E.D.T." núm. 26, 1986, págs. 209 y ss. para el Derecho anterior vid. PÉREZ ESPINOSA, Las infracciones laborales y la inspección de trabajo, Madrid, 1987.

³ Vid. GONZÁLEZ DE LENA, ob. cit. pág. 15; GARCÍA FERNÁNDEZ, ob. cit. pág. 51.

⁴ Vid. La Disposición Derogatoria única de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales por la que quedan derogados los arts. 9, 10, 11, 36 apartado 2, 39, 40, párrafo 2º, de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social.

unidad de la regulación del derecho social sancionador que hacía la LISOS, la cual quedaba reducida a una insignificante expresión en virtud de los efectos derogatorios producidos con la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en base a la habilitación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Como manifestaron GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, se rompía así una encomiable tendencia a unificar el derecho social sancionador administrativo, lo que provoca que la homogeneidad de criterios con que actuaran en las distintas parcelas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social estuviera más amenazada⁵. Con la LISOS había hecho aparición en nuestro Derecho un auténtico Derecho administrativo sancionador del trabajo, tan alabado por la doctrina y presupuesto necesario desde el plano de la política jurídica general y, en particular, de la política criminal de un Derecho penal del trabajo.

Por todo ello debe darse la bienvenida al texto refundido de la LISOS que aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, recompone la unidad del cuerpo de infracciones y sanciones en toda la materia laboral, incluida la seguridad y salud, ahora básicamente en los arts. 2, 11 a 13 y 42 del nuevo texto legal⁶.

Sistematizaremos las disposiciones legales penales y administrativas vigentes y procedemos en lo que sigue a enunciar los diversos sectores normativos y a exponer los supuestos de posibles confluencias de ilícitos administrativos y los tipos penales⁷. Como se advertirá, el grado de coincidencia entre los ilícitos administrativos muy graves y los tipos penales es altísima. Apenas encontraremos otros elementos de diferenciación posible que los siguientes: primero, los tipos penales son exclusivamente dolosos, salvo el relativo a la seguridad y la higiene; segundo, los tipos administrativos suelen contraer la sanción a la figura jurídica del empresario, sin que se desplace su responsabilidad a las personas físicas de sus encargados o representantes, al contrario que la responsabilidad penal; y tercero, en algunos delitos, como los relativos a los fraudes a la Seguridad Social y al fraude de subvenciones, el tipo incluye una condición objetiva de punibilidad que impide su aplicación por debajo de la misma, excluyendo así la identidad de ilícitos.

⁵ GONZÁLEZ ORTEGA /APARICIO TOVAR, Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, Madrid, 1966, pág. 282.

⁶ Vid. MARTINEZ LUCAS, La nueva Ley sobre infracciones y sanciones en el Orden social, en "La Ley", 5, 158, 2000.

⁷ Para el tiempo anterior al nuevo Código e incluso a la LPRL v. Del REY GUANTER, *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Madrid 1990, p. 263 y ss.

2. Infracciones administrativas de seguridad en el trabajo.

Toda la materia general sobre infracciones y sanciones en materia de seguridad y salud laboral se encuentra hoy en el texto refundido de la LISOS. Las infracciones se regulan en los arts 11 a 13 y de todas las figuras tipificadas nos interesa, a los efectos de posible colisión con el delito contra la seguridad en el trabajo del 316 y 317, las siguientes:

Como infracción grave define el art. 12.16 “las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados”, señalando a continuación diversas materias a las que refiere el incumplimiento “especialmente”, lo que no excluye a todas las demás.

El art. 13.3 tipifica como infracción muy grave el “no paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realizan sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la inspección impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización”.

En el art. 13.4 declara infracción muy grave la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo sin adecuación a las características de la persona “cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

En el art. 13.6 la exposición a los agentes nocivos que “originen riesgos de daños para la salud sin adoptar las medidas de preventivas adecuadas, cuando se trate de riesgos graves e inminentes.

Por último y a modo de cláusula general, el art. 13.8 define como infracción muy grave el “no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.

Nota común a todas estas infracciones es la creación de un riesgo grave para la integridad y la salud de los trabajadores. La distinción entre la infracción grave del art. 12.16 y las infracciones muy graves reseñadas estaba tan sólo en que la muy grave requiere que el riesgo, además de grave sea “inminente”, calificativo que vale tanto como decir riesgo grave con alta probabilidad de realizarse en lesión de modo inmediato y directo.

3. Delitos contra la Seguridad en el trabajo: Arts. 316 y 317.

El artículo 316 del nuevo Código penal encuentra su correspondencia en el art. 348 bis a) del anterior Código penal y dispone que: "*Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.*"⁸

El nuevo precepto se configura como un delito de peligro concreto para tres bienes fundamentales del trabajador: su vida, su salud e integridad física pues su objeto consiste en evitar los riesgos que se producen como consecuencia del trabajo que se desarrolla por cuenta ajena. Por fortuna, a diferencia de su antecesor, ha incluido expresamente a la salud como objeto de protección, lo que había sido criticado acerbadamente. Como tal delito de peligro permite al Derecho penal intervenir antes de que la infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales produzcan resultados lesivos. Pero lo primordial de este delito no es el mero adelantamiento de la protección de la vida y la integridad, sino la inmediata protección de la seguridad en el trabajo como bien jurídico autónomo.

El artículo 316 continúa siendo un delito especial, en el que sólo pueden ser sujetos activos del mismo "los legalmente obligados" a un deber de seguridad concreto: facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

En cuanto a la conducta típica el Código penal de 1995 reduce en exceso la redacción anterior refiriéndose tan solo a quienes "no faciliten los medios necesarios". Debería haberse mantenido también la expresión "no procurar las condiciones de seguridad" si se quiere dotar al precepto de eficacia político-criminal, pues, con la sola referencia a "no facilitar los medios" se corre el riesgo de identificar dicha expresión con el no facilitar los medios personales de protección del trabajador como, por ejemplo, no facilitar a los trabajadores de la construcción los cascos o no facilitar mascarillas de humos o gases.

La conducta requiere una serie de presupuestos que completan el tipo. En primer lugar, la conducta ha de ser realizada a través de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, lo que supone una ampliación respecto de la anterior descripción. El artículo 316 hace referencia no ya sólo a las normas reglamentarias -como era el caso del art. 348 bis a)-, sino también a las diversas normas de rango legal que se han ido introduciendo posteriormente en el ordenamiento laboral.

⁸ Para la dogmática y tratamiento de los delitos de los arts. 316 y 317, ver, por todos, la última monografía al respecto, con todas las referencias doctrinales anteriores y las primeras manifestaciones de la Jurisprudencia del T.S., de Rosario De VICENTE MARTINEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona 2001.

La conducta requiere en segundo lugar, la puesta en peligro grave de la vida, salud o integridad física del trabajador. A diferencia del art. 348 bis a), el art. 316 exige que el peligro creado sea grave. El texto anterior refería el calificativo de "grave" a la infracción y no al peligro, lo que llevo a la doctrina a criticar el que la gravedad no se refiriera al peligro creado, pues la atribución del calificativo a la infracción era desafortunada, pues la valoración no puede proyectarse sobre el rango legal de la norma de seguridad, que desde el punto de vista de la tutela del bien jurídico es irrelevante, sino que ha de hacerse sobre el grado de peligro creado o aumentado por el incumplimiento de la norma de seguridad.

Un gran acierto del nuevo Código penal es como se ha dicho la introducción de la salud como objeto de referencia del peligro. El texto anterior exigía que con la infracción de la norma se pusiera en peligro la vida o la integridad física de los trabajadores. El precepto del Código cubre la puesta en peligro de la salud tal como había solicitado pedido un sector de la doctrina ⁹.

El art. 316 debía de haber mantenido el último inciso que se contemplaba en el Proyecto del 94: "sin perjuicio de las penas correspondientes si el resultado sobreviniera", porque servía para despejar las dudas sobre la posibilidad del concurso de delitos en los casos en que como consecuencia del peligro concreto ocasionado por el sujeto activo se producía el resultado lesivo o letal para algún o algunos trabajadores.

A falta de una previsión expresa, la solución correcta es estimar un concurso ideal de delitos a resolver por el art. 77 del Código penal, y, por tanto, imponiendo la pena más grave en su grado máximo. Así lo han hecho dos reciente sentencias del Tribunal Supremo., la primera ,ponente Jiménez Villarejo, de 12 de nov. 1998, y la segunda, ponente Roman Puerta, de 14 julio 1999, aun cuando parecen resolver el concurso ideal como un concurso real, aunque con acumulación de penas por ambos delitos, en vez de imponer la mayor en grado de la más elevada.

A continuación, el art. 317 contempla la modalidad imprudente en materia de seguridad en el trabajo al disponer: "Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado". ¹⁰

Conforme al art. 12 del nuevo texto penal: "Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley". Era lógico que, dado que la comisión más frecuente en este ámbito es la imprudente, se tipificara expresamente dicha modalidad en los delitos contra la seguridad en el trabajo. Este precepto, por otro lado, viene a resolver la enorme controversia planteada en la doctrina acerca de la viabilidad de la forma imprudente, respecto de la forma

⁹ Yo mismo desde mi *Manual de Derecho penal del Trabajo*, Barcelona, Praxis, 1988., y antes con similar éxito.

¹⁰ Vid. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L., Art. 317CP: Un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas, "Actualidad Penal", n°38, 2000, p.801 y ss.

dolosa establecida en el art. 348 bis a). La imprudencia debe de ser grave, considerándose impune, por imponerlo así la literalidad del nuevo precepto, la imprudencia simple con infracción de reglamentos, así como las imprudencias simples de carácter leve.

4. Contraste y distinción entre el delito contra la seguridad en el trabajo y la infracción administrativa: sujetos activos diferentes.

Si se contrastan las infracciones administrativas reseñadas con el tipo del delito contra la seguridad en el trabajo del art. 316 C. P., que incrimina la “infracción de las normas de prevención de riesgos laborales” poniendo así “en peligro grave la vida, salud o integridad física” de los trabajadores, se constata que se produce una concurrencia normativa entre los tipos administrativos muy graves y el tipo penal. Es más, ni siquiera se puede intentar una segmentación a partir de la condición dolosa del delito, relegando a la infracción administrativa a las conductas de creación imprudente del riesgo, pues el art. 317 tipifica penalmente también la comisión imprudente del tipo objetivo del delito doloso contra la seguridad en el trabajo.

Nos encontramos en este ámbito ante una relación entre la legislación administrativa y la penal perfectamente tradicional en nuestro Derecho y radicalmente censurable: el legislador administrativo laboral y penal han operado de espaldas uno de otro, tanto el primero respecto del tipo del antiguo 348 bis a) ACP, como el segundo, en el 316 y 317, respecto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, - y su correlativa versión actual del TR de la LISOS- piezas legislativas producidas, además, simultáneamente. Desde el punto de vista de la teoría de la legislación constituye un ejemplo manifiesto de técnica legislativa gravemente errónea.¹¹

La concurrencia es plena y su disfuncionalidad se incrementa con el contraste en las sanciones. La sanción correspondiente a la infracción administrativa muy grave consiste en la multa de 50 a 100 millones de pesetas, (art. 40 L.50/00) a la que se añade la suspensión o cierre facultativo de la actividad laboral (art. 53, LPRL) y las limitaciones a la facultad de contratar con la Administración en lo que se remite a lo dispuesto en la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 54 LPRL)..

¹¹ Vid. ARROYO ZAPATERO, El “ne bis in idem” en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores, en Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, en “Cuadernos de Derecho Judicial” 1997, p.289 y ss. , esp. 309 y ss.

En las hipótesis de infracciones administrativas muy graves y el delito doloso, la comparación entre sus respectivas sanciones permite estimar como sanción efectivamente más grave la penal, pues la multa administrativa de hasta 100 millones representa una afectación personal menos gravosa que la pena de prisión de 6 meses a 3 años, a la que se añade la multa, en el sistema de día-multa, de 6 a 12 meses, que puede llegar a un monto total de 18 millones de ptas. La sanción administrativa de la suspensión de la actividad laboral está prevista como consecuencia accesoria del delito en el art. 129 CP. No así, la de prohibición de contratación con la Administración.

El contraste entre la multa administrativa de la infracción muy grave y el delito imprudente contra la seguridad en el trabajo no resulta en absoluto funcional, pues mientras la multa administrativa se sitúa entre los 50 y 100 millones de ptas., la pena del delito imprudente (la inferior en grado a la de prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses del 316) es la de multa de 3 a 6 meses, es decir, un monto total máximo de entre 4.500.000 y 9.125.000 ptas.

5. Los diferentes sujetos activos del delito y de la infracción administrativa

Para averiguar quienes son estas personas legalmente obligadas, a las que se les imputa el deber de seguridad e higiene en el trabajo, y por tanto sujetos activos del delito, hay que acudir a la legislación laboral¹². El art. 154 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971, designaba como posibles responsables al empresario y a todas aquellas personas “que trabajen a su servicio en funciones directivas, técnicas, ejecutivas o subalternas, siempre que a cualquiera de ellas pueda serle imputada, por acción u omisión, la infracción cometida”, lo que se interpretó como el empresario y todos aquellos que por delegación de éste asumían, en el esquema organizativo de la empresa, facultades de mando sobre otros trabajadores y facultad de resolución en la concreta esfera funcional que tienen a su cargo. Dada la organización jerarquizada del trabajo, sujeto activo podía ser cualquier persona, tanto el empresario como los encargados por éste de la dirección del trabajo y así lo manifestó el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 10 de marzo de 1980: "son todos aquellos que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho".

¹² Sobre el deber en general vid. GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, CES, 1999

Pero la materia se vió afectada -en principio- por la Ley de Prevención de riesgos laborales (L. 31/1995) que, además de derogar la OSH en el punto que nos ocupa, entre muchos otros, ha configurado en su art. 14 un deber de seguridad imputado en exclusiva al empresario, a quien considera como único deudor de protección de la seguridad, en un intento de evitar la desresponsabilización del empresario, desplazándola a los demás agentes que operan en la empresa, unos con poder de dirección y otros sin él, en materia de seguridad. Ahora bien, esta disposición de la LPRL no tiene más efectos que los de configurar el sujeto activo de la infracción administrativa, reduciéndolo al empresario como único responsable en esta materia, un empresario que será responsable como persona física si es empresario individual, y el empresario persona jurídica como tal, si la empresa ha adoptado esa forma jurídica. La LPRL ha dirigido sus sanciones al titular de la empresa y al patrimonio de la misma excluyendo otras opciones político jurídicas, como el sancionar sólo o conjuntamente a la empresa y al personal directivo responsable, como se ha procedido en las leyes sancionadoras administrativas de los últimos años, p. ej., en la Ley del Mercado de valores, entre muchas otras.

En lo penal es manifiesto que el concepto de autor es del todo independiente o autónomo y puede seguirse afirmando que los legalmente obligados son el empresario y sus encargados o personal directivo. En todo caso, a la misma conclusión se llega aplicando tanto el art. 31 C.p. relativo a la imputación de responsabilidad del que actúa en nombre de otro, que son los encargados del empresario, persona física o jurídica, con poder de dirección, como el propio art. 318, cuando dispone que cuando los hechos previstos en los artículos anteriores (también el 316) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos.

6. Responsabilidad penal en los supuestos de homicidio y lesiones imprudentes

El nuevo Código penal ha sustituido el viejo sistema de la cláusula general de incriminación de los delitos imprudentes que contenía el art. 565 por el sistema de *crimina culposa* o incriminación específica de cada delito imprudente. Así hoy, se incriminan el homicidio imprudente en el art. 142, las lesiones imprudentes en el art. 152, exigiendo en ambos casos la imprudencia grave –o temeraria– y los homicidios y lesiones imprudentes constitutivas de faltas en el art. 621. Toda la doctrina tradicional sobre responsabilidad penal por homicidio y lesiones imprudentes por infracción de normas de seguridad en el trabajo pervive intacta en el nuevo Código, con plena responsabilidad para el empresario y sus encargados, en los términos expuestos en mis libros anteriores.¹³ Tan solo me permito hacer aquí tres indicaciones:

¹³ Tanto en La protección penal de la seguridad en el trabajo de 1981, como en el Manual de Derecho penal del trabajo, Praxis, Barcelona 1988.

1ª. Los delitos de lesiones amparan hoy sin restricciones a la salud en general y no hay restricción a la integridad física.

2ª. Ha desaparecido la disfuncional figura de las lesiones laborales del 427, nunca aplicado.

3ª La formulación que la LPRL hace del sujeto responsable de las infracciones administrativas no afecta en nada a la determinación del ámbito de sujetos responsables y del contenido del deber objetivo de cuidado que constituye la esencia del delito imprudente de lesión o de peligro, pues la LPRL no afecta a los sujetos activos de los tipos penales sino a los administrativos. Pero donde si afecta, y muy positivamente, la LPRL es a toda la configuración del deber objetivo de cuidado en un sentido positivo, de fijación legislativa del contenido de ese deber objetivo de cuidado. Dicho de otro modo, y si se me permite la auto cita, toda la elaboración doctrinal de mi vieja tesis doctoral de 1980 sobre el contenido del deber objetivo de cuidado de seguridad e higiene, los principios allí desarrollados sobre el grado de diligencia, etc., ha sido positivizado en la LPRL, particularmente el art. 15, destinado a enumerar los principios de la acción preventiva, en el art. 16, sobre evaluación de los riesgos, en el 17, sobre equipos de trabajo, medios de protección, en el 20, sobre medidas de emergencia, y en el 21, sobre la actuación ante riesgos graves e inminentes.

7. El empresario y sus encargados como sujetos de imputación del deber de seguridad en el trabajo.

Se trata aquí de analizar los criterios jurídico-penales de determinación de quienes son en concreto las personas obligadas por el deber de seguridad y cuyo cumplimiento puede acarrear responsabilidad criminal, tema al que la jurisprudencia ha prestado reiterada atención. Los criterios en lo penal han de ser necesariamente distintos a los empleados en otros sectores del ordenamiento jurídico, pues distintas son las funciones de las declaraciones normativas y de las sanciones previstas, tanto en el orden privado como en el laboral y el administrativo. En el primero, la determinación de la imputación del deber de seguridad sirve para establecer la persona obligada a sufragar económicamente los costes de la puesta en práctica de las medidas de seguridad y a indemnizar los daños materiales que de su ausencia resulten. En el orden administrativo laboral la imputación del deber de seguridad tiende a determinar las personas que en la empresa deben de poner en práctica las normas de seguridad y cuyo incumplimiento puede ser castigado con las sanciones administrativas previstas a tales efectos.

En el ámbito penal se trata específicamente de determinar quiénes son los sujetos susceptibles de ser considerados autores de un delito imprudente de homicidio o lesiones por incumplimiento de los deberes de cuidado exigidos para la seguridad en el trabajo, no sirviendo a tales efectos los criterios meramente formales del orden administrativo (T.S. 19 octubre 1965).

El resultado lesivo producido en la empresa como consecuencia de un proceso causal generado, o no impedido, por la no adopción de medidas de seguridad sólo puede imputarse a quienes vengan obligados a adoptarlas. A este respecto las normas administrativas se refieren al «empresario». El Código penal, por su parte se refiere, como hemos visto a los “administradores de hecho o de Derecho”, art. 31, y a los administradores o encargados del servicio”, art. 318. El problema no se resuelve con conceptos formales. Lo definitivo es la posición material común a tales categorías profesionales, en la cual se fundamenta su equiparación a la figura del empresario: conferido por éste, han asumido y ejercen el poder de dirección del mismo y, con ello, los deberes de cuidado y la posición de garante conectados a dicho poder de dirección.

Sin la concurrencia de tales circunstancias, un empleado no puede quedar obligado más que al cumplimiento de las medidas de seguridad cuya necesidad aparezca ya en la mera experiencia laboral común y para cuya puesta en práctica no se requiera otra competencia técnica y organizativa que la que él posea, como mero empleado para la ejecución de su trabajo. Por encima de estos presupuestos de capacidad y competencia común, ni la activa causación por el empleado de la lesión del bien jurídico realizará el tipo del delito imprudente, puesto que no ha infringido deber de cuidado alguno que le corresponda, ni, en los supuestos de omisión, el no impedir el resultado será equiparable a su activa producción, por no estar situado como garante de la seguridad en el trabajo.

El fundamento de la responsabilidad criminal de personas distintas del empresario es, pues, la asunción del poder de dirección y mando del empresario, hecho que, por una parte, le obliga a respetar en la ejecución del trabajo que realice todas las normas de seguridad objetivamente exigidas, y, por otra, además, le constituye en garante de la seguridad de los trabajadores que se encuentran en la órbita del riesgo del proceso de trabajo, para actuar de tal forma que, superado el riesgo controlado, pueda neutralizarlo de nuevo y, en último término, suspender el trabajo y la exposición de las personas al riesgo.

Para designar a esta categoría de personas que ejercen en su parcela de competencia el poder de dirección empresarial, el Tribunal Supremo ha recurrido al término «encargado», entendiéndolo que permite abarcar conceptualmente a las múltiples denominaciones legales, administrativas y profesionales de los sujetos de imputación del deber de seguridad distintos del empresario, ya que «en concepto de encargado cabe la alta dirección, la media y la del simple rector de la ejecución o capataz, es decir, la de cualquier persona a la que se confía la realización de una cosa, con mando sobre otros y con función general de vigilancia y cuidado». Sobre estas bases podríamos ya formular como principio general el que en el seno de la empresa, y además del titular de la misma, pueden ser sujetos de imputación del específico deber de cuidado de seguridad en el trabajo y, en consecuencia, autores típicos de los delitos imprudentes de homicidio y lesiones en accidentes de trabajo aquellas personas que por delegación del empresario han asumido en el esquema organizativo de la empresa puestos que implican facultad de mando sobre otros trabajadores y facultad de resolución en la concreta esfera funcional que tienen su cargo.

La eficacia fundamentadora de la imputación del deber de seguridad al encargado se condiciona a que se den determinados presupuestos en la delegación del poder

de dirección por parte del empresario y en la aceptación de su ejercicio por el encargado, presupuestos que coinciden con los exigidos por la doctrina para que la voluntaria aceptación de una función de protección fundamente un deber de garantía, a los cuales nos referimos seguidamente.

Ha de decirse, en primer lugar, que la determinación de quienes sean las personas a las que como encargados se imputa el deber de seguridad no se rige por criterios formales, v. gr., contractuales, sino que, conforme a una reiterada jurisprudencia, ha de atenderse a quienes sean de hecho los que asumen y ejercen el poder de dirección empresarial.

En este sentido, el Tribunal Supremo declara que lo relevante no es el cargo con el que el sujeto figure en el organigrama de la empresa o en el contrato de trabajo, ni la categoría profesional en la que el sujeto en cuestión está cualificado, sino la función que la persona realmente realice. El deber de seguridad se imputa, y con ello la cualidad del autor típico, a las personas que de facto ejercen el poder de dirección sobre él y tienen las facultades necesarias para adoptar las medidas de seguridad pertinentes.

La prueba fundamental para la constatación o negación del carácter de encargado o responsable de la seguridad del sujeto en cuestión, consiste precisamente en la comprobación de si el implicado tenía o no facultad de adoptar por su cuenta autónomamente las medidas de seguridad, siendo muy especialmente decisoria la facultad de suspender los trabajos cuando éstos se realizan en condiciones de peligro sobrevenido.

La transcendencia del poder de suspensión del trabajo como último y más decisivo criterio de comprobación del carácter de la persona como sujeto encargado y responsable de la seguridad en el trabajo se fundamenta en consideraciones tanto materiales como legales. En sentido material, porque el resultado consecuencia de un proceso de riesgo sólo puede ser considerado como «hecho de una persona» si ésta tiene el señorío sobre éste y en su mano está el impedir el desarrollo del mismo hacia el resultado y, en última instancia, el que los trabajadores estén al alcance de dicho proceso de riesgo cuando no es ya posible evitar el incremento no controlable de éste. En sentido legal, porque ha de tenerse en cuenta que la suspensión del trabajo cuando no es ya evitable o neutralizable el riesgo agravado, es una de las obligaciones fundamentales, la última en sentido temporal, que el ordenamiento (artículo 21.1 b LPRL) impone a los empresarios. Importa destacar que el poder de dirección efectivo que ha de comprobarse es el relativo al proceso de riesgo concreto que llevado al resultado lesivo ante el cual el juez penal se encuentra, lo cual implica que ha de referirse al ámbito de la competencia funcional del sujeto. Es decir, prescindiendo de aquellos encargados generales en trabajos con reducida complejidad de división del mismo, ha de tenerse en cuenta que los «encargados» son «encargados de la dirección de un determinado trabajo y a un determinado nivel», presentándose por lo general una compleja estructura jerárquica de competencias o ámbitos de atribución del poder de dirección, de tal manera que no podrá imputarse a un sujeto un proceso de riesgo o momento del mismo que se desarrolle fuera del ámbito de su competencia funcional, dándose por lo general una compleja estructura jerárquica de competencia realmente asumida y ejercida, pues, no puede exigirse al encargado más de lo que ha aceptado y de lo que está facultado para realizar.

Bien entendido que el corte de competencias sólo se produce en forma absoluta «hacia arriba» de la estructura jerárquica, pero no en dirección contraria. Es decir, por ejemplo, los defectos de planteamiento técnico de la obra que generan un resultado lesivo han de imputarse a quien era responsable del mismo (v. gr., arquitecto o ingeniero) y no puede exigirse responsabilidad al encargado de la obra, aunque dicho resultado se produzca en el marco de la concreta actividad laboral que éste exige. Por el contrario, resultados lesivos derivados de las órdenes o defectos en la más concreta dirección del trabajo (v. gr., órdenes incorrectas del encargado de la obra), se imputan directamente a quien es su más inmediato autor, pero no se excluye el que aquellos que, como el aparejador o arquitecto tienen una competencia más abstracta sobre el trabajo puedan ser llamados a responder, pues para el superior, la esfera de competencia de su subordinado es también de su competencia.

Otros elementos constituyen también presupuestos del carácter de sujeto de imputación del deber de seguridad. Particularmente se exige que la persona encargada tenga los conocimientos técnicos necesarios para captar las dificultades y peligros que pueden surgir en la ejecución del trabajo cuya ejecución les está confiada y para poder determinar las medidas adecuadas para evitarlos o neutralizarlos. No puede ser considerado autor quien carece de los conocimientos técnicos necesarios. La responsabilidad por el incumplimiento de las normas de seguridad por parte de encargados incompetentes, a la vez que excluye su responsabilidad, fundamenta la imputación del resultado a los superiores jerárquicos del mismo (*culpa in eligendo*). Sin perjuicio de que se pueda establecer una *culpa in contrahendo* en aquellos casos en los que asume la dirección del trabajo peligroso debiera por su formación y conocimientos haber debido prever su falta de competencia para resolver los problemas de seguridad.

Ahora bien, expuesto hasta ahora que el criterio definitivo es el del ejercicio de hecho del poder de dirección, no debe desconocerse el valor indiciario que presentan los criterios formales (cargo, clasificación profesional, cláusulas de contrato, etc.), y no sólo carácter indiciario, pues en algunos casos el incumplimiento del deber de seguridad puede consistir precisamente en que el encargo voluntariamente asumido y consignado formalmente no es ejercido de facto (v. gr., cuando el contratado como encargado de la obra incumple sus obligaciones y se ausenta de la misma).

Podemos por tanto decir, en conclusión, que el juez penal debe determinar los sujetos en que recae el especial deber de cuidado en base a un análisis de las posiciones de dirección formales y fácticas de los miembros de la empresa (T.S. 5 junio 1968 y 14 octubre 1970), predominando en general las posiciones de hecho sobre las puramente formales.

En conexión con el problema de la determinación de la imputación del deber de seguridad se encuentra el de la delegación del empresario a uno o a varios de sus encargados de todo su poder de dirección y, conectado a ello o independientemente, el de responsabilidad sobre la seguridad en el trabajo.

8. La responsabilidad penal de los profesionales de la prevención.

Podemos analizar ahora con más precisión la responsabilidad de los “profesionales de la prevención”. En primer lugar procederemos a precisar a quienes nos referimos con tal expresión.

En primer lugar debemos aplicar esos términos a efectos de responsabilidad penal a aquellos profesionales específicamente cualificados en materia de seguridad en el trabajo que, o bien participan en la esfera del poder de dirección del empresario, es decir, son “encargados del empresario” en la dirección y ejecución del trabajo.

Bien es cierto que la responsabilidad de estos profesionales no les viene de principio por su competencia profesional en materia de seguridad, sino por su poder de mando o dirección del trabajo y sus condiciones.

En segundo lugar, y propiamente como tales profesionales de la seguridad hemos de referirnos a los “empleados designados” por el empresario para ocuparse de la seguridad, en el sentido del art. 30 LPRL, o los técnicos pertenecientes a la unidad de prevención establecida en la propia empresa o bien los profesionales de los servicios de prevención concertados con ella para proporcionar a la misma y a sus directivos la información y los criterios de actuación y de decisión en materia de seguridad. Por las características legales y reglamentarias de los servicios propios y ajenos de prevención la identificación de dichos técnicos no debe presentar problemas. Por el contrario, careciendo de éstos servicios formales, la realidad de los “trabajadores designados” puede presentar más variantes: desde el trabajador designado con competencia técnica atribuida y adecuada al nivel de responsabilidad de que se trate, con medios y mando suficiente, es decir con cumplimiento de todos los requisitos formales y materiales que reclama el art. 30.2 LPRL y 12 y 13 del Reglamento, hasta todos los supuestos que por debajo del umbral mencionado pueden darse en la vida laboral. La condición de “profesional de la seguridad” en estos supuestos de trabajadores designados requiere la comprobación efectiva de la concurrencia de todas las condiciones que el art. 34 y siguientes del Reglamento requiere respecto de funciones y niveles de cualificación. A tales efectos conviene reparar en que las funciones más decisivas se encomiendan por el Reglamento a los niveles intermedio y superior, y de modo especialmente acentuado en este último

Además, puede extenderse este término de “profesionales de la prevención” a otro espacio de profesionales más: a los profesionales de la prevención en empresas auditoras. Esto era antes de la reforma por la L.50/1998 sólo una consecuencia lógica del papel atribuido por la LPRL a la función auditora y a sus servicios, pero la mencionada ley y la actual previsión del texto refundido de la LISOS, art. 2.9, dotan de eficacia jurídica expresa a su deber para con la seguridad y a su responsabilidad por infracción del mismo. Responderán penalmente cuando en el caso concreto la lesión o puesta en peligro sea imputable a su infracción del deber de auditores.

Por su parte, del término profesionales de la prevención se debe excluir radicalmente en lo que a responsabilidad penal se refiere a los “delegados de prevención” (art. 35 LPRL) y a los miembros de los “comités de seguridad y

salud” (art. 38 LPRL) en cuanto tales, pues no participan estos de la esfera del poder de dirección del empresario, y son, por el contrario, expresión de la autotutela de los trabajadores, integrantes de la esfera de protección sobre la que se proyecta el deber de seguridad. Sus hipotéticas infracciones de cuidado sólo darán lugar a responsabilidad laboral dentro de la empresa¹⁴. Con todo, conviene significar que la figura de delegado de prevención dará lugar a confusiones. Como tal, es un representante de los trabajadores (art. 35.1) y nada tiene que ver con aquellos trabajadores a los que el empresario haya podido designar para ocuparse del cumplimiento del deber de protección del art. 30.1 LPRL. El que la ley dote a estos “encargados de seguridad del empresario” de una protección similar a la que tienen los representantes de los trabajadores (art. 30.4) no afecta a su naturaleza de “encargados del empresario”. Lo que la ley hace con ellos es dotarlos de un estatuto reforzado respecto del empleador para garantizar el ejercicio de su encargo conforme al propio criterio de seguridad.

Con lo expuesto podemos centrar la imputación de responsabilidad penal en los profesionales de la prevención que, o bien son directivos de la empresa o son responsables “individuales” de la seguridad en la empresa en el sentido del art. 30.1 LPRL, o bien directivos o técnicos del servicio de prevención propio o ajeno de la empresa, así como de las auditoras de prevención.

El grado de responsabilidad penal de los profesionales de la prevención en las diversas posiciones enunciadas se determinará por el principio de la responsabilidad penal por los hechos propios, y propios sólo pueden ser los hechos realizados en el ejercicio de las respectivas competencias funcionales. Naturalmente nos encontramos en un espacio de división del trabajo que presenta dificultades de imputación bien conocidas en Derecho penal pero que se deben sistematizar en este ámbito específico de las relaciones de seguridad en el trabajo, A lo que procedemos en lo que sigue.

Si repasamos las competencias funcionales que establecen la LPRL y el Reglamento de Servicios de la Prevención, resultan de particular interés para la atribución de responsabilidad por situaciones de riesgo grave o de muerte o lesiones todas aquellas competencias atribuidas que deben fundamentar la decisión del empresario y sus encargados para evitar los riesgos concretos, es decir, todas aquellas medidas que, conocidas por el empresario, le hubieran permitido adoptar una decisión directiva que hubiera evitado el resultado de riesgo o lesión¹⁵.

Si el profesional de la prevención actúa e informa al empresario o a sus encargados de las situaciones de riesgo y de las medidas para evitarlo de modo conforme a las normas y a la *lex artis*, su responsabilidad queda excluida en los supuestos en los

¹⁴ Cfr. GUTIERREZ-SOLAR, cit., p. 171 y s.

¹⁵ Vid. esp. Art. 32. 3, b, LPRL, que imputa al servicio de prevención el deber de evaluación del riesgo que pueda afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores en los términos del art. 16, vid también los arts. 3.1, 6,8 y 9 del Reglamento

que el empresario o sus encargados no adopten las medidas propuestas. En este caso responde el empresario y no ellos.

A su vez, si en la evaluación de los riesgos y en la elaboración de propuestas los profesionales no actúan conforme a las normas o a la *lex artis* y se crea una situación de riesgo grave o de lesión efectiva responderán penalmente de ello.

En este último caso, el empresario o sus encargados no responderán si los profesionales de la prevención fueron seleccionados con diligencia y, además, no pudieron por sí mismos detectar los riesgos o concebir las medidas a adoptar.

Por el contrario, si el profesional de la prevención (el trabajador encargado, el servicio de prevención propio o ajeno) no fue seleccionado con diligencia, responderá también el empresario de los hechos de riesgo o de los resultados lesivos que se puedan producir como consecuencia de la actuación del profesional contraria a la *lex artis*. A estos efectos es necesario precisar que el juicio de selección tiene una primera fase objetiva y regida por el principio de confianza: el empresario debe y puede seleccionar un profesional acreditado, en donde la acreditación es la manifestación de la competencia. Sin embargo, cuando en la práctica la acreditación formal se revela, a la luz de la experiencia del empresario, que no responde a la realidad, éste no puede ya confiar en el otro y en cumplimiento de su deber de garantía y de seguridad originario debe adoptar las oportunas medidas de sustitución del profesional o del servicio de prevención de que se trate.

Por último y para concluir, y al menos para los supuestos de lesión efectiva, es decir de los tipos de homicidio y lesiones imprudentes, si en las circunstancias del caso el empresario no pudo detectar la falta de competencia material del profesional o del servicio de prevención en general, además de la propia responsabilidad del profesional y de la empresa prestadora del servicio de prevención, pudiera llegarse a exigir responsabilidad a la empresa acreditadora de la formación como profesional, si dicha formación o acreditación se constata que se impartió de modo incompetente, aserto este que debe inducir a reflexión a todos cuantos hoy imparten la formación en seguridad y salud laboral.

Todo lo expuesto en cuanto a criterios de imputación es plenamente válido e lo que a responsabilidad por homicidio y lesiones imprudentes, su aplicación al delito de peligro de los arts. 316 y 317 depende, además, de las características típicas objetivas y subjetivas de ambas figuras delictivas¹⁶.

¹⁶ Para lo que me remito a R. De VICENTE MARTINEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona 2001.