

LA RESPONSABILIDAD *EN CASCADA* ANTE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Por Rosa SALVADOR CONCEPCIÓN

Abogada y Doctora en Derecho

SUMARIO: 1. Los «legalmente obligados». 1.1. El empresario. 1.2. Los delegados del empresario. 1.2.1. Delegación formal. 1.2.2. Delegación material. 1.2.3. El dominio del hecho. 2. Conclusiones.

Resumen: La literalidad del Artículo 316 del Código Penal vigente nos lleva a establecer como Sujeto Activo del delito de creación de riesgo para la salud del trabajador por la ausencia de medidas de prevención de riesgos laborales a aquellos: «*legalmente obligados a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas*», siendo ésta una característica que nos hace encontrarnos ante un Delito Especial, al no poder ser imputado por el mismo un Sujeto cualquiera, sino tan sólo aquellos con una posición concreta con respecto al hecho punible, con determinadas cualidades y en determinadas circunstancias.

Pero, ¿a quién podemos identificar en la empresa como estos «*legalmente obligados*»? La pregunta no deja de ser compleja y a ella vamos a tratar de dar contestación en este comentario realizando un análisis pormenorizado del tipo aludido, y de la doctrina y jurisprudencia más significativa.

Palabras clave: prevención, riesgos, laborales, salud, trabajador, delito, responsable.

Abstract: The wording of Article 316 of the Criminal Code leads us to establish as active subject of the crime of creating risk to the health

of workers by the absence of prevention of occupational risks to those «legally obligated to provide the means to workers perform their activity with safety measures and proper hygiene», which is one feature that makes us find ourselves a Special Crime, unable to be charged with the same a Subject anyone, but only those with a specific position on the offense with certain qualities and in certain circumstances. But, to whom we can identify in the company as these «legally obligated»? The question does not let her be complex and will try to answer in this comment performing a detailed analysis of the aforementioned type, and doctrine and meaningful jurisprudence.

Key words: prevention, risk, labor, health worker, tort, strict liability.

1. Los «legalmente obligados»

1.1. *El empresario*

En base al contenido del artículo 316, podríamos comenzar aludiendo a que los «*legalmente obligados*» habrán de serlo no con carácter general, sino los obligados por las normas de prevención de riesgos laborales, ya que la descripción del tipo nos remite claramente a esta normativa —«*los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales*».

Con este recurso el legislador acude a una *norma penal en blanco* para describir una conducta típica donde serán imputables los que estén obligados por la normativa extrapenal de referencia a facilitar los medios necesarios¹ a los trabajadores para el desempeño de su actividad con las condiciones de seguridad adecuadas.

Es por lo que, en la figura del/los Sujeto/os Activo/s habrán de confluír los rasgos de: estar señalados por la norma como responsables de la facilitación de medios y que además, su conducta/omisión cause ese riesgo grave para el trabajador como resultado punible del delito. Pues bien al respecto, y tal y como ya hemos adelantado, la doctrina mayoritaria² confirma que nos encontramos ante un

¹ Concepto analizado ampliamente por autores como, BARBANCHO TOVILLAS, F. J., *La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores*, en Tribunal Social, núm. 99, 1999, pág.39. De VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 351. TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, en Revista de Derecho Social, núm. 3, 1998, pág.71 y ss.

² TAMARIT SUMILLA, J., *Art. 316*, en *Comentarios Al Nuevo Código*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pág. 1482. ARROYO ZAPATERO, L., *Manual De Derecho Penal Del Trabajo*, Ed. Praxis, Barcelona, 1988, pág. 155. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La Protección Penal*

*Delito Especial Propio*³ ya que sólo un número determinado de personas cumplen con la cualidad de estar «*legalmente obligados*» que es lo que expresamente exige el tipo penal para ser Sujeto Activo. Podemos considerar entonces Sujeto Activo a aquel individuo que legalmente tenga asignada la obligación de facilitar los medios de seguridad en el trabajo⁴, de manera que, para imputársele el hecho delictivo, el Sujeto responsable precisará además de cierta capacidad en las funciones preventivas en la empresa.

Pero dado que nos encontramos ante una *norma penal en blanco*⁵ tendríamos que estudiar la normativa laboral de obligada consulta que nos habrá de ilustrar para conocer quiénes son los «*legalmente obligados*». Y esta remisión nos conduce inevitablemente a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales —Ley 31/1995 de 8 de noviembre— que con ánimo unificador pretendió establecerse como un marco legal de referencia en el estudio de las obligaciones inherentes a la prevención de riesgos laborales en la empresa⁶.

De La Seguridad E Higiene En El Trabajo, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 233-234 y 295. TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 125. MORILLAS CUEVA, L., *Delitos Contra Los Derecho De Los Trabajadores*, En Curso De Derecho Penal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 899. CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*, en Comentarios Al Código Penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1565.

³ SILVA SÁNCHEZ, J., *Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El Ejemplo Del Funcionario Penitenciario*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 38, 1989, pág. 5. ARROYO ZAPATERO, L., y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Libro Homenaje Al Dr. Marino Barbero Santos*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pág. 1013 y ss. GRACIA MARTÍN, L., *La comisión por omisión en el derecho español*, en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. 23, Madrid, 1994, pág. 10. HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en El Código Penal De 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 150 y ss.

⁴ FERRÉ OLIVÉ, J., *Autoría Y Delitos Especiales*, en Arroyo Zapatero, L., *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ed. Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2001, pág. 1013 y ss.

⁵ Según reconoce la doctrina y la jurisprudencia de manera unánime. Por su interés veasé en este sentido la STS Núm. 1223/2002 de 29 de Julio y la Núm. 1355/2000 de 26 de Julio que desarrollan de manera ilustrativa este concepto de *norma penal en blanco*.

⁶ Así, el artículo 3 de esta Ley recoge que, «*esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación, en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatuario del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que en este caso, se contemplan en la presente ley o en sus normas de desarrollo*», y además añade, las obligaciones específicas que la Ley entraña «*para fabricantes, importadores y suministradores*»..., y «*para los trabajadores autónomos...*» así como, el que «*Igualmente serán aplicables a las sociedades*

Concretamente el artículo 14.1 de esta Ley 31/1995 determina quiénes pueden ser los posibles sujetos responsables en la empresa de la organización y desarrollo de la actuación preventiva al establecer el «*deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales*». Y en definitiva, esta identificación del responsable del riesgo creado por la falta de medidas preventivas no deja de ser la reiteración de la obligación general del empleador que ya había sido recogida en la derogada Ordenanza General de Seguridad Higiene —artículo 7.2⁷— y en el artículo 19.4 del Texto Refundido del Estatuto del Trabajador⁸, ya que, según estos preceptos, el «*empresario*» tenía el deber de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio, en todos los aspectos relacionados con el trabajo⁹. El problema surge cuando la Ley 31/95, pese a presentarse con fines realmente ambiciosos e innovadores, no ha conseguido mejorar esta alusión al/a los responsable/s de la ausencia de medidas preventivas.

Una vez más el legislador en la redacción de la Ley de Prevención de Riesgos acude a terminología falta de la concreción necesaria que hace que tengamos que plantearnos cuestiones como: ¿Qué entender por «*protección*» del trabajador?, ¿qué obligaciones abarca?, ¿y por «*riesgo laboral*»? o, lo que ahora nos ocupa, ¿quién es el «*empresario*»? ¿el titular de la empresa, el titular de la relación laboral, el director del centro de trabajo, etc.?; y otras cuestiones que iremos resaltando a lo largo de este comentario y que, en definitiva, deja en manos del juzgador su concreción ante el enjuiciamiento por un delito como el que nos ocupa.

cooperativas, constituidas de acuerdo con la legislación que les sea de aplicación, en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de un trabajo personal...»

⁷ «*Son obligaciones del empresario: Adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa.*»

⁸ «*El empresario está obligado a facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores que contrata, o cuando cambien de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador o para sus compañeros o terceros, ya sea con servicios propios, ya sea con la intervención de los servicios oficiales correspondientes.*»

⁹ SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios A la ley de prevención de riesgos laborales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 77 y 78. FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, págs. 76 a 78. SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho De la seguridad y salud en el trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 153. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios A La Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales*, Ed. Trotta, Madrid, 1996, págs. 106 y 107.

La cuestión es que no encontramos en toda la redacción de la Ley 31/95, ninguna otra referencia a otros sujetos infractores al ser la figura de este insistente «*empresario*» la que se reitera como Sujeto responsable. Además, siendo esta Ley de esencial consulta para el análisis de la existencia no solo de una infracción laboral, sino también de un injusto penal, no encontramos en su contenido ninguna definición de «*empresario*», y ello, pese a que se dedica especialmente un artículo entero —el número 4— a «*Definiciones*» de otros términos que se reconocen de necesaria aclaración para la mejor comprensión de esta Ley. En tal artículo encontramos definidos conceptos tales como: *Prevención, Equipo de Trabajo, Condición de Trabajo, Daños Derivados del Trabajo*, y en cambio, de la figura del Empresario y de a quién podemos identificar con ese rol en la empresa, nada se dice, lo que ha dado lugar a que se identifique el mismo de manera extensa¹⁰, suscitando, reconozcámoslo, cierta inseguridad jurídica.

A mi juicio nos encontramos ante una significativa laguna de la Ley 31/1995 que a lo largo de toda su redacción, y a partir del ya mencionado artículo 14, establece que será esta figura, la del «*empresario*», la que va a absorber todas las obligaciones que se puedan establecer en materia preventiva en la empresa, tanto de información como de previsión o ejecución, pero sin llegar a identificar a quién hacer corresponder ese rol.

Para profundizar en el término «*empresario*», y buscando una ley especial en razón de la materia, debemos acudir el artículo 1.2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores que, sin mucha concreción, recoge que «*empresarios*» serán «*todas las personas físicas o jurídicas o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior (trabajadores por cuenta ajena), así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas*».

Por lo que habremos de entender que «*empresario*», como persona responsable de la prevención, lo será el titular de la relación laboral, o lo que es lo mismo, la parte contratante del trabajador por cuenta ajena en el contrato laboral siendo entonces éste la persona que recibe la prestación laboral de quien le une una relación contractual¹¹. Así mismo, el empresario ha sido definido de muchas

¹⁰ Según reconoce gran parte de la doctrina. Por su relevancia e interés de su comentario, véase, Aguado López, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 Y 317 Del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 278

¹¹ CAMPS RUIZ, L. M., *El concepto laboral de empresario, en comentarios a las leyes laborales*, T. I, Ed. Edersa, Madrid, 1982, págs. 37 y ss.

formas y podríamos adherirnos a la identificación de éste como la persona natural o jurídica, pública o privada, o agrupación sin personalidad que recibe el trabajo que presta el trabajador asalariado, y que ostenta funciones de dirección y organización en la empresa¹²; aunque indudablemente, obvio es pensar, que en muchas ocasiones no va a resultar tan sencillo identificar a este Sujeto. Y en este sentido lo ha reiterado la doctrina mayoritaria que ante la ambigua definición dada por nuestro legislador opta por un concepto amplio de «*empresario*» que comprende a aquellas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, que ostenten el poder de dirección sobre los trabajadores¹³.

Aunque este tema no es baladí, ya que nos encontramos ante un delito de peligro a realizar por *comisión por omisión* y donde el Sujeto Activo desempeñará la *posición de garante* requerida por esta figura. Para Arroyo Zapatero, cuyo comentario al respecto es sin duda destacable¹⁴, esa *posición de garante* del empresario nace desde el mismo momento que se apertura la empresa y durante el ejercicio de la actividad empresarial al asumirse tal *posición* por injerencia o actuar precedente¹⁵, con lo que, equipara al empresario a este titular de la relación laboral y antes incluso de la contratación laboral ya le asigna la responsabilidad de garantizar que el entorno laboral cuente con las medidas preventivas necesarias para sus futuros trabajadores¹⁶.

En cambio, otra corriente doctrinal, encabezada por su significación por Lascuraín Sánchez, atribuye al empresario una posición *de garantía* por injerencia respecto de los riesgos que el mismo introduce en la empresa y una posición de garantía por la titularidad de un poder de dirección y organización respecto de los riesgos que introducen otras personas o cosas en la empresa, sin autonomía o poder de decisión en la misma¹⁷.

Y la opinión más reiterada consolida ambas tesis al afirmar que el empresario es *garante*, primero en relación con los riesgos que

¹² PALOMEQUE LÓPEZ, C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, pág. 698.

¹³ ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, ed. Colección Jurídica. Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Madrid, 1981, págs., 57 a 61. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La Protección Penal De...*, cit., págs. 260 y 261.

¹⁴ *Ibidem*, págs. 152 a 159 *passim*.

¹⁵ ARROYO ZAPATERO, L., *La Protección Penal De La Seguridad En El Trabajo...*, cit., págs. 138 a 159 *passim*.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 159 a 162 *passim*.

¹⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. *La Protección Penal De...*, cit., págs. 261 a 267 *passim*.

introduce en la empresa por el principio de injerencia, y también, en relación con los riesgos que introducen personas o elementos distintos de él y que intervienen en la empresa, por su poder de dirección¹⁸.

Recordemos que el injerente de acuerdo con la doctrina mayoritaria es responsable por introducir un peligro para un bien jurídico tutelado, ya sea neutralizando la defensa del bien jurídico por parte del titular del bien, o creando una nueva fuente de peligro que pueda consistir en desencadenar fuerzas de la naturaleza o en la falta de vigilancia de las personas que le estén confiadas¹⁹. Por lo que, según este planteamiento podríamos concluir que el empresario es responsable de la puesta en peligro del trabajador por ser responsable de la infraestructura técnica de la empresa y de los riesgos propios de su funcionamiento.

Pero aún así, en la práctica, la identificación del *garante* se puede complicar apuntándose hacia otros posibles responsables²⁰ además del empresario. Por este motivo el principal problema planteado por la doctrina y la jurisprudencia en el enjuiciamiento y resolución del delito que nos ocupa ha sido dilucidar responsabilidades cuando no es el titular de la relación laboral el encargado de hacer llegar a los trabajadores las consabidas medidas preventivas, ya que por desgracia, la identificación de la figura del empresario como parte contratante del servicio del trabajador no agota la determinación de qué otras personas son jurídicamente responsables de la organización y ejecución de la actividad preventiva en la empresa estando involucrados en la causación del riesgo para el trabajador.

La propia dinámica productiva de la empresa nos obliga a buscar entre los posibles sujetos «*legalmente obligados*» a distintas personas, de manera que, la responsabilidad en esta materia no comprende exclusivamente al empresario, pese a ser titular de esta comentada obligación de dirección y organización en la empresa²¹ y pese a estar identificado en la Ley 31/95 como el responsable de la actividad.

¹⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La protección penal de...*, cit., pág. 235.

¹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo tercero del artículo 489 bis del Código Penal*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 24, 1984, pág. 575. Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 345.

²⁰ POVEDANO, C., *Sujetos responsables de la acción preventiva en la empresa*, *Actualidad Laboral*, núm. 27, 2000, pág. 483 y ss.

²¹ ARROYO ZAPATERO, L., *Manual De Derecho Penal Del Trabajo*, Ed. Praxis, Barcelona, 1988, pág. 156.

Pero, ¿cómo determinar qué otras personas pueden ser identificadas como los «*legalmente obligados*»?

Analizamos esta cuestión en las siguientes líneas.

1.2. *Los delegados del empresario*

1.2.1. Delegación formal

Acerca a la cuestión que planteábamos en el párrafo anterior habremos de empezar aludiendo a que la Ley 31/95 no aporta ninguna luz para los casos de delegación de funciones, así que acudamos al vigente artículo 2 apartado 9 del ya aludido Texto Refundido de Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social que establece como sujetos responsables de la infracción a «*las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia*».

A este respecto el artículo 14.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sí que añade de forma expresa que «*la atribución de funciones de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención, complementarán las acciones del empresario sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar en su caso, contra cualquier otra persona*».

Y es por lo que, posteriormente a la entrada en vigor de la Ley de 31/95 se publicaba el Real Decreto 39/1997 de 17 de Enero por el que se aprobaba el Reglamento de los Servicios de Prevención y cuya misión era ordenar de qué forma podría llevarse a cabo en la empresa la gestión preventiva, que no es otra cosa que de qué forma se podía poner legalmente en práctica las obligaciones ya recogidas en la Ley de Prevención de Riesgos y sus disposiciones de desarrollo. Y es que, el mencionado Reglamento de los Servicios de Prevención recoge con la nomenclatura «*Organización de Recursos para las Actividades Preventivas*» del capítulo III, y en sus artículo 10 y siguientes, distintas modalidades posibles para la gestión preventiva.

En primer lugar, según recoge el artículo 11, el empresario puede asumir personalmente la actividad²². En este caso la responsabilidad del empresario sería incuestionable pues es el que personalmente asume la obligación de adoptar las medidas de protección adecuadas, y a su vez, el directamente encargado de hacerlas llegar a los trabajadores, o lo que es lo mismo, según este modo de gestión va a ser indudablemente el empresario, de forma evidente, el que podemos decir que es el «*legalmente obligado*» a facilitar los medios preventivos oportunos²³.

En segundo lugar, y según el artículo 12 del Reglamento de los Servicios de Prevención, podrá el empresario designar a uno o varios trabajadores para hacerse cargo de la actividad preventiva, para lo cual, estos trabajadores tendrán que contar, dependiendo de la dificultad de su actuación en la empresa, de la capacidad suficiente recogida en los artículos 34 y siguientes del mismo Reglamento. En el caso de ser esta segunda opción la modalidad de gestión elegida, y aunque se haga de forma expresa con la delegación formal del empresario y la respectiva asunción de funciones del trabajador/es delegado/es, considero que va a ser difícil que esta delegación exima al primero, pues va a seguir siendo éste el titular de la relación laboral y el responsable dentro de su poder disciplinario del correcto funcionamiento del servicio que prestan los trabajadores contratados por él, y a los que ahora les ha encargado la gestión preventiva, o lo que es lo mismo, el «*facilitar los medios de prevención adecuados*» al resto de trabajadores²⁴.

En tercer lugar, y siguiendo con el Reglamento de los Servicios de Prevención, el empresario tiene la opción de constituir un *Servicio de Prevención Propio*²⁵ que podemos interpretar como un departamento perteneciente a la empresa sometido al poder disciplinario

²² Sólo en el caso de que se trate de empresas que cumplan determinados requisitos preestablecidos.

²³ HORTAL IBARRA, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005, pág. 252.

²⁴ Según esta modalidad de gestión, y al delegar el empresario en personal a su servicio, entiendo que una acción penal muy difícilmente se va a dirigir a estos trabajadores delegados, a no ser que se pruebe muy claramente en el proceso que la falta de provisión de medios preventivos a los trabajadores es responsabilidad inequívoca de los trabajadores designados por el empresario para esta gestión y que éste, en su rol de titular responsable de la empresa, supervisó y aprobó la adopción de medidas preventivas, siendo esta orden incumplida por sus delegados.

²⁵ Según el artículo 10.2 del Reglamento: «*Servicio de prevención propio el conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de las actividades de prevención...*».

del empresario, quien en todo momento considero que conservará una responsabilidad residual del correcto funcionamiento de este servicio y de que, en efecto, mediante el mismo se logre facilitar al trabajador los medios preventivos necesarios.

Y por último, continuando con el artículo 16 del Reglamento de los Servicios de Prevención, se establece una cuarta modalidad de gestión en el caso de que el empresario opte por recurrir a un *Servicio de Prevención Ajeno*²⁶ a la empresa para la asunción de la actividad preventiva. En este caso podemos entender que estos servicios son órganos de asesoramiento con lo que su función, en principio, no va a trascender a la responsabilidad de «facilitar» a los trabajadores los medios de prevención, tan sólo de prestar el asesoramiento necesario para su correcta elección, puesta en marcha y seguimiento.

En definitiva, según todas estas modalidades de gestión nos podemos encontrar con todo un mosaico de personajes delegados y delegantes de la actividad preventiva dependiendo del modelo que se escoja para llevar a cabo la actividad preventiva. Pero al respecto recordemos el artículo 14.4 de Ley de Prevención de Riesgos Laborales no permite la exención de la responsabilidad del empresario en cualquiera de las formas de gestión preventiva que se escoja ya que determina que, «*la atribución de funciones de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención, complementarán las acciones del empresario sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar en su caso, contra cualquier otra persona*».

Así mismo, el vigente artículo 19.5 del Texto Refundido del Estatuto del Trabajador nos indica que «*Los órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo, que aprecien una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la*

²⁶ Según continua el artículo 10.2 del Reglamento: «*Servicio de prevención ajeno el prestado por una entidad especializada que concierte con la empresa la realización de actividades de prevención, el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgos o ambas actuaciones conjuntamente.*»

Además, detengámonos en el propio artículo 31.3 de la Ley de Prevención reproducido, en el que se enumeran las funciones de los Servicio de Prevención, ya que en su primera línea, se establece que, «*Los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes...*»; con lo que, no podemos dejar pasar inadvertida la expresión «*asesoramiento y apoyo*» de forma que, la ejecución de esa información prestada por el Servicio de Prevención no competirá a éste, sino al empresario o responsable que haya dispuesto la colaboración de estos Servicios.

legislación aplicable en la materia, requerirán al empresario por escrito para que adopte las medidas oportunas que hagan desaparecer el estado de riesgo».

Por lo que, podemos observar, cómo la normativa extrapenal de referencia es muy clara al respecto de las obligaciones del empresario, señalándolo en todos los casos como el «*legalmente obligado*», al menos con una responsabilidad solidaria con sus delegados pero nunca, exonerado por la de éstos.

Así mismo, además de la cuestión de quién asume formalmente la gestión de la actividad preventiva en la empresa se nos plantea otra cuestión de gran relevancia apuntada por la doctrina mayoritaria²⁷ cuando no duda en señalar que sólo resultan imputables aquellas personas que están obligadas hacia el bien jurídico tutelado por tener una especial relación con el mismo; personas obligadas con ésto, a adoptar medidas de seguridad e higiene que eviten el peligro para la vida o salud de los trabajadores.

De forma que, la obligación del actor surge cuando la fuente legal de referencia señala qué medios preventivos hay que facilitar al trabajador y estos medios son de su responsabilidad. Aunque deberíamos recordar aquí que es precisamente la puesta en riesgo de la vida y salud de los trabajadores el peligro creado que activa la imputación del delito que analizamos, por lo que aquellas inobservancias de los «*legalmente obligados*» que resulten irrelevantes para el bien jurídico tutelado van a quedar fuera del ámbito penal tratándose entonces como meras infracciones administrativas²⁸.

Pues bien, si buscamos a los responsables en la fuente formal de obligaciones deberíamos estudiar todas las disposiciones aplicables a cada caso, ya que, el tipo penal como *norma penal en blanco* hace referencia a las «*normas de prevención*» pero sin determinar qué normas y entendiéndose incluidas en esa expresión la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, sus disposiciones de desarrollo y los Convenios Colectivos de aplicación. Además la remisión legislativa

²⁷ GRACIA MARTÍN, L., *el actuar en lugar de otro en Derecho Penal*. I, Ed. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985, pág. 354. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La Protección Penal De...*, cit., pág. 233. Huerta Tocildo, S. y Octavio de Toledo, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. por Rafael Castellanos, Madrid, 1987, pág. 578.

²⁸ SERRANO-PIEDecasas, J., *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, 2002, págs. 104-105. RODRÍGUEZ MESA, M., *Algunas Notas Acerca De La Responsabilidad Penal En Materia De Siniestralidad Laboral*, en *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003, pág. 200 y 201.

del precepto no se agota en la Ley 31/95, anterior a esta Ley y aún vigente encontramos la Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social 5/2000 de 4 de Agosto que también resulta de obligada consulta, y donde en el artículo 2.8 se reconoce como responsables de la infracción, además de al empresario, a «los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales».

Y es que, tal y como se adelantara en el artículo 6 de la Ley 31/1995, las actuaciones en la empresa en materia preventiva vendrán regidas, además de por esta Ley, por la disposición de desarrollo correspondiente, ya que «El Gobierno, a través de las correspondientes normas reglamentarias y previa consulta a las Organizaciones Sindicales y Empresariales más representativas, regulará las materias que a continuación se relacionan...²⁹». Y en efecto ya han sido publicadas gran parte de las disposiciones de desarrollo que, en cumplimiento de este artículo, desarrollan el listado de materias contenido en este artículo 6 de manera donde podemos observar que cada una de estas normas reglamentarias va a añadir formalmente, y según la actividad empresarial y características, nuevos Sujetos implicados en

²⁹ «Requisitos mínimos que deben reunir las condiciones de trabajo para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

Limitaciones o prohibiciones que afectarán a las operaciones, los procesos y las exposiciones laborales a agentes que entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores. Específicamente podrá establecerse el sometimiento de estos procesos u operaciones a trámites de control administrativo, así como, en el caso de agentes peligrosos, la prohibición de su empleo.

Condiciones o requisitos especiales para cualquiera de los supuestos contemplados en el apartado anterior, tales como la exigencia de un adiestramiento o formación previa o la elaboración de un plan en el que se contengan las medidas preventivas a adoptar.

Procedimientos de evaluación de los riesgos para la salud de los trabajadores, normalización de metodologías y guías de actuación preventiva.

Modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención, considerando las peculiaridades de las pequeñas empresas con el fin de evitar obstáculos innecesarios para su creación y desarrollo, así como capacidades y aptitudes que deban reunir los mencionados servicios y los trabajadores designados para desarrollar la acción preventiva.

Condiciones de trabajo o medidas preventivas específicas en trabajos especialmente peligrosos, en particular si para los mismos están previstos controles médicos especiales, o cuando se presenten riesgos derivados de determinadas características o situaciones especiales de los trabajadores.

Procedimiento de calificación de las enfermedades profesionales, así como requisitos y procedimientos para la comunicación e información a la autoridad competente de los daños derivados del trabajo.»

la actividad preventiva, y en definitiva, más Sujetos Activos potenciales que ya no son el propio *empresario*.

Citemos como muestra: el Real Decreto 1216/1997 de 18 de Julio que surge por obligación del apartado f de este artículo 6 y en el que se establecen las Condiciones Mínimas de Seguridad y Salud en el Trabajo a Bordo de Buques de Pesca donde se incorporan al catálogo de posibles responsables de la acción preventiva a Sujetos como: el «*armador y al capitán*» del buque. O el Real Decreto 1627/1997 de 24 de Octubre por el que se establecen las Disposiciones Mínimas de Seguridad y Salud en las Obras de Construcción que determina las actuaciones preventivas que deberá realizar por ejemplo, el «*coordinador en materia de seguridad y salud o del contratista o subcontratista de la obra*» y «*el promotor*» de la misma. O el Real Decreto 3255/1983 de 21 de Diciembre por el que se aprueba el Estatuto Minero, no derogado por la actual regulación, donde se hace constar la necesidad de actuación de entre otros, de «*un jefe del servicio técnico de seguridad y de un jefe del servicio médico de empresa...*».

Y así, teniendo en cuenta que la publicación de disposiciones de desarrollo ha sido incesante desde la entrada en vigor de la Ley 31/95, tendremos que cuestionarnos, dependiendo de la actividad de la empresa, la preceptiva normativa de aplicación que será, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como *Ley Marco*, su específica disposición de desarrollo, y además, no olvidemos, la convencional de referencia para en definitiva, intentar hallar, cual aguja en un pajar, a los «*legalmente obligados*» según estas fuentes formales de aplicación³⁰.

De ahí la gran complejidad en ocasiones del desarrollo de la instrucción judicial del delito de nuestro análisis ya que el estudio de las distintas fuentes formales para la identificación de los posibles

³⁰ Quizás unas de las disposiciones de desarrollo más extensas en este sentido es el mencionado Real Decreto 1627/1997 de 24 de Octubre por el que se establecen Disposiciones Mínimas de Seguridad y de Salud en las Obras de Construcción, ya que el mismo recoge obligaciones para «*el promotor de la obra*», «*el coordinador de seguridad*», «*los contratistas*», «*los subcontratistas*» y hasta para los «*trabajadores autónomos*» que para la misma desarrollen alguna actividad, con lo que, podemos entender que en aquellos asuntos en los que este Real Decreto sea de obligada aplicación se tendrá que analizar si en las obligaciones de todos ellos se encontraba el «*facilitar los medios*» preventivos cuya carencia, a su vez, haya ocasionado la creación del grave riesgo que resulta punible.

Más aún, si nos estamos refiriendo a un sector como éste de la construcción donde aún se encuentran vigentes, sin haber sido derogadas expresamente, otras disposiciones como el Real Decreto 265/1971 de 19 de Febrero que establecen las obligaciones en este sector para sujetos como los «*arquitectos técnicos o aparejadores*».

responsables resultará una ardua labor tan sólo abordable por especialistas concedores de la normativa vigente.

Lo que, en un momento dado, podría interpretarse como un afán del legislador de con cada disposición de desarrollo ir especificando y adaptando a cada actividad en concreto lo que de forma más genérica ha sido dispuesto en la Ley 31/95, no podemos dejar de verlo también como una dispersión normativa masiva que puede conllevar a un difícil conocimiento de la misma, tanto para el posible Sujeto Activo como para incluso, el propio juzgador y los mismos especialistas dedicados a esta materia obligados a conocer un extenso catálogo de normas cada vez más amplio. En efecto, toda una *profusión relegalizadora* según es criticado por Alemán Páez³¹. Y es que el recurso a la *norma penal en blanco* es admisible cuando en el tipo penal queda suficientemente identificado el injusto. En cambio, en nuestro caso la regulación penal nos hace encontrarnos prácticamente ante un precepto penal hueco cuya concreción y contenido depende, no ya de otra disposición legal extrapenal de ámbito laboral sino además, de sus disposiciones de desarrollo y convencionales de referencia.

Tenemos que referirnos además a la expresión contenida en el artículo 316, de las «*medidas que resulten adecuadas*», ya que estas medidas abarcarán el cumplimiento de todas las obligaciones impuestas por la Ley de Prevención de Riesgos y su normativa de desarrollo, de forma que ahí se incluirán no solo medios de carácter material sino aquellos que podemos llamar de carácter más intelectual u organizativo³². Y son entonces tantos medios los que habrán de observarse que es muy fácil que en la dinámica de la empresa el empresario tenga que delegar alguno de ellos.

Más aún, este catálogo de posibles responsables a los que puede apuntar la fuente formal de referencia podrá verse ampliado además si recurrimos a su identificación de una manera más práctica y material según la dinámica de la empresa. Esta perspectiva más dinámica establece a los obligados como aquellos responsables según la práctica de la empresa, tanto en la implantación de los medios de prevención oportunos, como en el establecimiento de un Plan de Prevención de Riesgos Laborales³³. Este Plan Preventivo, como

³¹ ALEMÁN PÁEZ, F., *Algunos Puntos Críticos de la Salud Laboral*, en Revista de Fomento Social, núm. 222, 2001, pág. 290.

³² ARROYO ZAPATERO, L., *Manual De Derecho Penal Del Trabajo*, cit., pág. 80 y ss.

³³ SILVA SÁNCHEZ, J., *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español*, Libro Homenaje A Claus Roxin, Ed. Boch, Barcelona, 1993, pág. 371 y ss.

herramienta preventiva básica creada por la Ley 31/1995 y el Reglamento de los Servicios de Prevención, ha de adaptarse constantemente a la realidad de la empresa recogiendo incluso nuevos riesgos que se puedan introducir en el centro de trabajo y que el empresario, y demás sujetos que intervienen en el ejercicio productivo de la empresa, no controlan³⁴.

De manera que además del conocido empresario que señala la Ley 31/95, de sus delegados según delegación formal de su actividad, y de aquellos otros obligados señalados por las disposiciones de desarrollo, habremos de pararnos también a analizar los supuestos en los que las obligaciones preventivas son delegadas por estos Sujetos a otras personas que, sin una fuente formal de obligación, van a pasar a ser los responsables de esta actuación preventiva por una interpretación más acorde a la realidad práctica y a la dinámica cotidiana de la empresa. Y al ser esta delegación de funciones³⁵ una práctica muy habitual en las empresas se quiebra de manera, entiendo, incontrolada la determinación de responsabilidades realizada de manera formal, por lo que vamos a profundizar un poco más acerca de lo que podemos denominar como una delegación más material que formal de la actividad preventiva.

1.2.2. Delegación material

El dominio del hecho

Como digo, más complejo va a resultar el hecho de que el empresario, o cualquier otro obligado según las disposiciones de desarrollo, haya delegado sus funciones en materia preventiva en otro sujeto de la empresa. Esta delegación de funciones puede abocarnos a un verdadero compendio de sujetos implicados cuyas conductas puedan tener trascendencia en la falta de actuación preventiva, y habremos de entender necesario el hecho de desgranar cada obligación en la evitación de riesgos para conocer el/los Sujeto/s que desde una perspectiva penal puedan ser los responsables de este incumplimiento.

³⁴ AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 298.

³⁵ PÉREZ ALONSO, E., y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales*, en el libro homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 1528.

Entonces es cuando la mayoría de la doctrina recurre a la teoría del *dominio del hecho* para dilucidar responsabilidades ante el criterio de que tengamos que ser más prácticos y prever cómo en la empresa constantemente se van a delegar funciones en el devenir real de la actividad, e incluso de manera informal y espontánea.

Lascuraín Sánchez, cuyos trabajos en la materia son esenciales, avala esta tesis del *dominio del hecho* señalando que tendrán que ser declarados penalmente responsables aquellos que en el desarrollo de la empresa tengan dominio de la seguridad, y con esto, efectivo control a las fuentes de peligro, con lo que también se inclina hacia un control real más que formal del riesgo, a la capacidad real y a la competencia fáctica³⁶ la actividad preventiva.

Esta relación fáctica con respecto al hecho punible motiva también la opinión de Carbonell Mateu y González Cussac³⁷, también esenciales en este estudio, quienes reconocen una responsabilidad distinta a la del empresario cuando éste haya cumplimentado sus obligaciones poniendo a disposición de/los delegado/s todos los medios necesarios para llevar a cabo la labor que se le asigne, con lo que, la responsabilidad se determinará por un criterio material como el que describimos —y no utilizando una interpretación meramente formal.

En definitiva, quien tenga realmente la competencia y pueda ejercerla respecto a la cuestión de la seguridad e higiene en el trabajo será la persona que habrá de ser declarada responsable. Y esta es la tesis a la que se acoge la doctrina mayoritaria según la que el Sujeto Activo va a ser quien domina objetivamente y subjetivamente la realización del delito hasta el punto que sin su intervención éste no se podría cometer³⁸.

Se trata de señalar al autor en virtud de la capacidad que éste tuvo de obrar y de evitar el peligro causado; con lo que si este Sujeto actúa por delegación de otro tendrá que disfrutar verdaderamente del poder y las facultades idóneas para ejercer de la forma debida esta responsabilidad delegada.

³⁶ RODRÍGUEZ MESA, M., *Algunas notas acerca de la responsabilidad penal...*, cit., pág. 202 y ss.

³⁷ CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Comentarios al Código Penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1564.

³⁸ FERRÉ OLIVÉ, J., *Autoría y delitos especiales*, en Libro Homenaje Al Dr. Marino Barbero Santos..., cit., págs. 1013 y ss. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 432.

Pero, las personas que ostenten ese *dominio del hecho* han de tener facultades en la adopción de acuerdos de forma autónoma³⁹, ya que, si estuviéramos ante una voluntad dependiente habría que desplazar la responsabilidad de modo ascendente a la responsabilidad del empresario como obligado principal⁴⁰. Con lo que el traspaso del dominio y la consecuente capacidad del imputado para facilitar los medios preventivos va a resultar ser el eje primordial para dirimir responsabilidades.

Es ineludible analizar pues la relación fáctica que realmente tenga el Sujeto Activo con la falta de medidas preventivas, inculcando a todos aquellos que tengan un cerco de autonomía con facultad para facilitar los tan reiterados «*medios necesarios*»⁴¹. Y es que, más acorde con la realidad de nuestras empresas, resulta el hecho de realizar esta atribución de responsabilidades con un criterio material⁴², más fáctico, y menos formal.

A mi juicio resulta evidente que, tanto en el caso de que el empresario delegue la «*facilitación de medios*» a trabajadores de fuera de su plantilla amparándose en una de las modalidades de gestión reproducidas, como si, dentro de su poder de dirección, delega cualquier función preventiva en alguna otra persona de la empresa a él subordinada, la imputación penal que nos ocupa y a la que nos lleva la expresión «*legalmente obligados*», requiere el que interpretemos esta obligación no sólo desde el punto de vista formal sino además, utilizando un criterio más práctico y cercano a la dinámica de nuestras empresas. Ahora bien, a mi entender por completa que fuera la delegación que deja al empresario con una función que podemos llamar *hueca* al otorgar todo el poder de actuación al delegado aún así considero que seguiría manteniéndose la responsabilidad del titular de la empresa por el deber de vigilancia que tiene en la misma y que es reconocido de forma reiterada por la doctrina de forma mayoritaria⁴³,

³⁹ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho Penal de empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 126.

⁴⁰ SOTO NIETO, F., *los riesgos laborales y el nuevo código penal*, en *Actualidad Penal*, núm. 1, 1997, pág. 10.

⁴¹ SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales...*, cit., pág. 228.

⁴² JORDANA DE POZAS GONZALBES, L., *Arts. 316 y 317 C. P.*, en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Dir. Conde Pumpido Ferreiro, C., Ed. Trivium, Madrid, 1997, pág. 1485. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., pág. 354. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008, pág. 619.

⁴³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo...*, cit., pág. 277. AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal...*, cit., pág. 341. BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS

ya que, el empresario seguirá manteniendo funciones de supervisión acerca de la eficacia de la actividad preventiva.

Es por lo que, en definitiva, la delegación de funciones del empresario o cualquiera legalmente responsable, conlleva la configuración de los delegados como coautores sólo si el delegante en efecto transmite a los mismos todo el dominio de las medidas de seguridad para que puedan facilitárselas a los trabajadores. Y aún así, si el delegante es el empresario, entiendo que éste conservará su responsabilidad por el deber de vigilancia inherente a su responsabilidad en la empresa⁴⁴ ⁴⁵. El empresario se identifica pues como uno de los «*legalmente obligados*» pese a haber delegado la actividad preventiva en la empresa por su obligación *in vigilando*, de vigilancia y control de la actividad que lo define como coautor junto con sus delegados⁴⁶, y su grado de tutela hacia la vida y salud de los trabajadores estará directamente vinculado por la mayor o menor observancia de la normativa de prevención⁴⁷.

Y este último es el criterio más unánime y el que secundo, aunque no olvidemos que combinar la fuente formal de responsabilidades de los «*legalmente obligados*» con la material de la comentada teoría del *dominio del hecho* en la práctica no va a resultar sencillo. Si no existe una delegación de funciones y ambas fuentes convergen en la misma persona del empresario no va a haber problemas para señalar al autor del delito de peligro que estudiamos de forma indiscutible, pero si, como es habitual en la empresa y como aconseja

BASOCO, J. M., *Derecho Penal Del Trabajo...*, cit., pág. 117 y ss. Arroyo Zapatero, L., *La Protección Penal De La Seguridad En El Trabajo...*, cit., pág. 213.

⁴⁴ MIR PUIG, S., DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, ED. REPPETOR, BARCELONA, 2002, PÁG. 836. MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General...*, cit., págs. 453. CEREZO MIR, J., *Autoría y participación en el código penal vigente y en el futuro código penal*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, pág. 15.

⁴⁵ Ante una delegación de funciones correctamente planteada, todos, tanto empresario como delegados, asumen un compromiso recíproco de controlar y prevenir los intereses de los trabajadores, dada la responsabilidad del empresario como delegante en la vigilancia, organización y control, y la de la de los delegados, en las funciones que le han sido asignadas relacionadas de una forma fáctica y cierta, según MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 137.

⁴⁶ FERRÉ OLIVÉ, J., *Autoría y delitos especiales*, en Libro Homenaje Al Dr. Barbero Santos, VOL. I, Ed. Universidad de Castilla la Mancha, Cuenca, 2001, pág.1017 y ss.

⁴⁷ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 46. MIR PUIG, S. y LUZÓN PEÑA, D. M., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 147 y ss.

como hemos aludido la misma normativa de desarrollo de la Ley, tal función es delegada no va a ser fácil, primero por la necesidad de acreditar expresamente que tal delegación se ha efectuado y segundo, por la obligatoria vigilancia constante del empresario que, aunque desde el punto de vista popular resulta incomprensible ya que los empresarios argumentan su imposibilidad para realizar un control permanente y constante de la actividad, desde un punto de vista jurídico es el criterio más idóneo.

Esta última tesis imputaría en calidad de coautores del delito de peligro tanto al delegante como al o los delegados encargados de la facilitación de medidas preventivas. Ambos en calidad de autores ya que con su omisión han ocasionado un peligro grave para la vida y salud de los trabajadores⁴⁸, ya desde la ausencia del deber de vigilancia del empresario, como desde la falta del deber de facilitación de medidas preventivas que le ha sido asignado como delegados.

Y este criterio ha sido el criterio utilizado por la jurisprudencia⁴⁹ que se decanta casi de forma unánime a interpretar la responsabilidad sobre la omisión punible que comentamos según el *dominio de hecho* y no formal del imputado, reiterando la necesidad de responsabilizar a todas las personas que ejerzan funciones de dirección en la empresa, ya superiores, intermedias o de mera ejecución, y tanto

⁴⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Problemas De Autoría Y Participación en el derecho penal económico*, en Revista Penal, 2002, núm. 9, pág. 82.

⁴⁹ Por la claridad de su contenido reproduzcamos parte de la Sentencia del Audiencia Provincial Burgos de 7 de Noviembre de 2003 donde, *«la obligación de cumplir con el deber de seguridad no sólo pesa sobre el empresario sino también sobre personas distintas de éste. La jurisprudencia anterior de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en este punto es abundante y muy ilustrativa. La responsabilidad penal y la civil que se derive de aquella por el incumplimiento de las normas de seguridad, es exigible «no solo al empresario, sino a cualquier persona de la organización de éste»* (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Junio de 1988) *ya se trate de alta dirección, como de media o de la función de ejecución de capataz»*.

Y, así mismo por su interés, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 20 de Marzo de 2003 que resume aludiendo a varias resoluciones judiciales determinando que *«conviene recordar que el propio Tribunal Supremo se ha encargado de señalar que, tanto si ejercen estas funciones reglamentariamente como si las actúan de hecho, en el mundo laboral todos los que ostentan mando o dirección técnicos o de ejecución y tanto se trate de mandos superiores como subalternos, están inexcusablemente obligados a cumplir cuantas prevenciones establece la legislación de trabajo para evitar accidentes laborales y para preservar y tutelar la vida, la seguridad y la integridad de los trabajadores (STS de 10/05/80, STS de 30/03/90) incurriendo en responsabilidad criminal si en el cumplimiento de tales deberes se muestran remisos o indolentes y con dicha conducta causan o contribuyen a la causación de un resultado dañoso o a una situación de grave peligro —STS de 12/05/81 [RJ 1981, 2218]»*.

las ejerzan en virtud de norma, acuerdo expreso y formal, o tácito y de hecho para hacer cumplir las normas de seguridad del trabajo.

Como vemos, la tendencia jurisprudencial es el obligado enjuiciamiento por este Delito contra los Derechos de los Trabajadores por falta de medidas de seguridad e higiene de distintos Sujetos diferentes al empresario y que junto con éste, según su cuota de responsabilidad en la dinámica real de la empresa, no hayan «*facilitado los medios adecuados*» de prevención a los trabajadores de la plantilla. De forma que la tendencia jurisprudencial es inculpar a todos aquellos que hubieran podido tener en sus manos la mejora de las condiciones preventivas cuya ausencia ha ocasionado el peligro, lo que ha conllevado que se demoren enormemente estos procesos judiciales al poder resultar imputados, según este criterio, numerosos Sujetos.

Y es que, la Ley de Prevención de Riesgos ya sabemos que responsabiliza de forma absoluta al empresario, con lo que, se tendrá siempre que acudir, a la normativa de desarrollo para estudiar qué otros sujetos pueden ser formalmente también responsables de la actividad preventiva según la singularidades cada actividad, y a su vez, se tendrán que estudiar posibles pactos expresos en virtud de los cuales, el empresario o cualquiera de estos responsables, hayan delegado sus funciones. Y después de esta obligada consulta, aún con el análisis de éstas, las que podemos identificar como obligaciones formales de los autores, será de obligado análisis, para llegar a una justificada resolución condenatoria, comprobar también la capacidad real y cierta que disfrutaban estos responsables según su *dominio del hecho*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 25 de Junio de 1998 resume muy claramente este criterio al afirmar que Sujeto Activo entonces podrán ser «*todos aquellos que tienen la posibilidad práctica de evitar la situación de peligro y estando jurídicamente obligados a hacerlo no lo hacen*»⁵⁰.

⁵⁰ Sentencia núm. 35/1998, por la que se insiste en el criterio de atribución de responsabilidades, partiendo de que será autor del delito que estudiamos, quien efectivamente tenga capacidad resolutoria o de adopción de medidas o que, teniendo conocimiento de la situación, y capacidad para remediarla, no hubiera tomado las decisiones correctoras oportunas.

2. Conclusiones

En definitiva, el empresario pese a su delegación debe de vigilar y controlar el debido cumplimiento de las funciones por él encargadas⁵¹, ya que, tendrá que supervisar el trabajo encomendado a sus subordinados se despliegue con las medidas preventivas adecuadas⁵² controlando además que aquellos subordinados realicen su labor de la forma debida y sin ocasionar un riesgo para el trabajador.

Va a ser pues, una vigilancia constante nunca disculpada, aunque encontremos sectores empresariales que la rechacen, y que obliga al empresario a verificar regularmente si el delegado cumple de manera eficaz o no las funciones objeto de delegación. De manera que existirá una descentralización de funciones pero que no conlleva la exoneración del empresario delegante por tener esta obligación de supervisión constante⁵³. De esta forma, la responsabilidad del empresario y sus delegados, cada uno en su ámbito y según lo expuesto, los haría quedar en un papel de garantes compartido de la vida y salud de los trabajadores⁵⁴. Habrían de ser delegante y delegados imputados en calidad de coautores ya que aunque el primero no esté presente en la que, podríamos llamar, ejecución, le sigue correspondiendo el deber de supervisión.

Es más, ante una *praxis* empresarial en la que la delegación de funciones se realiza de forma constante y reiterada de un nivel jerárquico a otro, no podemos olvidar también que el empresario conserve ese deber residual ante las posibles, como denomina Lascuraín, *lagunas de dominio*⁵⁵, que ante sucesivas delegaciones puedan quedar sin delegado responsable directo.

⁵¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa...*, cit., pág. 180 y ss. NÚÑEZ CASTAÑO, e., *Responsabilidad penal en la empresa...*, cit., pág. 47 y ss.

⁵² GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, ed. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 240.

⁵³ Lo que Mir Puig y Luzón Peña establecen como competencia residual al mantener el empresario sus deberes como sujeto delegante para comprobar si el delegado cumple con el deber que le fue asignado con el objeto de corregir o sustituir al mismo si pudiera estar realizando su función de manera indebida, véase, MIR PUIG, S., y LUZÓN PEÑA, D. M., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 40.

⁵⁴ CUADRADO RUIZ, M., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 132.

⁵⁵ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La protección penal de la seguridad ...*, cit., pág. 48.

La jurisprudencia más consolidada llama a este criterio el de la «*responsabilidad en cascada*»⁵⁶ ya que, además del reiterado empresario, podemos encontrar que se hayan podido declarar penalmente responsables por Sentencia judicial a numerosos sujetos tales como: el arquitecto técnico en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 7 de junio de 2001; el director de fábrica y el jefe de la seguridad de la empresa en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2000; el jefe de seguridad y encargado de la formación en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de marzo de 2000; el encargado de mantenimiento en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 8 de noviembre de 1999; el arquitecto superior en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 21 de abril de 2004; el encargado de la obra, el representante de la empresa subcontratista, el aparejador, vigilante de seguridad de la obra y el delegado de prevención (figura ésta última de la que hablaremos al dedicarnos al estudio del Sujeto Pasivo) en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 31 de enero de 2000; el contratista en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 28 de marzo de 1999; el encargado de la empresa contratista en Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1999; el contratista, el subcontratista y el arquitecto técnico encargado de la seguridad en Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 28 de mayo de 1999; el gerente de la empresa y jefe de taller en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998; el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de septiembre de 2005⁵⁷; y en definitiva, un largo etcétera, de Sentencias todas ellas, que interpretan como «*legalmente obligados*» a aquellas personas que desempeñando funciones, independientemente de su rango en la estructura jerárquica de la empresa, y ejerciéndolas tanto reglamentariamente como de hecho, tienen responsabilidades en el cumplimiento de las cautelas y prevenciones dispuestas en la normativa extrapenal de referencia.

⁵⁶ Citado de forma reiterada en numerosas Resoluciones del Alto Tribunal. Por citar de las primeras Sentencias que aludieron en este sentido a la *responsabilidad en cascada* veasé la STS de 3 de Febrero de 1992 —RJ 1992/882— que determina que, «*En estos delitos de imprudencia por omisión surge una responsabilidad en cascada por virtud de la cual conjuntamente, sin exclusiones incompatibles, distintos técnicos en mayor o menor competencia profesional, coadyuvan al resultado.*» Fundamento Jurídico Cuarto.

⁵⁷ Todas ellas, Sentencias que con un mismo argumento, resuelven la autoría del delito de nuestro estudio, a personas distintas a la del empresario, incluso diferentes a los formalmente obligados, tomando el criterio de su capacidad real de actuación en la empresa en la facilitación de medios preventivos.

Con lo que nos podemos encontrar pues ante la situación de empresarios responsables como autores de un delito en cuya ejecución material no hayan participado siendo su conocimiento del peligro creado y su falta de actuación a la hora de evitar ese riesgo los detonantes de su responsabilidad⁵⁸. Ya que el supuesto de que la omisión del empresario haya posibilitado la realización de un hecho materializado por su delegado es fundamento suficiente de su responsabilidad como coautor⁵⁹, y su deber se extiende no sólo a la vigilancia sino también «*in eligiendo*», al ampliarse entre las obligaciones del empresario delegante la correcta elección de aquellas personas más cualificadas para desempeñar funciones preventivas con el deber de corregir y sustituir a aquellos que en su vigilancia se observe no cumplen con la función encomendada con la eficacia debida.

La responsabilidad no se agota pues en la facilitación de medios sino que se mantiene en un cumplimiento constante de la normativa de prevención por un residual, pero a la vez importante, deber de vigilancia y control que conserva el empresario delegante que habrá de comprobar el cumplimiento por parte del delegado del deber asignado, procediendo en caso de incumplimiento a su corrección o remoción⁶⁰. Es más, considero que cuanto mayor es el riesgo inherente a la actividad empresarial, mayor habrá de ser el grado de vigilancia y control del empresario tras la delegación.

Para concluir entonces podríamos decir que las obligaciones preventivas en la empresa alcanzan a un heterogéneo conjunto de Sujetos, ya el empresario, ya otros legalmente obligados, ya sus delegados que podrán ser imputados del delito que estudiamos pero que resultarán condenados, eso sí, sólo si su omisión resulta punible, esto es, que estos Sujetos no hayan facilitado los medios oportunos para la prevención de riesgos y que por esta omisión, se haya puesto en peligro grave la vida del trabajador.

Entonces como vemos la condición de Sujeto Activo no sólo recae en el empresario sino en todos aquellos que tienen posibilidad práctica de evitar esa situación de peligro pero siempre que el incumplimiento del deber que les correspondía sea el que haya ocasionado

⁵⁸ TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Protección penal de la salud de los trabajadores*, en las Jornadas de Salud Laboral celebradas en Gijón, 1993, pág. 152.

⁵⁹ NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa...*, cit., pág. 202. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Fundamento y límites al deber de garantía del empresario*, en L. H. Tiedemann, 1995, pág. 222.

⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 208.

la creación de riesgo grave que resulta reprochable en este delito de peligro⁶¹.

El delegante conserva una responsabilidad residual con respecto a las funciones delegadas, más aún, si es el empresario titular de la actividad y responsable de su organización. Y en el caso del delegado, más que la idílica delegación de funciones formal que pueda acotar su responsabilidad va a ser el criterio práctico del *dominio del hecho* el idóneo para resolver su grado de responsabilidad ante el delito penal.

Y esta responsabilidad *en cascada* de los autores que puede resultar lo anteriormente comentado es un término que si bien para mí resume de forma idónea la posibilidad de que varios sujetos compartan su corresponsabilidad hacia las consecuencias dañinas para la salud del trabajador de la ausencia de medidas preventivas en la empresa, no podemos terminar este comentario aludiendo a la inseguridad jurídica que la combinación entre la fuente material y formal de obligación puede conllevar en el enjuiciamiento de este tipo de asuntos.

Por ello, concluyamos con la esperanza, *lege ferenda*, de que el legislador se pueda ocupar en un futuro de establecer de manera más objetiva y concreta un criterio inequívoco de identificación de los autores, aunque para su articulación sea necesario establecer nuevas herramientas preceptivas de control en la empresa que regulen y garanticen una concepción de delegación de la actividad preventiva sin fisuras y gracias a la que esta delegación podría recuperar la formalidad y el rigor que entiendo que debería caracterizarla teniendo en cuenta la relevancia del bien jurídico protegido al que va destinada toda esta regulación, esto es, la salud del trabajador.

Y es que, permitir que el criterio del *dominio del hecho* sea el que rijan en la condena de los autores por la ausencia de medidas preventivas en la empresa nos asegura un tratamiento real de este tipo de asuntos pero nos deja también a merced de una interpretación subjetiva de cómo se desencadenaron aquellas infracciones que provocaron la puesta en riesgo del trabajador. Lo que a mi juicio podría corregirse con la exigencia de que dotar de cierta formalidad la asun-

⁶¹ Véase por su singularidad Sentencias como la STS Núm. 1654/2001 de 26 de Septiembre por la que la responsabilidad de un arquitecto técnico resulta innegable por entenderse que sólo mediante su control y comprobaciones se podría haber evitado la omisión del empresario, de tal modo que la omisión del arquitecto técnico constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito, según consta en el Fundamento Jurídico Primero.

ción de funciones preventivas por parte de los sujetos encargados de las mismas acotándose de manera expresa las responsabilidades de cada cual y devolviéndose de esta forma a la materia que nos ocupa un rigor formal que, pese a la extensión de la normativa extrapenal sobre la que descansa, considero que ha ido desdibujándose y perdiéndose bajo la sombra de esa reiterada perspectiva material que sin lugar a dudas resulta más inestable en términos de seguridad jurídica.

Bibliografía

- AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- ALEMÁN PÁEZ, F., «Algunos puntos críticos de la salud laboral», *Revista de Fomento Social*, núm. 222, 2001.
- ARROYO ZAPATERO, L., *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ed. Colección jurídica. Servicio social de higiene y seguridad en el trabajo, Madrid, 1981.
- *Manual de derecho penal del trabajo*, Ed. Praxis, Barcelona, 1988.
- ARROYO ZAPATERO, L., y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.
- BARBANCHO TOVILLAS, F. J., «La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores», en *Tribunal Social*, núm. 99, 1999.
- CAMPS RUIZ, L. M., «El concepto laboral de empresario», *Comentarios a las leyes laborales*, Ed. Edersa, Madrid, 1982.
- CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CEREZO MIR, J., «Autoría y participación en el código penal vigente y en el futuro Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979.
- CUADRADO RUIZ, M., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.

- FERRÉ OLIVÉ, J., «Autoría y delitos especiales», en Arroyo Zapatero, L., *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.
- «Autoría y Delitos Especiales», en *Libro Homenaje al Dr. Barbero Santos*, Vol. I, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.
- GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la ley 31/95 de prevención de riesgos laborales*, ed. Trotta, Madrid, 1996.
- GRACIA MARTÍN, L., «El actuar en lugar de otro», en *Derecho Penal I*, Ed. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1985.
- «La comisión por omisión en el derecho español», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 23, Madrid, 1994.
- HORTAL IBARRA, J., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2005.
- HUERTA TOCILDO, S., y OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. por Rafael Castellanos, Madrid, 1987.
- HUERTA TOCILDO, S., *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal De 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- JORDANA DE POZAS GONZÁLBEZ, L., «Arts. 316 y 317 C. P.», en *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Ed. Trivium, Madrid, 1997.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1994.
- «Fundamento y límites al deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1995.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *Criminalidad de empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MARTÍNEZ- BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MIR PUIG, S., y LUZÓN PEÑA, D. M., *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppetor, Barcelona, 2002.

- MORILLAS CUEVA, L., «Delitos contra los derechos de los trabajadores», en *Curso de Derecho Penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, F., «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico», en *Revista Penal*, núm.9, 2002.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- PALOMEQUE LÓPEZ, C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del trabajo*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007.
- PÉREZ ALONSO, E., y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales», en el *Libro Homenaje al Profesor D. José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- POVEDANO, C., «Sujetos responsables de la acción preventiva en la empresa», en *Actualidad Laboral*, núm. 27, 2000.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008.
- RODRÍGUEZ MESA, M., «Algunas notas acerca de la responsabilidad penal en materia de siniestralidad laboral», en *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003.
- SALA FRANCO, T., y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- SERRANO-PIEDRECASAS, J., «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, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ J., «Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 38, 1989.
- «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español», *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Ed. Boch, Barcelona, 1993.
- SOTO NIETO, F., «Los riesgos laborales y el nuevo código penal», en *Actualidad Penal*, núm. 1, 1997.

TAMARIT SUMILLA, J., «Art. 316», en *Comentarios al nuevo código*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Protección penal de la salud de los trabajadores», en las *Jornadas de Salud Laboral* celebradas en Gijón, 1993.

— *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

— «Delitos contra la vida y salud de los trabajadores», en *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo tercero del artículo 489 bis del código penal», en *Cuadernos Política Criminal*, núm. 24, 1984.