

copias en el futuro”⁵³. La exigencia de la “escala comercial” como requisito para que queden constituidas las ofensas de copyright en China no debería provocar que “muy pocos casos alcancen este nivel porque el estándar monetario para iniciar el proceso penal es muy alto”⁵⁴.

Sin embargo, si se reformase la ley, es práctico y realista decir que la ley penal china de copyright sólo puede asumir un nivel acorde con el estándar del Acuerdo ADPIC, ya que se ha comprometido a “aplicar plenamente la normativa de ADPIC”. Teniendo en cuenta las necesidades de las estrategias chinas en derredor de la propiedad intelectual y la innovación nacional, y comparando la situación de China con la ley penal de copyright de ciertos países en desarrollo, tales como India, hay que reconocer que todavía tenemos un largo camino por andar hasta elevar el estándar de protección de los DPI mediante la ley penal. Tratándose de un país en desarrollo muy grande, está claro que por mucho tiempo China seguirá estando escasa de recursos para la implementación y protección de los DPI. Sin embargo, al promover el desarrollo de la protección internacional de los DPI, es muy posible que el país se haga aportes favorables a sí mismo y a los demás países en desarrollo. Es necesario evaluar seriamente el ámbito de protección legal de los DPI en China, en incluso en el mundo.

La expansión apropiada del ámbito de protección legal es una idea central en las investigaciones contemporáneas dedicadas a la propiedad intelectual en los países en desarrollo.⁵⁵ Teniendo esto en cuenta, la ley de copyright debería proteger no sólo el “flujo” de propiedad intelectual (como se hace mediante las obras, patentes y marcas registradas), sino también la “fuente” de tales logros. Dentro del ámbito de este artículo podrían mencionarse al menos la “literatura y arte populares” bajo la categoría de “conocimiento tradicional”⁵⁶. Obviamente, “es extremadamente injusto para la gente del lugar donde tienen su origen... tomar esta literatura y estas artes populares con fines de lucro sin

ninguna compensación a cambio”⁵⁷. Hoy en día en algunos países desarrollados y en los tratados internacionales se le está prestando atención a la protección de esta parte de la propiedad intelectual⁵⁸. Si China pudiese utilizar su ley doméstica para proveer protección primaria, esto generaría una fuerza conductora para el desarrollo de una ley internacional de DPI. Así, esta dirección en la legislación sería altamente significativa, ya que mejoraría los niveles de contribución de la propiedad intelectual para el modelo de vida básico de la sociedad china y “cambiaría el modelo de crecimiento económico”⁵⁹.

En China ha habido grandes cambios y el mundo también está en un proceso de cambio. En el ámbito de la ley penal, nosotros los chinos estamos cada vez más confrontados con cuestiones que sabemos – por análisis racional – que se supone que debemos abordar, pero que algunos de nosotros todavía sienten como bastante lejanas y ajenas. ¿Deberíamos realmente “seguir nuestros sentimientos”? ¿O deberíamos actuar cuando lo pensamos siguiendo la máxima de que “la cognición debe preceder a la aplicación”⁶⁰? Los especialistas chinos que están trabajando en las áreas legislativas, judiciales y teóricas deberían tomar su decisión sobre estas formas de pensar, definiendo si prefieren sociedades placenteras o sociedades industrializadas. La ley penal de copyright podría ser el primer paso de la puesta en práctica de tal decisión.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Véase GERVAIS, cit. nota 1.

⁶⁰ “Dem Anwenden muss das Erkennen vorausgehen“, del Prof. Dr. Max Planck, famoso físico alemán, en: Frankfurter Societaets-Druckerei GmbH & Auswartigen Amt, Berlin, Deutschland, D Nr. 4/2006, p. 59.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO Y DEL TÉCNICO EN PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES*

José Miguel Zugaldía Espinar**

Esteban Pérez Alonso***

I. Introducción.

En sociedades tan complejas y generadoras de riesgos de toda índole como las que nos ha tocado vivir, se hace necesaria una decidida intervención pública para garantizar la prevención de dichos riesgos y la seguridad de los ciudadanos¹. Las relaciones laborales no son ajenas a esta situación, sino que, al contrario, son una de las principales fuentes de peligro para los que intervienen en dicha actividad social. Prueba de ello la encontramos en el elevado índice de siniestralidad laboral que existe en nuestro país. Así, por ejemplo, en el año 1996 hubo un total de 1.200.000 accidentes laborales, con un saldo de 1.300 muertes y de 10.500 lesiones graves. Se estima que la posibilidad que tiene un trabajador en nuestro país de sufrir una enfermedad o accidente en el trabajo es el doble que la media de los trabajadores europeos: el 62,6% frente al 32,1%.²

La trascendencia social de esta problemática es tan grande que ha tenido, incluso, plasmación a nivel constitucional. Así, el art. 40.2 CE establece, como principio rector de la política social y económica, la obligación a los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo. Dicho imperativo constitucional tiene su correlato en el derecho social del trabajador a la garantía de seguridad en el trabajo, como se refleja en el Texto Refundido de la Ley del

* Este trabajo ha sido publicado en Diez Ripollés *et al*: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, Tecnos 2002, pp. 1511-1529.

** Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Granada, España.

*** Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Granada, España.

¹ Vid. con amplitud: MENDOZA BUERGO, B. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, 2001, pp. 24 y ss.

² Vid. BAYLOS GRAU, A. Y TERRADILLOS BASOCO, L. *Derecho Penal del Trabajo*. 2º ed. Madrid. 1997, pp. 103 y 104.

Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que les reconoce, como derecho laboral básico, el derecho “a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene” (art. 4.2,d) y, como deber laboral básico, el de “observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten” (art. 5,b). Además, cuando el Estatuto de los Trabajadores establece los derechos y deberes derivados del contrato de trabajo reitera que “el trabajador en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene” (art. 19.1), consignando también, para el propio trabajador, la obligación de “observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene” (art. 19.2). El desarrollo normativo de este derecho-deber de carácter social constitucionalmente comprometido no se ha producido, sin embargo, hasta la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), que constituye la norma básica y esencial en esta materia. Debe quedar claro, no obstante, que esta ley no es tanto desarrollo legislativo del texto constitucional, cuanto cumplimiento de la imperiosa necesidad de adaptar y armonizar la legislación española de seguridad e higiene a la política y normativa comunitaria, especialmente dinámica, en materia de prevención de riesgos laborales.³ En especial, cabe destacar la Directiva 89/391/CEE, adoptada el 12 de junio de 1989 por el Consejo Europeo, “relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo”, conocida ya como “Directiva Marco” en esta materia. Al mismo tiempo debe advertirse que también se ha aprovechado la promulgación de la LPRL para incorporar en ella muchas prescripciones contenidas en diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre esta materia, que han venido siendo ratificados por España, en los que se responde al compromiso adoptado en la Declaración de Filadelfia de fomentar programas para “proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones”. En este contexto cabe destacar los Convenios número 28,

³ En este sentido: CORDERO SAAVEDRA. *La responsabilidad empresarial por incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales*. Revista española *Derecho del Trabajo*. Nº. 83. 1997, p. 419.

32, 43, 45, 62, 115, 120, 134, 139, 148 y, muy especialmente, el Convenio de la OIT nº 155, de 22 de julio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente en el trabajo.⁴

Sea como fuere, lo cierto es que la Ley 31/95 constituye la piedra angular en el sistema español de prevención de riesgos laborales. Como señala en su Exposición de Motivos, “la presente Ley tiene por objeto la determinación del cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo, y ello en el marco de una política coherente, coordinada y eficaz de prevención de los riesgos laborales”. En efecto, una política que responda a estas directrices no se consigue solo mediante el reconocimiento de derechos en materia de salud y seguridad a los trabajadores, sino estableciendo garantías a tales derechos mediante la imposición de las correlativas obligaciones empresariales en esta materia y, sobre todo, acompañándola de un sistema compulsivo que sancione los incumplimientos de tales obligaciones.⁵

El sistema de responsabilidades establecido en nuestro ordenamiento jurídico para reaccionar contra el incumplimiento de los deberes de protección frente a los riesgos laborales resulta bastante completo, estructurándose sobre un doble orden: público y privado.⁶ La

⁴ Vid. TOLOSA TRIBIÑO, C. *La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Actualidad Laboral*. Nº 17. Tomo I. 1996.

⁵ En este sentido, vid. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *De los delitos contra los derechos de los trabajadores*. La Ley. Tomo II. 1996, p. 1672.

⁶ Vid. PÁRAMO MONTERO, P. *Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Relaciones Laborales. II. 1996, pp. 218 y ss.; TOLOSA TRIBIÑO, C. *La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Actualidad Laboral. Nº 17. Tomo I. 1996, pp. 365 y ss.; CORDERO SAAVEDRA, L. *La responsabilidad empresarial...*, cit., pp. 420 y ss.; del mismo autor: *Las garantías y responsabilidades de los técnicos en prevención de riesgos laborales*. Aranzadi Social. 1998; pp. 437 y ss.

responsabilidad de carácter público puede desdoblarse, a su vez, en responsabilidad administrativo-laboral, por la infracción de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales,⁷ y en responsabilidad penal, por la puesta en peligro o lesión de la vida o salud de los trabajadores. Desde la perspectiva privada, cabe destacar fundamentalmente la responsabilidad civil reparadora de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de los deberes empresariales en esta materia, debiendo añadirse también la responsabilidad disciplinaria laboral que puede exigir el empresario cuando el incumplimiento haya sido realizado por el trabajador técnico en prevención de riesgos laborales.

De entre todo este completo y complejo sistema de responsabilidades, en el presente trabajo nos vamos a ocupar exclusivamente de la responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales⁸, en el entendimiento de que el ámbito de los riesgos laborales –para el Derecho Penal– es un ámbito propio del Derecho Penal económico⁹ –entendido en su sentido integrador de sus aspectos dogmáticos y criminológicos¹⁰– vinculado a la criminalidad en la empresa.

Efectivamente, las empresas pueden entrar en contacto con el Derecho Penal porque actúan con asiduidad dentro de determinados ámbitos de

⁷ Sobre este tipo de responsabilidad vid. CORDERO SAAVEDRA, L.: *La responsabilidad empresarial...*, cit., pp. 426 y ss.; del mismo autor: *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., pp. 438 y 439.

⁸ Vid. al respecto, CORDERO SAAVEDRA, L. *La responsabilidad empresarial...*, cit., pp. 429 y ss.; del mismo autor: *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., pp. 443 y ss.; MOLINER TAMBORERO, G. *La responsabilidad civil empresarial derivada del incumplimiento de las previsiones contenidas en la Ley 31/1995*, de Prevención de Riesgos Laborales. Actualidad Administrativa. Nº 19, 1996.

⁹ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE. *Derecho Penal económico*. Madrid, 2001, pp. 660 y ss. MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Parte especial. Valencia, 1999, pp. 531 y ss.

¹⁰ Cfr. TIEDEMANN, K. *El concepto de Derecho económico, de Derecho Penal económico y de delito económico*. CPC. Núm. 28, 1986, pp. 65 y ss.

riesgo que pueden concretarse, en primer lugar, hacia el exterior, por ejemplo, contaminando el medio ambiente (arts. 325 a 327 CP) o atentando contra la salud pública a través de medicamentos y alimentos (arts. 362 a 365). Todo ello conduce al problema de la responsabilidad del empresario como productor (criminalidad de empresa). Pero los ámbitos de riesgo pueden concretarse, en segundo término, hacia el interior para las propias personas que trabajan en y para la empresa. Esto conduce al problema de la responsabilidad del empresario como empleador (criminalidad en la empresa)¹¹. Las figuras delictivas vinculadas a este ámbito de actividad pueden consistir tanto en delitos de peligro –de los que el delito propio de omisión y de peligro concreto del art. 316 CP es un ejemplo paradigmático¹²– como en delitos de resultado material (muerte o lesiones del trabajador reconducibles a los arts. 138, 142, 621, 2º, 147, 152, 617 ó 621, 3 CP según en la acción del autor haya concurrido dolo o imprudencia –grave o leve). Debe advertirse, de todos modos que, si además del riesgo prevenido, de la conducta peligrosa (para la generalidad) resulta la lesión de bienes jurídicos (individualizados), estaremos ante dos delitos (uno de lesión y otro de peligro) punibles a través de las reglas generales del concurso ideal dado que se violan dos normas penales: el art. 316 CP que protege el bien jurídico supraindividual institucionalizado del derecho del colectivo de trabajadores a realizar su actividad en condiciones de seguridad e higiene y la que protege la vida y la salud de las personas (en general) frente a acciones que las lesionan. Así, por ejemplo, si como consecuencia de no facilitar el legalmente obligado a ello los medios necesarios para que los trabajadores

¹¹ En este sentido: BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. En *Curso de Derecho Penal económico*. Madrid, 1998, p. 87. Sobre la distinción “criminalidad de empresa” y “criminalidad en la empresa”, MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. En prensa, p. 12.

¹² Por todos, cfr.: MARTINEZ-BUJAN PEREZ, C. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 534; CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código penal de 1995*. Valencia, 1996, p. 1565; TAMARIT SUMALLA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona, 1999, p. 872.

desempeñen su actividad laboral con seguridad, además de poner en peligro la vida de algunos de ellos, determina la muerte de uno de ellos, responderá de un delito doloso del art. 316 en concurso ideal (art. 77) con otro de homicidio por imprudencia. No son de aplicación las reglas del concurso aparente de normas (art. 8 CP) porque ninguna de esas infracciones, por si sola, alcanzaría a valorar el total contenido de injusto del hecho pluriofensivo¹³.

También debe advertirse que a la hora de exigir responsabilidad criminal en el ámbito de la actividad de una empresa (con carácter general, y no solo en el ámbito del delito del art. 316 CP), debe partirse de una premisa fundamental: dado que la empresa constituye una estructura organizada basada en los principios de jerarquía y división del trabajo, es normal que en la misma se produzca un alejamiento entre la decisión delictiva y la ejecución del hecho, con la particularidad de que la conducta ejecutiva del subordinado que realiza el hecho delictivo no siempre va a ser la más relevante para el Derecho Penal (en el sentido de que sancionando solamente al ejecutor del hecho normalmente no

¹³ Esta es una de las más trascendentales consecuencias, junto con la irrelevancia del consentimiento, de la condición de la seguridad en el trabajo como bien jurídico autónomo respecto de los clásicos de la vida y la salud de las personas. De esta opinión: MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 542; MUÑOZ CONDE. *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia, 1999, p. 336; CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*, p. 1567; SOTO NIETO. *Los riesgos laborales y el nuevo Código Penal*. La Ley. 1997, Núm. 1, p. 1817; ALMEDA VICH. *Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de obras de la construcción*. Actualidad Penal. Núm. 28., 1998, p. 511; NARVÁEZ BERMEJO. *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social*. Valencia, 1997, pp. 87 y ss; NAVARRO CARDOSO. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*. Valencia, 1998, pp. 161 y ss; LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid, 1996, p. 163. De otra opinión, sin embargo: LASCURAIN SÁNCHEZ. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid, 1994, p. 119; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 663.

se va a alcanzar la finalidad político-criminal perseguida por el Derecho Penal). Más importante es el papel de quien está situado jerárquicamente por encima hasta alcanzar a quienes detentan el control de la empresa (Directivos). A ellos, responsables del ámbito de organización por ser los legitimados para configurarlo con exclusión de otras personas, debe alcanzar también, desde luego, la responsabilidad criminal¹⁴. Con relación al delito del art. 316 CP volveremos sobre este extremo al analizar los problemas de la autoría, que alcanza, desde luego, al empresario, aunque también a todas aquellas personas en la que éste pueda haber delegado su posición de garante “pues si bien es cierto que el acto de delegación constituye una nueva posición de garantía sobre la persona en la que se delega, la delegación en sí no cancela la posición de garantía que ostentaba el delegante.. Por el contrario, el delegante mantiene una posición de responsabilidad residual (resto de su posición originaria de responsabilidad) en la medida en que también retiene algunas competencias. Ello dará lugar a la apreciación de algunas hipótesis de responsabilidad cumulativa del delegante y del delegado, éste último en base a las competencias asumidas (asunción de funciones de control de riesgos) y el primero con base en las competencias retenidas”¹⁵.

II. Configuración jurídica de los deberes de prevención de riesgos laborales

El art. 14.1 LPRL reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo. Este derecho supone, lógicamente, la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de

los trabajadores frente a los riesgos laborales. En cumplimiento de este deber de protección, como señala el art. 14.2 LPRL, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Por tanto, como veremos, la LPRL exige del empresario, como deudor de la seguridad en el trabajo frente a los trabajadores que son sus acreedores en aspecto tan esencial, una actuación que va más allá del mero cumplimiento formal de una serie de deberes y obligaciones empresariales o de la simple corrección a posteriori de situaciones de riesgo ya manifestadas.

Con el fin de cumplir con el deber general de prevención que le incumbe al empresario, el propio art. 14.2 LPRL le obliga, además de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, a constituir una organización específica para que la acción preventiva se lleve a cabo de un modo eficaz, conforme a los principios rectores que de dicha acción recoge el art. 15 LPRL. La organización de la acción preventiva depende de múltiples factores como tamaño de la empresa, actividad a la que se dedica, etc. Dicha organización debe ser integrada en la actuación empresarial al mismo nivel y con la misma importancia que la otorgada a otros temas de mayor tradición empresarial.

A la hora de organizar la acción preventiva, el empresario puede recurrir a diversos sistemas que se encuentran plasmados en el Capítulo V de la LPRL. En concreto, el art. 30.1 y 5 LPRL y el art. 10.1 RSP recogen cuatro modalidades de la organización preventiva: a) la asunción personal por el empresario; b) la designación de trabajadores de la empresa; c) la constitución de un servicio de prevención propio; y d) la contratación de un servicio de prevención ajeno. Estas modalidades de organización de la acción preventiva se articulan básicamente en función de la plantilla de la empresa y de la actividad de la misma.

a) Asunción personal por el empresario. En empresas pequeñas, de menos de seis trabajadores, el empresario puede asumir personal y directamente las funciones de prevención de riesgos profesionales en su ámbito de

organización empresarial, salvo en lo que se refiere a las actividades relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores (art. 30.5 LPRL y art. 11.1 RSP), que se cubrirán mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva (art. 11.2 RSP). Esta posibilidad no es óbice para que el empresario de una pequeña empresa que así lo considere oportuno pueda optar por cualquiera otra de las modalidades de organizar la acción preventiva, ya sea porque haya asumido parcialmente las funciones preventivas o porque quiera delegarlas totalmente. Y ello es posible porque las modalidades de organización son de carácter mínimo, obligatorio e indisponible, lo que no impide que se pueda optar por una modalidad prevista para empresas con una plantilla superior, bien de forma voluntaria o como acuerdo de una negociación colectiva.

Para que el empresario pueda asumir personalmente la actividad preventiva es necesario que se cumplan una serie de requisitos establecidos en el art. 30.5 LPRL y en el art. 11 RSP. En particular, se exige:

- Que se trate de una empresa de menos de seis trabajadores.
- Que las actividades desarrolladas por la empresa no estén incluidas en el Anexo I de Reglamento, es decir, que no aparezca en el listado de actividades especialmente peligrosas o con riesgos específicos.
- Que desarrolle de forma habitual su actividad profesional en el centro de trabajo, por lo que debe tratarse de un empresario persona física.
- Que tenga la capacidad correspondiente a las funciones preventivas que va a desarrollar, de acuerdo con las funciones y niveles de cualificación establecidos en el Capítulo VI del RSP.

b) Designación de trabajadores. El art. 30.1 LPRL y el art. 12.1 RSP permiten al empresario, previa consulta a los representantes de los trabajadores (art. 33.1.b) LPRL), designar a uno o varios trabajadores para que se encarguen de la actividad preventiva en empresas de más de seis y menos de quinientos trabajadores o, cuando se trate de actividades catalogadas de especial riesgo por el Anexo I del RSP, en empresas de más de seis y menos de 250 trabajadores. Si esta designación no

resulta suficiente por la índole de la acción preventiva a realizar, en tal caso deberá ser desarrollada por uno o más servicios de prevención propios o ajenos.

No obstante lo dicho, en virtud del art. 12.2 RSP no será necesaria la designación de trabajadores cuando el empresario haya asumido personalmente la actividad preventiva o cuando haya recurrido a un servicio de prevención propio o bien a un servicio de prevención ajeno.

Por otra parte, hay que tener presente que el empresario no tiene plena libertad para realizar tal designación, por cuanto que los trabajadores designados deberán tener la capacidad necesaria, disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficientes en número según el tamaño de la empresa y los riesgos a que están expuestos los trabajadores (art. 30.2 LPRL). Además, el empresario deberá facilitar a los trabajadores designados el acceso a la información y documentación a que se refieren los arts. 18 y 23 LPRL, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones.

c) Recurso a un servicio de prevención. Las dos últimas modalidades de organización de la acción preventiva pasan por recurrir a un servicio de prevención específico, que puede ser constituido al efecto por la empresa, como un servicio propio, o bien puede concertarse con entidades especializadas ajenas a la empresa (art. 31.1 LPRL).

Dichos servicios aparecen definidos en el art. 31.2 LPRL como “el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y los órganos de representación especializados”.

Para que el servicio de prevención pueda llevar a cabo su labor, el empresario deberá facilitar el acceso a la información y documentación de los arts. 18 y 23 LPRL. De igual modo, debería disponer de los medios apropiados y de un número suficiente de componentes que cuenten con la formación, especialidad, capacitación y

¹⁴ Con extensión vid.: SILVA SÁNCHEZ, J. *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*. En *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997, pp. 9 y ss; MARIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. Cit., pp. 57 y ss; BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., pp. 87 y ss.

¹⁵ Vid. SILVA SANCHEZ. *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*. Cit., pp. 15 y 16.

dedicación precisa (art. 19 LPRL), así como con los recursos técnicos suficientes y adecuados a las actividades preventivas a desarrollar en función de criterios circunstanciales tales como el tamaño de la empresa, tipos de riesgos a los que pueden encontrarse expuestos los trabajadores y distribución de riesgos en la empresa (art. 31.2 y 4 LPRL).

Como elemento definitorio de los servicios de prevención hay que destacar su carácter interdisciplinario (art. 31.4 LPRL), lo que supone la conjunción coordinada de dos o más disciplinas técnicas o científicas en materia de prevención de riesgos laborales (art. 10.3 RSP). Esta exigencia se traduce en la creación de cuatro especialidades o disciplinas preventivas como son: medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial y, en último término, ergonomía y psicología aplicada, tal y como se recoge en el art. 34 RSP.

Antes de analizar las dos modalidades de los servicios de prevención, conviene señalar que las funciones de los mismos vienen establecidas en el art. 31.3 LPRL, en donde se dispone que dichos servicios han de estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en lo referente a:

- a) El diseño, aplicación y coordinación de los planes y programas de actuación preventiva.
- b) La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores.
- c) La determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas adecuadas y la vigilancia de su eficacia.
- d) La información y formación de los trabajadores.
- e) La prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia.
- f) La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo.

a') Constitución de un servicio de prevención propio. El empresario puede constituir un servicio de prevención propio cuando lo estime conveniente, pero está obligado a ello en los siguientes supuestos (art. 14 RSP): a) cuando se trate de empresas que cuenten con más de quinientos trabajadores; b) que tratándose de empresas de entre 250 y 500 trabajadores, desarrollen alguna de las actividades de especial

riesgo contenidas en el anexo I; y c) que, tratándose de empresas no incluidas en los supuestos anteriores, así lo decida la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia de prevención de las Comunidades Autónomas, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, salvo que se opte por el concierto con una entidad especializada ajena a la empresa.

De conformidad con el art. 15 RSP, el servicio de prevención propio ha de constituir una unidad organizativa específica y sus integrantes dedicarán de forma exclusiva su actividad en la empresa a la finalidad del mismo. Deben contar, además, con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa. Los servicios de prevención deben contar, como mínimo, con dos de las especialidades o disciplinas preventivas previstas en el art. 34 RSP, desarrolladas por expertos con la capacitación requerida para las funciones a desempeñar. Las actividades preventivas que no sean asumidas por el servicio de prevención propio deberán ser concertadas con una o más servicios de prevención ajenos.

b') Concertación de servicios de prevención ajenos. La última modalidad de organización de la acción preventiva consiste en concertar tal actividad con una o varias entidades especializadas ajenas a la empresa, consultando para ello con carácter previo a los representantes de los trabajadores (arts. 33.1,b) LPRL y 16.2 RSP), que reúnan los requisitos para actuar como servicios de prevención. En concreto, el art. 31.5 LPRL exige a tal efecto que las entidades especializadas deberán ser objeto de acreditación por la Administración laboral, mediante la comprobación de que reúnen los requisitos que se establecen en el art. 17 RSP. Será necesario, además, un concierto escrito entre la empresa y el servicio que desarrollará la actividad preventiva, cumpliendo con las exigencias establecidas en el art. 20 RSP. Por último, es necesario que cuenten con las instalaciones y los recursos materiales y humanos que les permitan desarrollar adecuadamente la actividad preventiva concertada teniendo en cuenta el tipo, extensión y frecuencia

de los servicios preventivos que han de prestar, así como la ubicación de los centros de trabajo en los que dicha prestación ha de desarrollarse (art. 18 RSP).

Pese a que las empresas pueden recurrir voluntariamente a esta modalidad preventiva, sin embargo, resulta obligatoria la concertación de un servicio ajeno, como señala el art. 16 RSP, en los siguientes casos:

- a) Cuando la designación de uno o varios trabajadores resulte insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no esté obligado a constituir uno propio.
- b) Cuando la autoridad laboral decida que es obligatorio la constitución de un servicio de prevención y no se opte por uno propio, según dispone el art. 14,c) RSP.
- c) Cuando el empresario o el servicio de prevención propio hayan asumido parcialmente la actividad preventiva, en los términos de los arts. 11.2 y 15.4 RSP.

Finalmente hay que señalar, de conformidad con el art. 19 RSP, que los servicios de prevención ajenos han de asumir directamente el desarrollo de las funciones señaladas en el art. 31.3 LPRL, ya apuntadas. No obstante, también cabe la posibilidad de que un servicio de prevención ajeno pueda subcontratar los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad.

III. Responsabilidad penal del empresario

La evitación de los riesgos laborales, también en el Derecho Penal, compete y es responsabilidad, en primer lugar, del empresario¹⁶. En efecto, el empresario es la figura central, la clave de bóveda, de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales. El art. 14, 2 de la citada Ley establece como cometido fundamental del empresario el deber de protección de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A tal fin, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores adoptando cuantas

¹⁶ Por todos, cfr. CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Cit., p. 1564.

medidas resulten necesarias para la prevención de los riesgos laborales. Además de este deber de protección, el art. 24 de la misma Ley establece una serie de deberes secundarios en el caso de concurrencia en el centro de trabajo de distintas actividades empresariales. Finalmente, el art. 24, 3 de la Ley establece que las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas o subcontratistas de las normas de prevención de riesgos laborales.

Por consiguiente, con relación al art. 316 CP, si el autor del delito (especial) es “el legalmente obligado” a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con seguridad e higiene, el autor del delito no puede ser otro que el empresario. Pero el delito del art. 316 CP, aparte de un delito especial, es también un delito propio de omisión al que se vincula o asocia un resultado de peligro concreto¹⁷ y que se rige por los principios generales de los impropios delitos de omisión¹⁸. Por ello, para que el empresario pueda responder penalmente cuando deja de adoptar las medidas que evitarían la situación de peligro (o –respecto de un delito de acción- la realización del peligro en lesión del bien jurídico del trabajador que actuó en situación de riesgo) tienen que darse unos criterios de imputación de esos “resultados” a la omisión del empresario. Unos criterios de imputación son de naturaleza subjetiva y se vinculan al principio de culpabilidad: debe existir dolo o imprudencia respecto del resultado de peligro concreto o de lesión (art. 5 CP). Otros criterios de imputación son puramente normativos y deben permitir afirmar (a través del art. 11 CP) que la omisión del empresario equivale, por provenir de un garante, a la acción de producir el resultado (de

¹⁷ Se trataría “de un tipo de omisión referido a un resultado sin equivalencia comisiva dado que el delito del art. 316 CP no posee una figura paralela que sea ejecutable por vía activa”. Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 534.

¹⁸ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios del Derecho Penal*. Madrid, 1997, p. 402; BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., p. 91

peligro o de lesión). Y es que a falta de un precepto específico (puesto que evidentemente no lo es el art. 31 CP), la teoría de los delitos propios de omisión se muestra como la única vía para la imputación del delito cometido en el seno de la empresa a órganos concretos de la misma. El Tribunal Supremo ha tratado este problema en su Sentencia de 23 de abril de 1992 (“Caso de la Colza”) dónde desarrolló una teoría de la posición de garante que es también aplicable a los delitos de peligro concreto a los que pudiera alcanzar la actividad empresarial¹⁹.

Por consiguiente, resulta necesario preguntarse por el alcance de la posición de garante del empresario. Y aquí la regla debe ser la siguiente: los titulares de los órganos de dirección de las empresas asumen un compromiso de control de los riesgos para los bienes jurídicos que puedan dimanar de las personas o cosas que se encuentran sometidos a su dirección, bien en relación con el dominio sobre la causa del resultado o en relación con la idea de la competencia sobre un ámbito de organización. Desde este último punto de vista se entiende que la definición del ámbito de organización puede derivarse de acciones y de medios materiales de despliegue que conduce a los deberes de relación. Estos deberes se refieren al principio de aseguramiento de una fuente de peligros. Dicho con otras palabras: el responsable de un ámbito de organización -que lo es por estar legitimado para configurarlo con exclusión de terceras personas- tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos²⁰. Debe adecuar a ello su propia conducta (si asume personalmente el control del riesgo) o la conducta de terceras personas (si delega en otros la prevención del riesgo) sobre las que tenga un dominio efectivo por poder impartirles órdenes de obligado cumplimiento (delegación de la posición de garante). Esto significa, además, que la responsabilidad (acumulativa) del subordinado no puede operar como “barrera de imputación” para

¹⁹ En este sentido: BACIGALUPO ZAPATER, E. *Principios de Derecho Penal*. Cit., pp. 400 y 402; BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., pp. 19 y ss; Cfr. también: MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 547.

²⁰ Cfr. BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., p.89.

los superiores jerárquicos de la organización titulares del ámbito de organización²¹.

La determinación de la autoría en el delito del art. 316 CP, aparte los expuestos, no plantea excesivos problemas cuando el omitente-garante, el empresario, es una persona física. Pero, ¿y en los supuestos -que son los normales- en los que el empresario es una persona jurídica?. Para estos supuestos existe una previsión específica en el art. 318 CP según la cual en tales casos la responsabilidad se atribuye a los administradores o encargados “del servicio” y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. Debe advertirse que no existe en el Derecho Penal español una regla -que, por lo demás, de existir, sería inconstitucional- según la cual de los delitos cometidos en el ámbito de una empresa responden sus directivos; el art. 318 CP, dichos con otras palabras, no sirve para suplir la ausencia de una acción o de una omisión, sino solo para suplir la ausencia de una cualificación personal. Por ello, del delito del art. 316 CP cometido en el seno de una persona jurídica no se responde por el hecho de ser directivo de la misma, sino por el hecho de no realizar la acción mandada tiendo la obligación (y la competencia) para realizarla. De ello se deduce que el art. 318 CP es una superflua concreción del art. 31 CP²². En efecto, el delito del art. 316 CP, configurado a través de una norma penal en blanco²³ es, además, un delito

²¹ Cfr. CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Cit., p. 1564. Con mayor extensión: BATISTA GONZALEZ. *La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*. Cit., pp. 93 y ss.

²² En este sentido: CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Cit., p. 1570; TAMARIT SUMALLA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., p. 875; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 665.

²³ En este sentido: CARBONELL MATEU/GONZALEZ CUSSAC. *Comentarios al Código Penal de 1995*. Cit., p. 1566; MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 537. Por descontado, las normas de prevención de riesgos laborales no son sólo las contenidas en la Ley 31/1995. Los riesgos laborales que no se hallan expresamente incluidos en dicha Ley, deben ser también prevenidos de conformidad con la

especial propio²⁴ del que solo puede ser autor el legalmente obligado a facilitar los medios necesarios para que el trabajo se desarrolle en condiciones de seguridad e higiene. Por ello, cuando el empresario (el legalmente obligado) es una persona jurídica, la condición de legalmente obligado se pone a cargo de la persona física que asume en nombre de la empresa -y dentro de su marco de competencias- el poder de configuración de la actividad de prevención de los riesgos laborales.

Debe subrayarse, por lo demás, que es absolutamente sorprendente (!) y absurdo desde el punto de vista político-criminal, que en el delito de omisión del deber de prevenir los riesgos laborales no se haya previsto para la propia persona jurídica -en aquellos casos en los que el empresario reviste esta modalidad de personalidad- ninguna de las penas previstas para las personas jurídicas en el art. 129 CP.

IV. La responsabilidad penal del técnico en prevención de riesgos laborales

A. Configuración legal del técnico en prevención.

El técnico en prevención de riesgos laborales es una nueva figura profesional que ha surgido como uno de los pilares básicos con los que cuenta la Ley 31/95 para desarrollar la acción preventiva en la mayor parte del tejido empresarial español. De hecho no sería exagerado afirmar que el técnico, junto al empresario, ocupa la posición central en el sistema de prevención de riesgos laborales diseñado por la normativa vigente.

En efecto, como se ha indicado, el empresario es el deudor o garante de la seguridad y salud en el trabajo, adquiriendo ex lege el deber general de protección y prevención frente a los riesgos laborales. Pero, en la mayoría de los casos, el empresario no puede asumir directa y personalmente todas las funciones que conlleva la

legislación laboral general (Estatuto de los Trabajadores) o con el Código Civil.

²⁴ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 535; TAMARIT SUMALLA. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Cit., p. 872. BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE. *Derecho Penal económico*. Cit., p. 662.

acción preventiva, ya sea por imposibilidad física, por carencias formativas, por la complejidad de la estructura empresarial, etc., sino que debe delegar tal función en personas expertas y dedicadas exclusivamente a esta labor. Como señala CORDERO SAAVEDRA, “la genérica obligación empresarial de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores hay que concebirla desde una adecuada dimensión que permita atribuírsele como titular de la empresa, sin que deba necesariamente prestarla *intuiti personae*, posibilitando que para el efectivo ejercicio y cumplimiento de la finalidad protectora se apoye en estructuras técnicas apropiadas para ello”²⁵.

A tal efecto, habría que tener presente las diversas modalidades de organización de la acción preventiva a las que puede optar el empresario voluntariamente, en unos casos, o de forma obligada en otros. Salvo cuando se trate de empresas pequeñas, que designen a uno o varios trabajadores de la misma para ocuparse de la actividad preventiva, lo habitual será que se constituya un servicio de prevención propio o que se concierte todo o parte de la actividad preventiva con un servicio especializado ajeno a la empresa. Los trabajadores designados no son técnicos en prevención de riesgos laborales propiamente dichos, sino meros vigilantes de la seguridad sin funciones ejecutivas, cumpliendo la mayoría de las veces funciones de nivel básico (art. 35 RSP). Por el contrario, los auténticos técnicos son el personal cualificado integrado, generalmente, en los servicios de prevención propios o ajenos, con titulación formativa de nivel intermedio o superior (arts. 36 y 37 RSP). Se trata de personas con una formación profesional especializada, contratadas específicamente por el empresario para ocuparse en exclusiva de las tareas de prevención, es decir, para garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud en el trabajo, así como asesorar y asistir al empresario y a los trabajadores o sus representantes en los temas de su especialidad.

En definitiva, nos encontramos ante una nueva figura profesional que tiene encomendada una función esencial en el entramado empresarial, como es la hacer efectivo el deber general de empresario de proteger la seguridad y la salud de

²⁵ Cfr. CORDERO SAAVEDRA, L. *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., p.430.

los trabajadores. El desempeño de dicha función, con todo lo que ello conlleva, supondrá fricciones con el empresario, que pretende paliarse otorgando al técnico una serie de garantías, plasmadas en el art. 30.4 LPRL, para que pueda actuar de un modo independiente sin presiones externas. Esta independencia del técnico también le hace asumir una mayor responsabilidad en su ámbito de competencias, aunque no por ello exime al empresario como titular del deber de protección de la seguridad y salud laboral, como establece el art. 14.4 LPRL, dado que ambas labores preventivas son complementarias. Pero, el incumplimiento de los deberes inherentes a las mismas dará lugar a diversos tipos de responsabilidad, tanto por parte del empresario como del técnico en prevención de riesgos laborales.

B. Responsabilidad penal del técnico en prevención

De los diversos tipos de responsabilidad en que puede incurrir el técnico en prevención de riesgos laborales nos ocuparemos de la posible responsabilidad de carácter penal por la lesión o puesta en peligro de la seguridad o la salud de los trabajadores. En particular, interesa destacar ahora que la infracción de la normativa vigente en prevención de riesgos laborales puede ser constitutiva de infracción penal, ya sea porque determine la lesión de bienes jurídicos individuales como la vida o la salud, protegidos a través de los delitos de homicidio o lesiones, o bien porque suponga un riesgo para la seguridad e higiene en el trabajo, como interés colectivo de los trabajadores, concretado además en un peligro grave para dichos bienes individuales, tal y como establecen los arts. 316 y 317 CP. Estos últimos preceptos se encuentran ubicados en el Título XV, que responde a la rúbrica de “los delitos contra los derechos de los trabajadores”, con la pretensión de no reservar la intervención penal solo a las situaciones que supongan la lesión efectiva e irreversible de sus vidas o su salud, sino adelantando las barreras de protección penal a las situaciones que ocasionen un grave peligro para los trabajadores. Por tanto, esta protección de la seguridad e higiene en el trabajo, como derecho colectivo de todos los trabajadores, a través de los tipos de peligro contenidos en los arts. 316 y 317 CP, supone una tutela medial

frente a la lesión de otros derechos individuales de mayor calado, como son la vida o salud de las personas.²⁶

a) En este contexto, interesa analizar ahora la posible responsabilidad penal del técnico en prevención de riesgos laborales por infracción del deber de protección de la seguridad y salud en el trabajo penalmente exigido en los arts. 316 y 317 CP.

El principal problema que plantea esta exigencia de responsabilidad criminal es el de determinar si el técnico en prevención de riesgos laborales puede ser sujeto activo de este delito especial, que aparece subjetivamente restringido a las personas que están “legalmente obligadas” a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Por tanto, la cuestión clave en este tema consiste en dilucidar quienes tienen la obligación legal de facilitar tales medios para determinar, en consecuencia, quienes pueden ser autores de este delito por la infracción del deber de garantía de seguridad e higiene que les incumbe en el ámbito laboral.

En primer término habrá que acudir a la normativa laboral vigente en esta materia para llenar el blanco de la norma penal, concretamente a la LPRL. Como ya se ha indicado el máximo deudor y garante del deber general de seguridad y salud en el trabajo es el empresario, como establece el art. 14 LPRL. Incluso, el art. 42.1 LPRL considera al empresario como el único responsable por la infracción de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. De estos preceptos laborales cabe inferir que el mandato penal de proteger la seguridad e higiene en el trabajo va dirigido, en primera línea, al

²⁶ Vid. al respecto, RIVERO LAMAS, J. *Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales*. Actualidad Laboral. Nº 36, 1996, pp. 697 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona, 1998, pp. 201 y ss.; ALMELA VICH, C. *Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de las obras de la construcción*. Actualidad Penal Nº 28, 1998, pp. 500 y ss.; CORDERO SAAVEDRA, L. *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., pp. 439 y ss.

empresario, ya sea persona física o jurídica. Pero, la responsabilidad penal no solo alcanza a los empresarios, sino que también puede afectar a otras personas a las que pueda incumbir dicho deber por delegación expresa del mismo dentro de la estructura empresarial, como pueden ser los encargados del servicio o, más concretamente, los técnicos en prevención de riesgos laborales.²⁷

Esta es, no obstante, una cuestión discutida y que ha planteado dudas a la doctrina laboralista que se ha ocupado de este tema.²⁸ Posiblemente el motivo de la discusión y causa de la duda hay que buscarlo en el cambio de criterio operado en la normativa laboral en torno a los posibles responsables de las infracciones laborales, puesto que el tipo penal se ha mantenido inalterado en cuanto a la determinación de los sujetos activos de la infracción, que siguen siendo los “legalmente obligados”. A diferencia de la normativa laboral vigente, que responsabiliza en exclusiva al empresario, el art. 154 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971, hacía responsables de las infracciones laborales a los empresarios y a todas las personas que por delegación asumieran la facultad de mando. Esta referencia legal dio pie a una jurisprudencia consolidada que exigía responsabilidad por incumplimiento de las normas de seguridad no sólo al empresario, sino a cualquier persona de la organización de éste que asumiera tales funciones (“encargado”).²⁹

²⁷ Vid. RIVERO LAMAS, J. *Responsabilidades penales de la empresa...*; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. *De los delitos...*, cit., p. 1673; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado...*, cit., pp. 203 y ss.; CORDERO SAAVEDRA, L. *La responsabilidad empresarial...*, cit., p. 424; del mismo autor: *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., p. 440.

²⁸ Vid. GARCÍA SALAS, A. I. *Los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: algunas notas*. Relaciones Laborales. II. Nº 16-17, 1996, pp. 241 y 242; BARBANCHO TOVILLAS, F., RIVAS VALLEJO, P. y PURCALLA BONILLA, M.A. *La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores*. Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral. Nº 99, 1999, pp. 34 y ss.

²⁹ Vid. al respecto, ALONSO OLEA, M. *El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia*.

En este contexto, cabe destacar la conocida STS de 10 de mayo de 1980, en donde se declaraba que “todos los que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como intermedios y subalternos, incluso de hecho, están inexcusablemente obligados a cumplir y hacer cumplir cuantas prevenciones y cautelas establece la legislación del trabajo para evitar accidentes laborales y para preservar y tutelar la vida, integridad corporal y salud de los trabajadores”. Esta misma línea de pensamiento fue defendida por la doctrina penal especializada en la materia, como ARROYO ZAPATERO, que aclaró al respecto que la determinación de quienes sean en concreto las personas a las que como encargados se imputa el deber de seguridad no se rige por criterios formales (denominación del cargo en la norma legal o estatutaria), sino fácticos, atendiendo a quienes de hecho son los encargados, es decir, los que efectivamente asumen y ejercen el poder de dirección empresarial.³⁰

Sin embargo, en la doctrina laboralista, la restricción legal de los sujetos infractores de la normativa administrativa a los empresarios operada en la LPRL ha servido de argumento formal para rechazar la responsabilidad penal de cualquier persona distinta al empresario.³¹ Otros autores muestran sus dudas al respecto, admitiendo eventualmente la responsabilidad del técnico en prevención si pudiera demostrarse casuísticamente que ha habido una delegación de

Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 5, 1981.

³⁰ Vid. ARROYO ZAPATERO, L. *Manual de Derecho Penal del Trabajo*. Barcelona, 1988, p. 228; LACURAIN SÁNCHEZ, J.A. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*. Madrid, 1994, pp. 277 y 278; BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO. *Derecho Penal del Trabajo...*, cit., p. 119; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. *De los delitos...*, cit., p. 1673; RIVERO LAMAS, J. *Responsabilidades penales de la empresa...*, cit., pp. 698 y 699; CORDERO SAAVEDRA, L. *La responsabilidad empresarial...*, cit., p. 424; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado...*, cit., p. 212.

³¹ En este sentido, vid. GARCÍA SALAS, A.I. *Los delitos contra la seguridad...*, cit., p. 242.

funciones.³² Aunque, al mismo tiempo, tratan de establecer la responsabilidad penal del técnico distinguiendo entre los técnicos de servicios de prevención propios y ajenos. Los primeros no responderían penalmente cuando presten sus servicios para una persona física, mientras que sí lo harían cuando se trate de una persona jurídica.³³ Al tiempo que exigen responsabilidad penal del técnico perteneciente a un servicio de prevención ajeno, al estar dicho servicio legalmente reconocido como tal.³⁴ A mi juicio, tales distinciones carecen de una justificación material y resultan discriminatorias en el tratamiento ofrecido a los técnicos en prevención que, ya se trate de un servicio propio o ajeno y ya presten sus servicios para una persona física o jurídica, siguen teniendo el mismo estatuto legal y las mismas funciones preventivas.

Más razonable resulta la opinión de aquel sector de la doctrina laboralista que, coincidiendo con el sentir mayoritario de la doctrina penal,³⁵ no ve ningún inconveniente para considerar como sujetos activos del delito tipificado en el art. 316 CP, junto al empresario, a otras personas con poder decisorio y funciones ejecutivas en materia de prevención de riesgos laborales, como pueden ser los técnicos en prevención. Aunque ello dependerá fundamentalmente de la delegación de funciones que se haya producido del empresario, como garante máximo de la seguridad e higiene en el trabajo, al técnico en prevención, como especialista que asume una posición preeminente en la organización de la prevención, como permite la legislación vigente, que supera la mera labor de asesoramiento, para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo.³⁶ Como

³² En este sentido, vid. BARBANCHO TOVILLAS/RIVAS VALLEJO/PURCALLA BONILLA. *La responsabilidad penal en los delitos de riesgo...*, cit., pp. 35 y 38.

³³ *Ibidem*, p. 38.

³⁴ *Ibidem*, p. 39.

³⁵ Vid. Por todos, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO. *Derecho Penal del trabajo...*, cit., pp. 54 y ss., y 118; ALMELA VICH, C. *Los delitos contra la vida, la salud...*, cit., pp. 502 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado...*, cit., p. 214.

³⁶ Vid. CORDERO SAAVEDRA, L. *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., p. 440; RIVERO LAMAS, J. *Responsabilidades penales de la empresa...*, cit., p. 699.

advierte CORDERO SAAVEDRA, hay que tener en cuenta que "por imperativo legal se diseñan unos servicios que han de estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de riesgos en ella existentes, y que se traduce en la práctica en un papel constante activo para «diseñar y aplicar» planes preventivos, «evitar» factores de riesgos, «determinar» prioridades para la adopción de medidas preventivas, «prestar asistencia» para la información y formación de los trabajadores, «asegurar» la prestación de los primeros auxilios y la ejecución de planes de emergencia, y «vigilar» la salud de los trabajadores respecto de los riesgos existentes. Es indudable que el sujeto activo que puede incurrir en un ilícito de poner en potencial peligro grave a un trabajador va a ser el propio técnico en prevención".³⁷

b) En consecuencia, la posible responsabilidad penal del técnico en prevención o de otras personas distintas al empresario en materia de seguridad e higiene en el trabajo nos traslada, de forma inmediata, a la cuestión de la delegación de competencias o funciones, que constituye uno de los problemas propios de la criminalidad de empresa, en cuanto estructura organizada compleja de la que se pueden derivar daños y generar peligros para terceras personas o bienes ajenos.³⁸

Como ya se ha señalado, el empresario, al crear una organización destinada a la producción o distribución de bienes o a la prestación de servicios, tiene una posición de garantía en

³⁷ Cfr. CORDERO SAAVEDRA, L. *Las garantías y responsabilidades de los técnicos...*, cit., p. 441.

³⁸ Vid. Al respecto, por todos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites del deber de garantía del empresario*. En *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann. Madrid, 1995, pp. 209 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*. En *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*. Consejo General del Poder General. Madrid, 1997, pp. 11 y ss.; CHOCLAN MONTALVO, J.A. *Deber de cuidado...*, cit., pp. 2005 y ss.; MARTÍNEZ RUIZ, J. *La tutela jurídico-penal de las potestades administrativas de supervisión e inspección de los mercados financieros*. *El artículo 294 del Código Penal*. Madrid, 2000; pp. 551 y ss.

relación a los procesos de riesgo que él mismo desata o respecto a los peligros que procedan de los objetos, procedimientos, animales o personas sin autonomía suficiente que se encuentran o actúan en la empresa. Por tanto, el titular de la empresa tiene el deber objetivo de garantizar que en el ámbito de su organización no se producirán hechos lesivos, dado que los procesos o factores peligrosos están o han de estar bajo la esfera de su dominio. Ha de dominar y asegurar, por tanto, que su propio círculo de organización no resulte peligroso ni lesivo para terceras personas.

Hay que señalar, no obstante, siendo conscientes del complejo entramado de funciones y obligaciones propio de la empresa, como cualquier otra estructura organizada, que lo habitual será que se produzca una delegación de tareas, que suele llevar aparejado también la consiguiente delegación de las funciones de garantía.³⁹ En el ámbito empresarial es frecuente, por tanto, que se produzca la delegación de la posición de garante originaria, pues, como señala la STS de 27 de marzo de 1994, "no es humanamente exigible que quienes deben ejercer una posición de garante, puedan o deban realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante".

Ahora bien, debe quedar claro que el acto de delegación no extingue la posición de garante inicial, sino que genera una nueva posición de garante (la del delegado) al tiempo que transforma el contenido del deber de garantía de partida (del delegante-empresario). Ello afecta inexorablemente al ámbito de responsabilidad de ambos sujetos, posibilitando la exigencia de responsabilidad cumulativa por la infracción de sus respectivos deberes de garantía.⁴⁰ Pero esta nueva situación solo es posible si el acto de delegación reúne ciertos requisitos necesarios para su operatividad.

³⁹ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites...*; SILVA SÁNCHEZ, J. *Criterios de asignación de responsabilidad...*

⁴⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites...*, cit., pp. 218 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Criterios de asignación de responsabilidad...*, cit., pp. 15 y ss.

Así, en primer lugar, ha de realizarse una adecuada selección del delegado, debiendo elegirse a una persona con la capacidad y cualificación suficiente para realizar la función encomendada. Es necesario, además, que se produzca la dotación del necesario dominio para ejecutar el cometido de la delegación. Dicho dominio se traduce fundamentalmente en la dotación suficiente de medios económicos, materiales y humanos, así como la formación e información del delegado. En último término, es necesario intervenir cuando se produzca un inadecuado cumplimiento del encargo recibido. Para ello es preciso controlar y supervisar el cumplimiento del mismo por parte del que asume la nueva posición. Dicha intervención del delegante puede consistir en la formación o información, la sanción o la sustitución del delegado.⁴¹

Pues bien, cuando el subordinado acepte una delegación de estas características habrá asumido una nueva posición de garantía, con un ámbito de organización y de responsabilidad mayor, al haber ampliado su esfera de competencia en virtud de la asunción de funciones de control directo de los riesgos que la actividad empresarial pueda generar. El incumplimiento de esta función de control directo de riesgos lo convierte en autor del hecho. Así, por ejemplo, si asume el deber de garantía respecto a la dotación de las medidas de seguridad necesarias para prevenir los riesgos en el trabajo y pese a ello, incumple tal deber, no las dota o entrega a los trabajadores, será el autor típico de los arts. 316 y 317 CP, no descartando, además, su autoría en comisión por omisión respecto a los resultados lesivos que tal infracción de la posición de garante pudiera ocasionar.

Por otra parte, hay que señalar que esta delegación no exonera al empresario o delegante, ya que no cancela su posición de garantía inicial, sino que la transforma quedándole una competencia residual o, si se prefiere, un resto de su posición de garantía originaria, por cuyo incumplimiento puede responder si se produce un hecho penalmente relevante. Las competencias que puede retener el delegante son, como apunta SILVA SÁNCHEZ, "la competencia de selección del delegado; la de vigilancia y supervisión de su

⁴¹ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites...*, cit., p. 221.

actuación; la de información y formación; la de dotación de medios económicos y materiales; la de organización y coordinación de la actuación armónica de los delegados; etcétera.⁴²

Sin embargo, a diferencia del delegado, la infracción de dichos deberes de garantía, básicamente el de vigilancia y supervisión de la actuación del delegado para instarle a evitar el hecho que estaba bajo su control directo, no fundamentarían una responsabilidad a título de autoría, sino únicamente a título de participación en comisión por omisión.⁴³ Y ello debe ser así, porque el delegante ya no ostenta la competencia directa de evitación del hecho, que precisamente ha sido transferida al delegado, sino que sólo retiene la función de instar a su evitación. Por tanto, el empresario o delegante que no supervise correctamente al delegado y no le inste a entregar los medios necesarios para prevenir y conjurar los peligros a los que puedan estar expuestos los trabajadores a su cargo, responderá como participe en comisión por omisión del delito de peligro para la seguridad e higiene en el trabajo e, incluso, también responderá como participe en comisión por omisión del delito de lesión que haya realizado el delegado si tal peligro se concretase en algún resultado.

En resumen, de todo lo expuesto se puede concluir afirmando que los sujetos activos de los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo de los arts. 316 y 317 CP pueden ser, además del empresario que ostenta la titularidad originaria del deber de garantía de dichos bienes, los técnicos en prevención o cualquier otra persona encargada de la función de prevención a través del mecanismo de la delegación de competencias en el ámbito empresarial. Delegación que establece una nueva posición de garantía de seguridad sobre el delegado, con su correspondiente responsabilidad en caso de incumplimiento, al tiempo que mantiene en el delegante un resto de la posición de garantía originaria, que permitirá fundamentar una responsabilidad cumulativa aunque de menor

⁴² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Criterios de asignación de responsabilidad...*, cit., p. 17.

⁴³ Vid. LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A. *Fundamentos y límites...*, cit.; SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Criterios de asignación de responsabilidad...*, cit., p. 17.

grado en el delegante por la infracción de dichos deberes.

V. Acumulación de sanciones penales y administrativas (el *bis in idem*).

a) En materia de seguridad e higiene en el trabajo, los arts. 42 LPRL, 3 de la LISOS y 5 del RD 928/1998, de 14 de mayo, consagran la incompatibilidad de las sanciones penales y administrativas en los casos en los que se aprecie identidad de objeto, sujeto y fundamento, debiendo la administración paralizar el procedimiento administrativo sancionador y pasar el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal cuando los hechos revistan caracteres de delito. Sin embargo, en algunos casos es posible que un error de la administración –por hacer una lectura benévola del problema– lleve a ésta a concluir el procedimiento administrativo sancionador y a imponer una sanción, y que sólo después se pongan los hechos (¡ya sancionados administrativamente!) en conocimiento de la autoridad judicial competente o el Ministerio Fiscal. La cuestión sería ahora la siguiente: ¿qué sucedería si los Tribunales de Justicia volvieran a sancionar los mismos hechos (respecto del mismo autor) conforme al Código Penal? Conviene en este punto hacer referencia, aunque sea sucintamente, a la doctrina sentada por la STC. 177/1999, de 11 de octubre (relativa al alcance del "non bis in idem" tal y como se viene entendiendo en la Jurisprudencia Constitucional española) en el supuesto que se acaba de indicar⁴⁴.

En la mencionada Sentencia, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado por el autor doblemente sancionado (en vía administrativa primero y en vía penal después) y anuló la condena del Tribunal Penal (que, lógicamente, es lo que solicitaba el recurrente). Una minoría discrepante del Tribunal Constitucional era de la opinión de no

⁴⁴ Vid. Con amplitud: CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER. *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC. 177/1999)*. Actualidad Penal. Núm. 8., 2000, pp. 159 y ss.; PORTERO DE LA TORRE/ZUGALDÍA ESPINAR. *Un Nuevo enfoque del principio ne bis in idem en la Jurisprudencia Constitucional*. En Prensa. Libro-Homenaje al Prof. Luis Portero García.

otorgar el amparo dando prioridad al aspecto procedimental del principio "non bis in idem". Esta solución, en opinión de la minoría, respondería al modelo de la prioridad de la Jurisdicción sobre la administración y dejaría a salvo la estructura básica del Estado de Derecho, evitando además que la sanción administrativa tuviera el efecto perverso de "blindar" al sujeto frente al Derecho Penal. La solución parecía irreprochable, pero es inadmisibles porque: el recurrente "seguiría sufriendo el doble resultado afflictivo de la doble sanción". Sólo podría evitarlo, de futuro, y a sus expensas, logrando la anulación de la sanción administrativa alegando la sentencia penal a través de una vía procesal que absolutamente nadie le supo indicar, ni si existía, ni cuál podría ser. Por ello, la mayoría del Tribunal Constitucional se inclinó por otorgar el amparo solicitado dando prioridad al aspecto sustantivo del principio non bis in idem "ya que la estimación del principio non bis in idem no puede depender del orden de preferencia que normalmente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, por lo que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica". Como puede observarse, no se trata tanto de dar prioridad a la administración sobre la jurisdicción (en abstracto), como de entender que la prioridad de la jurisdicción sobre la administración tiene un límite infranqueable (!) en las garantías fundamentales del ciudadano que conlleva el principio de legalidad (non bis in idem), garantías que no pueden usarse contra el ciudadano.

b) Se rompe el esquema "identidad de sujeto-hecho-fundamento" que es preciso para que se dé el presupuesto de hecho del principio non bis in idem cuando la sanción administrativa recae sobre una persona jurídica y la sanción penal sobre una persona física. En consecuencia, será posible sancionar en vía administrativa a la persona jurídica y en vía penal a los representantes legales de la misma o a quienes vieran depurada su responsabilidad individual en la comisión del delito. A modo de ejemplo puede citarse la STS. de 24 de febrero de 1992 en la que se establece que es

compatible la sanción administrativa impuesta a una empresa persona jurídica (o física, su fuera el caso) por la infracción de la normativa de prevención de riesgos, y la condena penal paralela impuesta al ingeniero u el encargado de la empresa en la obra dónde se concretó la infracción⁴⁵.

⁴⁵ Sobre el problema específico de la identidad de sujetos, vid. La STC. 177/1999 y la bibliografía citada en nota 44.