

LA RESPUESTA PENAL A LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES¹

LUCIANO VARELA CASTRO
Maxistrado

En 1985, después de celebrar unas jornadas en relación a la "protección penal de los Derechos de los trabajadores"² levantábamos acta de una cierta sensación de fiasco al comprobar que los "avances" en los textos punitivos adolecían de lo que Jean Cruet denominó "la impotencia de las leyes". Aludimos a que a la falta de efectividad de la norma de prohibición -las conductas prohibidas seguían reiterándose- se unía la falta de efectividad de la sanción -las conductas reiteradas seguían impunes- . pero hoy como entonces, seguimos pensando con Carbonnier que, al menos la regla de Derecho conserva un valor sociológico en la medida que genera *un clima de inseguridad jurídica, de responsabilidad, de mala conciencia, que se opone a violaciones más amplias.*

En todo caso, veinte años más tarde, la elaboración doctrinal y la experiencia jurisprudencial han reportado instrumentos dogmáticos, advertencias prácticas y cambios de actitudes que permiten augurar esperanzados vaticinios de cambios normativos con mayor incidencia en la garantía de la indemnidad de los trabajadores. Objetivo que no debe postularse con inaceptables sacrificios de los principios que, en todos los casos de intervención penal, han de acomodarlo a las exigencias del estado de Derecho.

Adelantar el momento de la intervención penal en relación a la distancia entre la conducta a sancionar y la pérdida de aquella indemnidad, determinar el abanico de los que

¹ Ponencia presentada en la II Jornada de "Prevención de riesgos" organizadas en Madrid por el Consejo General del Poder Judicial y La Caixa. En mayo de 2006.

² "Protección penal de los derechos de los trabajadores" organizadas en Santiago de Compostela por Jueces para la Democracia.

deben responder de su garantía y aislar esta responsabilidad de la actividad de quien es su víctima son objetivos que no pueden hacer olvidar exigencias como la taxatividad de las descripciones de conductas penalmente sancionables, la personalidad de la responsabilidad o la garantía de la presunción de inocencia en el proceso de imposición de penas.

Siempre con la humildad, que debe caracterizar al sistema represivo, para comprender que no existe mejor prevención que aquella que hace innecesaria su actuación.

I.- BIEN JURÍDICO A PROTEGER

1.- RELEVANCIA

Presupuesto ineludible de cualquier reflexión de política criminal, pasa, en lo que concierne a la intervención penal, por la previa definición de cual sea el bien jurídico que se quiere proteger con aquella intervención.

En ese ámbito se concita la elección de la técnica de tipificación, la exigencia de legitimación democrática de la intervención penal, o la proporcionalidad de la consecuencia jurídica para los comportamientos.

Otras cuestiones vienen predeterminadas por la identificación del bien jurídico, en particular por la consideración del mismo como de **titularidad** colectiva o de titularidad individual: la **disponibilidad** del bien protegido, la consecuencia de que del hecho tipificado se derive daño para **diversos sujetos** individuales, la resolución de problemas **concursoales**, etc...

1.1.- Las condiciones de seguridad e higiene en la actividad productiva

La reflexión primera debe encaminarse a establecer si lo que se protege es el derecho a la vida, salud e integridad de **cada** trabajador o la **seguridad** que debe garantizarse a **todos** los trabajadores en cuanto sector de la población participante en la actividad productiva, con abstracción del alcance que pueda tener el comportamiento tipificado en relación a individuos concretos.

Arroyo mantiene que el bien jurídico protegido lo es la AUSENCIA DE RIESGOS para la vida y la salud de los trabajadores en las condiciones de realización de su prestación de trabajo.

Para otros (Terradillos) esta idea de la seguridad (el deber de garantizarla) es funcional solamente en cuanto a la determinación del sujeto activo del delito. (el garante), pero el sujeto pasivo lo es porque es titular de la vida, integridad y salud. De otra suerte, se advierte, la tipificación pudiera circunscribirse a la determinación del deber y lo penalizado se limitaría a ser la sanción de la desobediencia.

Pero incluso para quienes postulan que es esa vida y salud el bien que se protege, cabe admitir que su protección tiene como titular de los mismos no cada individuo sino que cabe hablar de una titularidad colectiva. (Terradillos).

Si lo protegido fueran las condiciones de seguridad, en que se pretende que se desenvuelva una actividad, como bien de titularidad colectiva, no se requerirá la constatación de riesgo para la vida o la integridad de un **concreto** trabajador.

La contemplación del carácter colectivo del titular del bien en cuanto lleva a técnicas de determinación del tipo como **delitos de peligro**, y, además, a la utilización de normas en blanco, debe ser objeto de no pocas **precauciones**.

Algún autor ha contribuido certeramente a la reflexión sobre las especificidades de la determinación de lo penalmente relevante cuando se pretende llevar la protección penal a momentos anteriores de la lesión de los bienes atribuidos a colectivos³.

La naturaleza del bien jurídico puede exigir técnicas de tipificación diferentes. Será la naturaleza del bien que se ha decidido proteger la que reclame que se erija en penalmente sancionadas actuaciones o inactividades cuyas consecuencias no implican todavía lesión de otros bienes cuya protección constituye el motivo último de la opción político criminal. Pero la **distancia entre el bien protegido** (sea la indemnidad o la ausencia de riesgo) y la **actividad o inactividad a sancionar** se convierte en medida de la adecuación de la opción legal con los **principios del derecho Penal**.

1.2.- La protección de la seguridad exige tipos de peligro hipotético

Los tipos penales que protegen bienes colectivos suelen adoptar la modalidad de los denominados **delitos de peligro**.

Se ha dicho que, si el bien jurídico son las condiciones de seguridad de una actividad, solamente cabe concebir su puesta en peligro y, por ello, **no puede hablarse de lesión** de tal bien. (conducir bajo influencia de bebidas alcohólicas no lesiona la seguridad del tráfico sino que la pone en peligro) En estos casos no hay exigencia de lesión. Incluso cabe entender que **ni siquiera** debe exigirse **peligro concreto** de bienes individuales.

Es el caso de la tipificación de la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas. E incluso hoy la conducción a determinadas velocidades que se asimilan por el legislador al peligro concreto, aunque conceptualmente sea incorrecto (Delitos de peligro abstracto, aunque material y no meramente formal, porque no basta el mero incumplimiento de la norma prescriptiva).

³ Así Fermín Morales nos dice que en referencia a *nuevos intereses colectivos, a nuevos intereses de la mayoría de la población*, se constatan las siguientes características:

- 1.º) No son operativos o proyectables sobre los mismos las **técnicas de tutela** tradicionales.
- 2.º) Su efectiva y racional protección penal precisa de un **complejo entramado institucional** de organización y control.
- 3.º) *Los focos o fuentes de peligro* para los mismos emergen por lo común de sectores de **actividad socialmente necesaria** y, en cualquier caso, no es posible establecer un juicio hipotético tendente a su supresión.
- 4.º) La vulneración de esos intereses es presentada como una **disfuncionalidad del sistema**. En modo alguno su tutela pasa por un programa institucional orientado a la desaparición o erradicación de la actividad sectorial que genera las fuentes de peligro.

Cuando se contempla un bien individual, (la indemnidad de la vida, salud o integridad de una persona concreta) se abre la posibilidad para el delito de peligro concreto. Como en el caso de conducción de temeridad manifiesta, se exige un riesgo **concreto** de bienes individuales. (Delitos de peligro concreto) esta es la opción del delito del art. 316. Por eso resulta inaceptable la pretensión del legislador de, adulterando los conceptos, atribuir ex lege naturaleza concreta al peligro tipificado, si este se satisface por el hecho de alcanzar velocidades desmesuradas.

Discutida es la admisibilidad de una tercera categoría: la del peligro **abstracto-concreto** o de peligro **hipotético**. En ellos no se requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien de titularidad individual. Basta la **producción de un estado de riesgo** ex ante, en que el bien lesionado es colectivo, aunque su protección se justifique para mejor garantía de la indemnidad de bienes de cada uno de los integrantes de dicho colectivo.

1.3.- Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado

La exigencia de esa alteración de la seguridad **equipara** estos delitos a los de **resultado**, en la medida que aquel **estado de riesgo** ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta.

Ello no impide que la existencia del delito se constate por la concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la **valoración de ese resultado que resulta implícito en la tipificación** del comportamiento por el legislador.

1.4.- La norma de conducta que protege el bien seguridad es de naturaleza prohibitiva: *se prohíbe causar estados de riesgo en las condiciones de desempeño de la actividad productiva*

La determinación del tipo penal, en cuanto perteneciente a las "decisión rules", constituye una unidad con la regla de comportamiento configurativa o "conduct rules". Ambas, como dice HRUSCHKA, en cuanto "reglas de conducta" son como las caras de una misma moneda⁴. La opción por el carácter de prescriptiva o prohibitiva (o permisiva) de la regla configurativa, implica la ulterior opción por la elección de un tipo omisivo o de comisión (o por una regla de justificación), respectivamente.

La posición en cuanto al bien jurídico a proteger incide en el tipo de regla de conducta seleccionada. Si ese bien es la seguridad su protección se obtiene **prohibiendo el estado de riesgo** como situación que la niega.

En consecuencia el tipo penal deberá configurarse como **delito de acción**. O, en su caso, por omisiones de significación **equivalente**: es decir **delitos de comisión por omisión**.

⁴ "Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación" edit Thonsom - Aranzadi y Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra. 2005. pags. 28 y ss.

Las normas extrapenales que regulan la actividad pueden ser imperativas, prohibitivas o permisivas. Pero la determinante de la tipificación es sin duda negativa: no causar el estado de riesgo. Y debe diferenciarse la prohibición de infracción penalizada del conjunto normativo extrapenal.

1.5.-La mínima intervención característica de la respuesta penal obliga a reducir el ámbito de conductas penalmente relevantes por infracción de dicha prohibición

La legitimación de la intervención penal deriva del adecuado respeto a principios como el de **intervención mínima**. Pero esta valoración viene, a su vez, determinada precisamente por la relevancia que tenga, en cuanto al valor que se le atribuye, el bien jurídico cuya protección se procura.

No hace falta un gran esfuerzo para levantar acta del general estado de frustración social ante la reiteración y gravedad de los casos de siniestralidad laboral. Ni de la repulsa que merece la perspectiva de que sea la parte débil la que sale mal librada en el desarrollo de la actividad productiva.

El consiguiente adelanto de la intervención penal, protegiendo bienes salvaguarda de los bienes individuales, no puede, sin embargo, hacer olvidar el debido respeto a garantías esenciales del sistema penal. En cuanto a la ofensividad, por su potencialidad peligrosa, de la conducta definida y en cuanto a las exigencias constitucionales impuestas cuando la determinación típica obliga a remitir a normas extrapenales-

A) Por un lado, pues, deberá cuidarse de la presencia de criterios de **desvalor** material, detectables en la efectiva generación de situaciones de riesgo o quiebra de las condiciones de seguridad en que la actividad de los trabajadores se desempeña.

Por otro lado la abstracción no puede ser absolutamente formal, sino que debe ubicarse entre las modalidades del denominado **peligro hipotético**.

La dificultad estriba en la consecución del adecuado **equilibrio** entre la configuración del tipo penal y la regulación extrapenal del sector de actividad. De otra suerte cabe caer en una intervención alejada de la configuración de la intervención penal como **ultima ratio** que es una exigencia del Estado de Derecho Social y Democrático.

B) La opción por la técnica de **la ley penal en blanco** ha de ser cuidadosa en el respeto a la doctrina de nuestro TC. (Sentencias TC nº 127/1990 y 62/1994).

El problema se ha planteado también por el TS en la sentencia de la sala 2ª de 28 de marzo de 2003 en relación con la denuncia de falta de taxatividad en el tipo del art. 325 del CP⁵. Se salva este por contener el núcleo de la prohibición, justificar la remisión la impor-

⁵ La posible inconstitucionalidad el art 325 del CP, como precepto penal en blanco consistiría, según el recurrente, en que no contiene una descripción taxativa del tipo, como delito de peligro concreto, que garantice la seguridad jurídica, que podría vulnerar el principio de legalidad reconocido en el art. 25.1 de la Constitución.

tancia del bien jurídico protegido y se da la **suficiente concreción** para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada **con el complemento** indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite.

1.6.- Otras exigencias

Junto a los modelos legales y de técnicas de tipificación, otros factores son esenciales en este ámbito, como la **especialización** de jueces y fiscales, la dotación de peritos **expertos** en los distintos sectores (medio ambiente, ingeniería financiera y societaria, informática, etc*.).

El bien jurídico no solamente trasciende a la técnica de tipificación. También acaba reflejándose en el ámbito **procesal** penal. La **legitimación** para intervenir en el proceso es tributaria de la titularidad del bien jurídico. La **carga de la prueba** no debe tenerse por satisfecha con la simple acreditación de infracciones extrapenales.. Aunque no se exija la prueba de implicación de bienes individuales, ni, debe advertirse, de la potencialidad de generar riesgo que haya derivado de la conducta acreditada, ésta conducta debe constar en toda la medida reclamada por el tipo penal, porque solamente entonces podrá tenerse por admisible la proclamación de la peligrosidad hipotética considerada por el legislador al conformar el tipo penal.

Y, por otro lado, nada sería menos aceptable que una transposición de principios de otro orden jurisdiccional -pro operario- al de carácter penal en el que pueden colisionar con los en éste irrenunciables: presunción de inocencia.

El CP de 1995 se ha dicho que es más ecológico que el anterior en el desarrollo del art. 46.5 de la Constitución. Los dos han sido criticados en la descripción de la conducta típica, tanto en el art. 347 bis del CP 1973 -introducido por LO 8/1983, de 25 de junio- como en el art. 325 del Código vigente de 1995. Por lo que a e éste se refiere un sector doctrinal estima que es insatisfactoria la forma de estructurarlo como delito de peligro concreto, que es lo que se ha consolidado en la jurisprudencia de esta Sala -SS 11-3-1992, 16-12-1998, que fue la primera tras la vigencia del nuevo Código, 14-2-2001, 30-1-2002 y 26-6-2002- sugiriéndose, como más acertado considerarlo como de peligro hipotético.

La utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco es conciliable con los postulados constitucionales y, concretamente, con el principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 de la Constitución. Así lo declaró la STC 127/90, de 5 de julio, al desestimar un recurso de amparo en el que se cuestionaba el antiguo art. 347 bis del CP 1973.

El art. 325 del CP vigente cumple los requisitos de los tipos penales en blanco que son:

1º) que el reenvío sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; 2º) que la Ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y 3º) que sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, "que se de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada". (Sentencia de esta Sala de 8-2-00 que resume la doctrina al respecto, de las SSTC 122/87, 127/90, 118/92, 111/93, 62/94 y 120/98).

La reserva de Ley que se exige para las disposiciones penales, no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues sería degradar la garantía esencial que el principio entraña (SSTC 42/1987 y 219/1991).

2.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS TIPOS PENALES DE LOS ARTS 316 Y 317

Esta no parece establecer definiciones homogéneas de cierta permanencia.

El TS ha entendido en alguna ocasión que la concreta solución del CP de 1995, en su título XV del Libro II, se justifica como mecanismo que busca proteger de **manera individual los derechos fundamentales reconocidos a los trabajadores** en la C.E. (artículo 35 y 40), sin que constituya el bien jurídico protegido el **orden socioeconómico**.

A continuación advierte que ello se realiza protegiendo distintos bienes **específicos**, entre ellos, la **seguridad e higiene en el trabajo** (arts. 316 y 317 NCP, en relación con el artículo 40.2 C.E.), (**TS - 2ª. 26 de julio de 2000**).

En lo que no cabe encontrar fisuras es en la afirmación de que el art. 316 es un delito de PELIGRO CONCRETO que debe ser grave para la vida, salud e integridad física de los trabajadores, que alcanza su consumación por la existencia del peligro en si mismo, **sin necesidad de resultados lesivos**, que de producirse conllevarían el régimen del concurso ideal (artículo 77 C.P.).

Responde a la idea de adelantar la línea de intervención punitiva y tiene la estructura característica de un delito de omisión y de **peligro concreto grave (ST 2ª 4- 6- 2002) Y lo considera un delito de OMISIÓN que exige que se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores, sin que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo...(TS 2ª 12-. 11- 1998)**.

Otra concepción en la línea de bastar para la integración del tipo penal *cualquier* infracción de normas de seguridad, dice el TS, extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica. En definitiva podemos **concluir** que la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación **con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro**. Se está en consecuencia ante una **infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal** por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores (TS 2ª 29- 7 - 2002).

Es decir que el tipo penal no exige que la vida o la integridad física de uno o varios trabajadores haya sido afectada. Pero sí una proximidad entre esos bienes y el comportamiento. Por ello debe haber un concreto trabajador o varios concretos trabajadores cuya vida o integridad física haya corrido un riesgo.

Tal conclusión hace que el bien jurídico protegido sea la vida y la salud de trabajadores, o, si se quiere, la indemnidad en términos de ausencia de riesgo, pero de trabajadores determinados y concretos en un tiempo y lugar determinado.

Se trata ahora de reflexionar sobre si el punto de partida que implica esa concepción está relacionada con el indiscutido fracaso, en cuanto a efectiva aplicación, de esas

normas. Y si cabe encontrar alguna alternativa más eficiente sin perder por ello vigencia los principios constitucionales.

II.- EL TIPO OBJETIVO

1.- LA ACCION

1.1.- Tipificada, por su relación con la seguridad, en cuanto peligrosa ex ante

A) La **consideración jurisprudencial** del delito del actual art. 316 como de peligro concreto implica el rechazo de la punición de la mera (in)actividad y, por otro lado, la calificación del delito como de resultado. El comportamiento debe haber dado lugar a una situación de riesgo pero de la indemnidad de sujetos concretos.

La sanción exige pues una constatación que verifique la efectividad de aquella situación. Y que al desvalor (ex ante) de la conducta se una el desvalor comprobado (ex post) de su resultado. Como, además, el riesgo ha de ser concreto, la verificación debe incluir la identificación de la persona o sujeto pasivo cuya vida o integridad ha sido puesta en riesgo de daño. No se agota pues la imputación de primer nivel en la atribución al sujeto de un comportamiento, sino en la constatación de las circunstancias que tradujeron aquel en un riesgo para la vida o salud de personas concretas.

Por eso se exige la adecuada **relación de causalidad** entre la inactividad y esa concreta situación de peligro, es decir "que, con la infracción de aquellas normas de cuidado y la omisión del cumplimiento del deber de facilitar los medios necesarios para el desempeño del trabajo en las debidas condiciones de seguridad e higiene, **se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores**, sin que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo. (TS 2ª 6-11-2001).

*Tal opción es quizás **una de las razones de falta de aplicación de este tipo penal en la praxis jurisprudencial, si por tal entendemos la confrontación de las cifras de siniestralidad con las estadísticas judiciales.***

En primer lugar, porque esa proximidad entre el bien jurídico que se erige en fundamento del tipo penal y la existencia de otros tipos penales que atiende a la lesión de esos mismos bienes, hace que, ora por la mayor facilidad procesal de la aplicación retrospectiva de los tipos de lesión sobre los de peligro, ora por la absorción que aquellos realizan del desvalor de estos, la sanción del tipo de lesión expulsa a la del tipo de peligro.*

El **efecto pernicioso** es la falta de una cultura de aplicación de las modalidades sancionadoras de peligro por la inercia de la reclamación de agotamiento de afectación en los bienes individuales de cada trabajador.

B) La situación puede variar si consideramos que el bien a proteger es **el derecho de los trabajadores a que las condiciones establecidas para el desarrollo de las actividades productivas sean potencialmente inocuas para la vida y la salud de los que participan en ellas.**

Aunque eso implique que se deba exigir un esfuerzo en conciliar las **exigencias** de intervención mínima, legalidad y proporcionalidad, con la **tipificación** de comportamientos más alejados de esa inminencia en la lesión de la vida o salud de cada trabajador individualmente considerado.

En otros sectores de actividades de riesgo **hace tiempo que el Derecho Penal asumió modalidades típicas abstractas**, incluso de mera actividad.

Como en la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas. Y aun empieza a reclamarse la tipificación de otras, como la conducción a velocidades muy excesivas que no determinen riesgos concretos como en el art. 381. Incluso -tras la reforma por ley 15/2003- disfrazando de peligro concreto en el discurso lo que es un puro delito de peligro abstracto.

No se trata, obviamente, de sancionar penalmente la peligrosidad meramente formal. Ni siquiera penalizando la mera falta de cumplimiento de normas extrapenales. El bien jurídico seguiría en la peligrosidad material tipificada.

Algunas propuestas de la dogmática penal han creado figuras como la de delito de peligro hipotético.

Prescindiendo de los tipos de mera actividad (o inactividad) cabe incluir entre los elementos de aquel un efecto separado del comportamiento. Ese sería la creación de una SITUACIÓN PELIGROSA. Pero con peligrosidad evaluable (¿verificable?) **ex ante**. Y en la que el bien afectado no lo es, aún, la vida o integridad y la salud de trabajadores determinados.

Exigencias del Derecho Penal Democrático deben traducirse en una formulación del tipo que selecciones el comportamiento solamente cuando adquiere cotas de RELEVANCIA suficiente. Esa es la referencia legitimadora específica frente al derecho Administrativo sancionador.

Satisfechas estas exigencias, retrospectivamente, la sanción penal no exige la constatación *ex post* de efectivos riesgos para la vida o salud de personas concretas. Ni siquiera la constatación del resultado de un efectivo estado de riesgo para las condiciones de seguridad como bien colectivo, pre-salvaguarda de aquel individual⁶. Ese estado de riesgo no exige constatación dentro del proceso penal, porque el legislador lo vincula a la conducta que tipifica. Como hipótesis, más que como presunción, ya que la prueba de su inexistencia obsta la imputación de primer nivel.

⁶ También puede aquí recordarse que la modalidad de peligro hipotético se aproxima a la del delito de peligro concreto en cuanto cabe considerar que en él se da un **resultado**, siquiera este no implique que el peligro se concrete en relación al bien vida, salud o integridad de concretos sujetos individualizados, sino en la alteración del estado de cosas que permite considerarlo como estado de riesgo. Así el tipo del art. 368 se considera un delito de resultado en ese caso constituido por el estado de disponibilidad libre y pacífica de la sustancia. (Luzón) Por lo que alguna jurisprudencia al respecto quizás pueda ser cuestionable.

En efecto, la constatación de inexistencia de riesgo, en una perspectiva *ex ante*, impediría la consideración del hecho (o inactividad) como típica.

Pero, además, la determinación del tipo ha de hacer que *ex ante* la peligrosidad sea **cognoscible** y **controlable** por el sujeto. De otra manera no sería aceptable efectuar la imputación de primer nivel. El comportamiento tipificado no sería considerable como acto de ese sujeto.

Lo arduo de la labor del legislador estriba en que la definición de la peligrosidad de la situación típica, sea susceptible de tales procesos de verificación y refutación.

El fracaso supone una derogación de irrenunciables principios del sistema penal democrático, que ni siquiera la relevancia del bien jurídico a proteger puede justificar.

Con razón se ha advertido de la dificultad que surge para las fórmulas que pretenden acudir al empleo de elementos descriptivos de fácil interpretación y de la necesidad de eludir elementos normativos tan indeterminados que resulte de difícil identificación. Por ello el recurso a la norma penal en blanco, que satisfaga los condicionantes impuestos por el TC, puede ser ineludible.

La Jurisprudencia, en efecto, ya ha atribuido esa calificación de delitos de peligro hipotético a diversas figuras del CP antes comúnmente calificadas de peligro concreto.

Así la sentencia TS 2ª de 1-4-2003 en la que definió el comportamiento típico como el **idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido**. Advirtiendo que en estos supuestos **la situación de peligro no es elemento del tipo**, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro⁷.

⁷ SEPTIMO.- No ha de olvidarse que la doctrina jurisprudencial más reciente (STS 1828/2002, de 25 de octubre, STS 52/2003, sobre contaminación acústica), al destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el art 325 del Código Penal de 1995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un **comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido**. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

Esta modalidad delictiva ya se ha utilizado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 22-06-2001, núm. 1210/2001, STS 20-01-2001, núm. 18/2001, STS 15-12-2000, núm. 1973/2000, STS 4-10-1999, núm. 1397/1999), en relación con delitos de riesgo para la salud de consumidores, en los supuestos de administración a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas (art 364 2º Código Penal de 1995).

En lo que se refiere al delito ecológico, la reiterada calificación jurisprudencial como delito de peligro concreto tenía la finalidad de poner de relieve la necesaria distinción entre el tipo delictivo y las infracciones administrativas correlativas, destacando para ello que el delito ecológico no podía configurarse como delito de peligro abstracto "stricto sensu". Ha de tenerse en cuenta que cuando esta configuración jurisprudencial se inició y conformó, la categoría intermedia de los delitos de peligro hipotético no se encontraba todavía plenamente consolidada en la doctrina penal española.

Más recientemente en la sentencia TS 2ª 2 - 2 - 2006- en relación al art. 351 del CP respecto del que debe notarse la similitud de redacción con el 316, dijo que en estas modalidades delictivas, también denominadas de "peligro abstracto-concreto" o "delitos de aptitud", no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro.

La misma consideración en relación con el incendio efectuó en la sentencia TS 2ª 30 12 - 2005 en la que advirtió que el delito de peligro hipotético (art. 351) *no exige la voluntad de causar daños personales sino que la intención del agente en este delito ha de abarcar solo el hecho mismo de provocar el incendio, y el peligro resultante para las personas que debe ser conocido por el autor (STS 14-5-2003), entendiéndose consumado el delito cuando el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, aunque en el caso hubo peligro concreto para personas determinadas)*

La misma doctrina fue establecida en relación al delito medioambiental en la sentencia TS 2 -11-2004⁸: Y en la sentencia TS 2ª 24 - 6 - 2004⁹ en la que advirtió que el jui-

Pero, como ha señalado acertadamente esta doctrina, aunque nuestra jurisprudencia haya calificado formalmente hasta fecha reciente esta modalidad delictiva como de peligro concreto, en realidad los criterios utilizados para determinar la concurrencia del peligro en el delito ecológico eran desde hace tiempo más propios de los delitos de peligro hipotético o potencial que de los delitos de peligro concreto, en sentido estricto.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.

⁸ De acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 25 de octubre de 2002, 24 de febrero de 2004, 1 de abril de 2003) el tipo penal del denominado delito ecológico participa de la naturaleza de los delitos de peligro abstracto-concreto, de peligro hipotético o potencial en lo que lo característico es la aptitud de la conducta realizada para producir el **peligro grave al equilibrio de los sistemas naturales**. En otras palabras **no es preciso** la concurrencia de un peligro concreto sobre la salud de las personas o los sistemas naturales, **sino la idoneidad** de la conducta para su producción, por lo que **no es preciso comprobar** la efectiva producción del riesgo, la **concreción** del mismo, sino la idoneidad de su producción desde la conducta declarada probada.

La exigencia de la gravedad ha de ser concretada, en cada caso, en función de los propios parámetros típicos del artículo 347 bis, hoy 325, esto es la afectación a la salud de las personas como las condiciones naturales del ecosistema, a la intensidad de la conducta generadora del peligro, a la calificación del deterioro como irreversible o como catastrófico y a cuantas circunstancias concurren en la conducta objeto del procedimiento. En autos consta, y la sentencia lo recoge en la fundamentación, el carácter de irreversible de los daños, incluso ha sido calificado de catastrófico, producidos, por lo que la calificación jurídica de los hechos es correcta y ningún error procede declarar sin perjuicio de la supresión de la subsunción de la continuidad delictiva.

⁹ El delito contra el medio ambiente es un delito de peligro que no precisa de una lesión efectiva en el bien jurídico protegido. Después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial (STS nº 388/2003, de 1 de abril). De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.

Por lo tanto, en primer lugar, la **conducta debe ser una de las previstas** de forma muy amplia en el artículo 325, y debe estar **descrita con suficiente precisión** para permitir la valoración a la que se ha hecho referencia.

En segundo lugar, una vez precisada la conducta, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear, o, en su caso, el daño causado como concreción de tal riesgo. Es decir, en definitiva, es necesario **individualizar el posible perjuicio** para

cio de valor sobre la peligrosidad del comportamiento es revisable en casación: "...Pero teniendo en cuenta que de **lo que se trata no es principalmente de aclarar la medida en que la conducta del acusado contribuyó a la contaminación producida, sino si era objetivamente idónea para causar el peligro de una contaminación que pueda valorarse como grave, la Audiencia da respuesta a la cuestión fundamental al afirmar, sobre la base de los hechos que declara probados, que no está acreditada una conducta del acusado que generara una situación de peligro para el medio ambiente. Por lo tanto, desde la perspectiva antes dicha, estas afirmaciones de la Audiencia deben ser entendidas en el sentido de no haber apreciado que la conducta del acusado que se declara probada sea idónea para originar el grave riesgo para el bien jurídico que exige el tipo, lo que determina la absolución... Tales afirmaciones respecto de la idoneidad de la conducta o de la gravedad del riesgo pueden ser ahora revisadas. La acción del acusado, según el hecho probado, consistió en primer lugar en eliminar al menos parte de los residuos del taller a través del alcantarillado de éste, en principio hasta la rotura de la tubería en 1994; y en segundo lugar, en verter sus aguas residuales de forma que discurrían por la cuneta, lo cual tiene lugar antes y después de 1994, hasta mediados de septiembre de 1998 en que el Ayuntamiento pone en servicio el alcantarillado..."¹⁰.**

el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Como hemos dicho, **lo decisivo** en este aspecto es que se trate de **una conducta** que crea un riesgo, que puede concurrir o no con otras conductas diferentes. La **existencia de un daño efectivo no es necesaria** para la consumación del delito, pero es un dato que en ocasiones permite identificar la conducta que lo ha ocasionado a través del examen de la causalidad, y someterla a valoración.

Y, en tercer lugar, del riesgo debe predicarse la **gravedad**. No basta, pues, cualquier clase de riesgo, pues los no graves podrán dar lugar, en su caso, a respuestas de tipo administrativo. La decisión sobre este extremo corresponde razonadamente al Tribunal, aunque sean importantes a estos efectos las pruebas periciales.

¹⁰ Importa, pues, determinar **si esta conducta fue idónea** para la creación del riesgo al que se refiere el artículo 325 del Código Penal.

La contaminación apreciada en los pozos del querellante y del acusado en 1994 se atribuye a la **rotura de una tubería, sin que se haya acreditado conducta dolosa o gravemente negligente del acusado en relación con tal acontecimiento**. No se declara probado que la tubería se encontrara en un estado que permitiera afirmar que su utilización entrañaba un riesgo respecto del que fuera exigible alguna conducta del acusado. Por lo tanto, no le es imputable el daño causado por dolo o por falta de cuidado respecto del estado de la tubería.

Por otro lado, no se declara probada la existencia de otra contaminación distinta de la atribuida a la rotura de la mencionada tubería, por lo que tampoco es posible proceder mediante la afirmación de la existencia de un daño efectivo, a la vinculación de la conducta a ese determinado daño y llegar con ello a la creación de un riesgo que pudiera ser calificado de grave.

Por otra parte, no existe en la sentencia ningún dato que permita afirmar que el vertido de los residuos al alcantarillado fuera, en ningún momento, una conducta que originara un riesgo grave para el medio ambiente. En primer lugar porque la contaminación no se apreció, según el hecho probado, hasta que se produjo la rotura de la tubería, es decir, que no existió contaminación mientras el producto discurría por su interior. Y no existen datos relativos al volumen, características y efectos posibles de los residuos mientras transitaban por la referida tubería y salían finalmente a la cuneta que autoricen razonablemente otras conclusiones. En segundo lugar porque con posterioridad, una vez subsanada la deficiencia en la tubería, no se ha podido apreciar ninguna contaminación por hidrocarburos en los mencionados pozos, según se desprende de los informes periciales y se recoge en el hecho pro-

En relación con el art. 364 la sentencia TS 2ª 22 - 6 - 2001 también dijo: "*...El art. 364.2º no tutela de modo inmediato la salud individual de un consumidor concreto, sino la salud pública, que no hay que equiparar meramente a la "suma de las saludes individuales" sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad, y en el caso presente la seguridad alimenticia de los consumidores de productos alimentarios de origen animal... Pues bien para garantizar dicha salubridad del consumo frente a los preocupantes riesgos para la salud derivados de los residuos que determinadas sustancias químicas utilizadas ilegalmente dejan en los productos cárnicos, el legislador adelanta las barreras de protección, sancionando como delito de peligro abstracto la mera administración a los animales de sustancias que han sido prohibidas precisamente por el riesgo que su utilización genera para la salud de las personas. Sanción que se fundamenta en que desde el momento de la administración de una sustancia prohibida a animales cuyas carnes están destinadas al consumo humano, se introduce ya en la cadena alimenticia el producto nocivo y se genera ya el riesgo para la salud de los potenciales consumidores. Se trata, en consecuencia, de un delito de peligro abstracto (S.T.S. 4 de octubre y 6 de noviembre de 1999, 22 de marzo y 15 de diciembre de 2000 y 20 de marzo de 2001), o si se quiere, un delito de peligro hipotético o potencial - que no es más que una modalidad de peligro abstracto- en el sentido de que lo relevante para su perfeccionamiento es únicamente constatar: a) que se ha administrado la sustancia prohibida, y b) que dicha prohibición obedece precisamente al riesgo potencial que la utilización del producto genera para la salud de las personas.*

También puede consultarse al respecto la sentencia TS 2ª 6 -11- 1999¹¹.

bado. Así pues, aunque la actividad del acusado pudiera dar lugar a ciertos riesgos, no existen datos que permitan afirmar que su concreta forma de proceder fuera creadora de riesgos graves.

Por lo tanto, la valoración del Tribunal acerca de la idoneidad de la conducta acreditada del acusado para originar un riesgo grave no es irrazonable.

En relación al abandono y depósito de materiales y residuos al que también se refiere el recurrente, el hecho probado contiene la siguiente afirmación: "Tras la limpieza llevada a cabo en 1994, el querellado, en una finca inmediata al taller dejó coches para el desguace, algunas latas y filtros con restos de aceite..., etc.". El Tribunal entiende que tal conducta no originaba un peligro grave para el ecosistema o para la integridad física de las personas.

Para comprobar la racionalidad de tal afirmación es preciso acudir en primer lugar a su propia descripción. Sin duda podrá afirmarse que el lugar del depósito no es el más adecuado, e incluso que podría dar lugar a sanciones de tipo administrativo. Pero nada indica la posibilidad de creación de un riesgo que pueda calificarse como grave a causa de la presencia de algunos vehículos para desguace, algunas latas y filtros con restos de aceite. En este sentido, los dictámenes periciales a los que se refiere el motivo siguiente, deben ser valorados sobre la base del hecho declarado probado, pues la pericia no acredita lo que constituye el depósito, que el Tribunal declara probado sobre la base de otras pruebas, sino que versa sobre la entidad del riesgo. Y como seguidamente se verá, el dictamen pericial de AMBIO, S.A., sin perjuicio de sus consideraciones de orden general, no contiene ninguna valoración específica del riesgo creado por el depósito que la sentencia declara existente.

¹¹ a) El art. 364 CP. establece de una manera clara que la conducta peligrosa que en la primera alternativa típica consiste en "administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinan al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas". Se trata, como se ve, de un supuesto de peligro abstracto, dado que lo incriminado es la realización

1.2.- Modalidad de acción: Del tipo de omisión al de acción y al de comisión por omisión

La Jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina, viene configurando el tipo penal como un DELITO DE OMISIÓN.

Dice la sentencia de TS 2ª de 6 - 11 - 2001 que *se trata de un tipo de omisión que consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.*

Caracteriza a los delitos de omisión la infracción de una norma de comportamiento que impone al destinatario una prescripción que el sujeto incumple.

de una acción que, por sí misma, es peligrosa, toda vez que el clenbuterol es una sustancia prohibida por el R.D. 1269/89 de 20 de octubre. El art. 364 CP. es en este punto una ley penal en blanco referida a las normas que no permiten la administración de determinadas sustancias, precisamente por su carácter perjudicial para la salud humana.

La circunstancia de que el clenbuterol esté autorizado en dosis terapéuticas no tiene en este caso ninguna relevancia, dado que en el supuesto que juzgamos se deberían dar los presupuestos de una causa de justificación (R.D. 1373/97, art. 3º) que, en el caso, no concurren. En efecto, sería necesario que se hubiera acreditado la necesidad terapéutica de la administración de la sustancia, cosa que el hecho probado ha excluido: la Audiencia, por el contrario, ha comprobado que tales fines terapéuticos no existían, porque desaparecieron súbitamente después de las primeras inspecciones y porque los inculpados carecían de la receta veterinaria establecida por los arts. 80 y 82 del R.D. 109/95, de 27 de enero.

En suma: los acusados administraron al ganado destinado al consumo humano una sustancia no autorizada, que genera riesgo para la salud de las personas.

En la STS 1397/99, esta Sala ya sostuvo que es suficiente con la comprobación de un peligro hipotético y que, en consecuencia, "la perfección (del delito) se alcanza por el mero hecho de administrar a los animales destinados al consumo humano esas sustancias que hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas".

Esta interpretación del art. 364.1º CP. tiene su fundamento, ante todo, en el texto de dicha disposición, dado que la ley distingue entre administrar sustancias no permitidas y hacerlo en dosis superiores. Por lo tanto, no es el exceso en la dosis lo único que se prohíbe, pues si así fuera, en el texto del art. 364,1º CP. se superpondrían dos de las tres alternativas típicas de la acción.

La decisión en favor de la interpretación que aquí se propone tiene también un adecuado fundamento teleológico, dado que la protección a la salud pública constituye una de las materias de política social especialmente reguladas en el TCEE (título XIII), en el que el art. 152.1 (de los Tratados consolidados; antiguo artículo 129), establece que "se garantizará un alto nivel de protección de la salud pública". El Tribunal de Justicia de la CEE ha elaborado una jurisprudencia comunitaria de la que es preciso extraer conclusiones también para la interpretación del derecho interno en esta materia. En efecto, en su reciente sentencia de 5-5-98 ("Reino Unido/Comisión", C-180/96) el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto la posibilidad de aplicar en materia alimentaria el llamado **principio de precaución, que el TCEE prevé expresamente en el art. 174** (tratados consolidados, antiguo art. 130R) en relación al medio ambiente. En dicho precedente el Tribunal de Justicia ha señalado que las medidas legislativas (en sentido amplio) en esta materia pueden ser fundamentadas en criterios de precaución, según los que **aún "cuando subsista una incertidumbre respecto de la existencia y la importancia de los riesgos** para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados" (Nº 100).

En efecto el enunciado del precepto aparenta excluir toda duda cuando describe el comportamiento sancionado: NO FACILITAR LOS MEDIOS NECESARIOS para que la actividad se desarrolle en condiciones de seguridad e higiene.

Pero se trata de un delito, cuya estructura típica se ha llegado a calificar de "endiablada", que responde más a la categoría de los de OMISIÓN IMPROPIA ya que no basta la INACTIVIDAD sino que se requiere, según la jurisprudencia, la producción de un efecto diferenciado de ella: EL PELIRO CONCRETO. Es un delito **de resultado** y no de mera actividad o inactividad.

La proximidad que, así, se exige entre la conducta tipificada y el bien jurídico de titularidad individual (vida, salud o integridad física de cada trabajador) supone una **inminencia** que se traduce en una seria **restricción** en la efectividad protectora de la norma penal si aquella se desea funcional por la evitación de siniestros.

Pero la **restricción** es aún mayor cuando la conducta omisiva típica es **solamente** la que consiste en el "**no suministro de medios**" necesarios para la seguridad.

Esta acotación restringe la aparente extensión de conductas abarcadas por el tipo que, como norma en blanco, remite a la infracción de normas de prevención.

Y ello a pesar de que la Jurisprudencia haya interpretado de forma extensiva el concepto de MEDIOS incluyendo tanto la falta de facilitación de INFORMACIÓN como la de ausencia de MEDIDAS exigibles por aquella normas extrapenales.

Esto no ha impedido, en la **línea restrictiva**, que se recuerde la exigencia de **gravedad en la norma infringida**. La STS 2ª de 29 - 7 - 2002 dijo: "*la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro. Se está en consecuencia ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores*".

En la misma línea restrictiva puede situarse la Jurisprudencia cuando exige la **plenitud en la omisión de las medidas**, reconduciendo los casos de insuficiencia a los tipos de imprudencia como en la STS 2ª 26 - 7 - 2000 cuando dice: *Es cierto que el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro y de la comisión por imprudencia, y precisamente por ello una cosa es la falta de prevención del riesgo equivalente a la omisión de las medidas necesarias y adecuadas exigidas conforme a la legislación laboral y otra distinta su insuficiencia o defectuosidad, lo que debe dar lugar a los dos tipos de comisión previstos, radicando su diferencia en el elemento subjetivo: conciencia del peligro cuando se trata del tipo doloso, y a pesar de ello se omiten las medidas adecuadas y necesarias, e infracción del deber del cuidado por ausencia de todas las previsibles exigibles al garante de la seguridad y salud de los trabajadores (artículo 14.2 Ley 31/1995). Debe tenerse en cuenta, por último, que el ámbito ordinario e intenso de la protección corresponde sustancialmente al derecho laboral y que su trascendencia penal debe constituir remedio extremo.*

En definitiva, si de lo que se trata es de establecer la consecuencia penal (regla de decisión) que sancione la conducta que infringe una prohibición (regla de conducta prohibitiva) de causar un estado de riesgo y no solamente la que infringe una norma prescriptiva (norma de conducta) que impone específicas obligaciones) la técnica penal debe abarcar tanto el tipo omisivo (para este último caso) como el de acción, además del de comisión por omisión.

Así, si no se quiere llevar la protección hasta el extremo de tipificar comportamientos configurados como simple incumplimientos de determinadas normas, (¿arts. 360?), o la ausencia de previas autorizaciones, (¿art. 359?), al menos debería admitirse que merece sanción penal las ACCIONES consistentes en ordenar la actividad productiva utilizando MEDIOS O PROCEDIMIENTOS prohibidos y de los que pueda predicarse ex ante una PELIGROSIDAD relevante en relación con la vida o salud de los intervinientes en aquella actividad.

2.- EL SUJETO ACTIVO

2.1.- La determinación del sujeto responsable de un ilícito penal debe atenerse a **principios específicos en relación con el responsable de ilícitos de otra naturaleza**

Si en relación al criterio de determinación de conducta o de comportamiento que se estima típica ha de denunciarse lo cicatero de las previsiones legislativas y, con ellas, o más allá de ellas, las de la Jurisprudencia, en relación con el de determinación del sujeto al que imputar esa conducta quizás deba llamarse la atención en el sentido contrario.

Nos encontramos ante un tipo delictivo de los denominados **especial propio**. La delimitación del sujeto en el tipo viene determinada por la caracterización del mismo como la PERSONA LEGALMENTE OBLIGADA. Es decir el destinatario de la norma prescriptiva cuya infracción origina la omisión punible.

Tanto si se concibe el bien jurídico protegido como un derecho individualizado de cada trabajador, como si el bien objeto de protección se autonomiza de concretos individuos y se considera en relación con el colectivo de trabajadores, la regla de conducta que justifica la tipificación suele entenderse como dirigida al EMPRESARIO entendido como el que se encuentra en la situación respecto de la cual tiene la CAPACIDAD de ordenar los medios y procedimientos para la actividad en la que se quiere evitar el riesgo para la seguridad.

La norma penal debe diferenciarse de las que establecen las consecuencias de incumplir obligaciones en otros órdenes - civil o laboral, y, aun, si se quiere, administrativo sancionador-:

a) porque han de respetar los principios de **culpabilidad y personalidad** de las penas, por más que se admitan consecuencias accesorias para la entidad titular de la empresa, lo que, junto al principio de legalidad, obliga a una adecuada determinación en el tipo de las notas que permitan la identificación del sujeto activo de estos delitos.

b) Por la necesidad de evitar la remisión sin más a la **norma en blanco**, siendo quizás **insuficiente** definir e sujeto como el OBLIGADO por normas extrapenales.

c) porque, sin embargo, la estructura del sistema productivo -complejidad y jerarquía- se traduce en situaciones en las que la capacidad de intervención que incida en las condiciones de seguridad permite imputaciones de primer nivel **plurales y concurrentes**. La situación de **garante** de determinados sujetos autoriza a atribuirles la autoría a título de responsabilidad por omisión.

d) por la **inaceptabilidad del principio pro víctima** (operario) sobre puesto al de presunción de inocencia (del autor imputado empresario)

Si la modalidad de tipos de acción resulta poco ardua, el problema que se suscita al legislador es el de establecer *cuando* un sujeto que incurre en determinadas omisiones que infringen normas de conducta merecen una correlativa norma penal valorativa que haga de la omisión delito y del omitente un sujeto penalmente responsable, (porque tal omisión merezca igual desvalor que la comisión)

La posición de **garante** frente al bien jurídico protegido, que justifica esa cualificación, **no** parece que deba derivar **solamente de los deberes formales** extrapenales. Desde luego no de un deber general de impedir compromisos para bienes jurídicos.

Como advierte BACIGALUPO¹² la llamada *teoría funcional de la posición de garante* permite admitir posiciones de garante aunque no se dé una infracción formal de deberes jurídicos, así como negarla cuando un deber jurídico formal carece del contenido necesario para fundamentar una posición de garante

No parece que sea cuestionable que se considere garante a quien tiene **dominio sobre la fuente de peligro** e incluso a quien respecto de esta se encuentra en posición mejor que la de otros para evitar el resultado

Recuerda BACIGALUPO que ello **no** significa que el "principio de dominio" pueda ser utilizado como un *criterio puramente fáctico* del que se derive, sin más, la equivalencia de la omisión de impedir el resultado con su producción activa, ...la existencia de un **deber jurídico extrapenal** será el presupuesto mínimo de la **equivalencia** entre la omisión de impedir el resultado y su causación activa. ...La tesis postulada no implica, de ninguna manera, un abandono de la teoría funcional y un retorno a la teoría del deber jurídico formal, como acaso se podría creer. No se trata de que la posición de garante sólo dependa de la existencia de un deber válido, sino de aceptar la posición de garante sólo cuando los deberes de vigilancia tengan ***fundamento en el orden normativo extrapenal y el omitente, además, haya tenido un dominio real sobre la fuente de peligro.***

La complejidad organizativa de la actividad en que resulta exigible el deber de protección, hace frecuente la aparición de la delegación. Se ha diferenciado, al respecto, entre la mera delegación de ejecución, de menor trascendencia para la pretensión de exoneración del deber de protección, de la ***delegación de funciones.***

¹² "La regulación de las conductas omisivas en el nuevo Código Penal" Cuadernos de Derecho Judicial nº 27 / 1996 pags. 5 y ss

La Jurisprudencia abordó esta situación, como en la STS 2ª de 26 de marzo de 1994 concluyendo que "no es humanamente posible que quienes deben ejercer una posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan 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, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar".

Para BACIGALUPO, la delegación es posible en **tanto no se trate de un deber altamente personal**. Asimismo es obvio que la creación de una *posición de garante sustitutiva* libera de responsabilidad en la medida en la que el **sustituto satisface las exigencias** del caso. Asimismo, la delegación puede ser inclusive una exigencia de la posición de garante cuando el cuidado de la fuente de peligros requiere una especial capacitación técnica que el titular de la empresa no posee.

De todos modos, la delegación **no extingue** totalmente la posición de garante, sino que, en verdad, la **transforma**. En efecto, el garante primario seguirá siendo, en todo caso, un *garante mediato*, cuyo deber de vigilancia consiste en la observación del cumplimiento del sustituto. Este por su parte tendrá la plena responsabilidad del garante desde la aceptación de su posición hasta el momento de devolverla al garante primario.

Advierte Bricola, según nos cita Terradillos¹³, que debe evitarse tanto la concentración de responsabilidad en lo alto de la escala jerárquica, como en lo bajo de dicha escala: "en ambos casos se produciría una contradicción con el principio de responsabilidad personal" por la distancia entre la cúspide y la fuente de peligro o por la ausencia de auto-responsabilidad respectivamente.

Interesante es la indicación de Terradillos a la jurisprudencia francesa que establece el criterio del **ejercicio de poder dentro de la empresa**. Solamente responderá el delegado que de hecho disponga de prerrogativas y medios que permitan sustituir eficazmente al jefe de la empresa. Las soluciones "vinculadas a la realidad" generan mayor eficacia preventiva.

2.2.- Referencias extrapenales que justifican la atribución de la calidad de garante.

La **configuración extrapenal** del potencial sujeto activo del delito se encuentra en las siguientes principales sedes:

a) En primer lugar el Estatuto de los Trabajadores que, además de imponer a estos la obligación de observancia de las medidas, define como sujetos obligados:

¹³ "Los delitos contra los derechos de los trabajadores" En Cuadernos de Derecho Judicial editado por el CGPJ nº 2/ 1997 pags.133 y ss. F. BRICOLA. "Lo statuto dell' impresa: profili penali e costituzionali": *Giurisprudenza Commerciale*, 5 (1985), pág. 743.

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

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 legislación aplicable en la materia, **requerirán** al empresario por escrito para que adopte las **medidas** oportunas que hagan desaparecer el **estado de riesgo**; si la petición no fuese atendida en un plazo de cuatro días, se dirigirán a la autoridad competente;

Ésta, si apreciase las circunstancias alegadas, mediante resolución fundada, **requerirá** al empresario para que adopte las **medidas** de seguridad apropiadas o que suspenda sus actividades en la zona o local de trabajo o con el material en peligro. También podrá ordenar, con los informes técnicos precisos, la paralización inmediata del trabajo si se estima un riesgo grave de accidente.

Si el riesgo de accidente fuera inminente, la paralización de las actividades podrá ser acordada por decisión de los órganos competentes de la empresa en materia de seguridad o por el 75 por 100 de los **representantes de los trabajadores** en empresas con procesos discontinuos y de la totalidad de los mismos en aquellas cuyo proceso sea continuo; tal acuerdo será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada

b) El art. 14 de la ley 31/1995 LPRL establece en el apartado 2 y 3

En cumplimiento del deber de protección, el **empresario** deberá **garantizar** la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la **integración de la actividad preventiva** en la empresa y la adopción de **cuantas medidas sean necesarias** para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la **constitución de una organización y de los medios necesarios** en los términos establecidos en el capítulo IV de esta Ley.

El empresario desarrollará una **acción permanente** de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la **normativa sobre prevención** de riesgos laborales

En el art. 15 establece los principios a que debe ajustar la adopción de las medidas de prevención.

En el art. 16 se prevé ya una eventual determinación de **otros sujetos** diferentes del titular de la empresa:

La prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el **sistema general de gestión** de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de **un plan de prevención** de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente.

Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la **estructura organizativa, las responsabilidades**, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

La instauración de ese plan impone, según el mismo precepto la obligación de EVALUAR situaciones de riesgo y la de realizar las ACTIVIDADES PREVENTIVAS necesarias para eliminar, aminorar o controlar esos riesgos Y conforme al art. 17 el suministro de EQUIPOS DE TRABAJO Y LOS DE PROTECCIÓN INDIVIDUAL ADECUADOS. Y conforme al art. 18 y 19 se le impone también el facilitar la necesaria INFORMACIÓN y FORMACIÓN. Que se completa con otras obligaciones específicas, también a cargo del empresario, para casos de emergencia o riesgo grave o inminente.

La **conurrencia** de varios empresarios en una misma actividad lleva a establecer como sujetos obligados a **todos** ellos en el art. 24.

Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán **cooperar** en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

El empresario titular del centro de trabajo adoptará las **medidas** necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la **información** y las **instrucciones** adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

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 y subcontratistas** de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Además, participan en la garantía de las condiciones de seguridad los Comités de empresa, (art. 34) los delegados de prevención (art. 35) y los Comités de Seguridad y Salud. (art. 38). Pero de ello no deriva necesariamente que sean garantes, como presupuesto de su consideración de criminalmente responsables a título de autores del art. 316. Y ello porque la norma extrapenal no configura su estatuto como sometidos a obligaciones, sino como instrumentos para el ejercicio de facultades (consulta, participación, vigilancia) que corresponden al titular colectivo del bien jurídico que se protege.

c) El Real Decreto 39/1997 que desarrolla de manera **general** la LPRL vino a incidir en la configuración del sujeto obligado. Tras referirse a la **actividad preventiva**, a la evaluación de riesgos y a la planificación, en su art.10, al *referirse a la organización establece que el empresario podrá realizarla.

a) Asumiendo **personalmente** tal actividad. Solamente en el caso de muy pequeñas empresas de menos de seis trabajadores.

b) Designando a uno o varios **trabajadores** para llevarla a cabo. Salvo que opte por alguna de las otras modalidades.

c) Constituyendo un **servicio de prevención propio**. Para empresas de más de 500 trabajadores o menos si se dan determinadas circunstancias. Los servicios de prevención propios deberán contar con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa.

d) Recurriendo a un servicio de prevención **ajeno**¹⁴.

d) El desarrollo de la LPRL ha dado lugar a normas reglamentarias para sectores **específicos** que multiplica la presencia de SUJETOS OBLIGADOS en materia de seguridad, como es el RD 1627/1997 en el área de la construcción¹⁵.

¹⁴ Cuando el empresario opte por desarrollar la actividad preventiva a través de uno o varios servicios de prevención ajenos a la empresa, deberá concertar por escrito la prestación, debiéndose consignar, como mínimo, los siguientes aspectos:

- a) Identificación de la entidad especializada que actúa como servicio de prevención ajeno a la empresa.
- b) Identificación de la empresa destinataria de la actividad, así como de los centros de trabajo de la misma a los que dicha actividad se contrae.
- c) Aspectos de la actividad preventiva a desarrollar en la empresa, especificando las actuaciones concretas, así como los medios para llevarlas a cabo.
- d) Actividad de vigilancia de la salud de los trabajadores, en su caso.
- e) Duración del concierto.
- f) Condiciones económicas del concierto.

¹⁵ En su art. 2 define, entre otros, a:

Promotor: cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra.

El promotor estará obligado a que en la fase de redacción del proyecto se elabore un estudio de seguridad y salud en los proyectos de obras en que se den algunos supuestos:

Proyectista: el autor o autores, por encargo del promotor, de la totalidad o parte del proyecto de obra.

Coordinador en materia de seguridad y de salud durante la elaboración del proyecto de obra: el técnico competente designado por el promotor para coordinar, durante la fase del proyecto de obra, la aplicación de los principios que se mencionan en el artículo 8.

Coordinador en materia de seguridad y de salud durante la ejecución de la obra: el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas que se mencionan en el artículo 9.

Dirección facultativa: el técnico o técnicos competentes designados por el promotor, encargados de la dirección y del control de la ejecución de la obra.

El art. 11 establece las obligaciones de contratistas y subcontratistas.

e) Estas figuras deben entenderse desde la definición que de (ellas) *las mismas da la LOE 38/1999 en sus arts.8 y ss.

Son agentes de la edificación todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación. Sus **obligaciones** vendrán determinadas por lo dispuesto en **esta Ley** y **demás disposiciones** que sean de aplicación y por el **contrato** que origina su intervención.

Son precisamente esas otras disposiciones las que señalan sus obligaciones en materia de seguridad y salud de los trabajadores.

En cuanto a contribución con medios, la LOE solamente se refiere al contratista al que impone entre sus obligaciones: Asignar a la obra los medios humanos y materiales que su importancia requiera.

f) La ley 14/1994 regula las denominadas Empresas de Trabajo Temporal estableciendo en su art. 16 que la **usuaria** será la responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Siquiera la posterior LPRL sea más precisa trasponiendo la Directiva 91/383/CEE de 25 de junio.

La revista de este marco extrapenal deja al menos una conclusión: **la dificultad de concreción del sujeto activo al que pueda efectuarse la imputación de la omisión típica.**

La dificultad se extrema si admitimos que la concreción extrapenal de la situación típica, en lo que concierne a los medios de obligada prestación, se confía, al amparo de ese art. 8 de la LOE a lo previsto en un **contrato**.

El art. 1 de la LPRL establece *La normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito. La admisibilidad de la norma penal en blanco no puede llegar a autorizar que por convenios colectivos se decida el contenido de la norma penal.*

Por otro lado, dificulta la concreción que ese complejo normativo extrapenal defina el sujeto de las obligaciones como EMPRESARIO. Tal cualidad no es expresamente exigida por el tipo penal. Sin duda por que si por tal hemos de considerar al titular de una em-

Contratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.

cada contratista elaborará un plan de seguridad y salud en el trabajo en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen las previsiones contenidas en el estudio o estudio básico, en función de su propio sistema de ejecución de la obra.

Subcontratista: la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución.

presa, aquél suele ser una persona jurídica, imposible sujeto activo de un delito. Por ello el art. 318 del CP. prevé que cuando la persona obligada sea una persona jurídica, el sujeto activo del delito ("se le impondrá la pena" dice el precepto) será:

a) el ADMINISTRADOR O ENCARGADO DEL SERVICIO que sean responsables de los mismos (sin diferenciar si lo son de derecho o de hecho) **y**

b) QUIENES CONOCIÉNDOLOS Y PUDIENDO REMEDIARLO, no hubieran adoptado medidas para ello

En realidad, pese a la conjunción copulativa entre los dos tipos de sujetos, cuando se trate de personas jurídicas, y a la diferenciación entre este supuesto y aquel en que el obligado no tenga tal naturaleza, solamente cabe hablar de un único criterio de determinación del sujeto y con escasa relevancia de la norma extrapenal

La denominada imputación de primer nivel, o *imputatio facti* exige que pueda decirse que el sujeto ha estado en situación de omitir el hecho comisivo imputado o de ejecutar el hecho omitido. La ley mal podrá aplicarse a un hecho si este, antes, no puede ser imputado. El "deber" implica "poder"

Por ello los indicados arts 316 y 318 están definiendo un sujeto único en el que deberán concurrir las siguientes características:

- que exista una **situación** de riesgo
- que, en relación a esa situación determinada, exista un **deber** de actuar, que derive para una persona física de un precepto legal
- que ese deber tenga como contenido la aportación de determinados **medios**
- que precisamente respecto de esa concreta situación el obligado tenga la efectiva **capacidad** de actuar, lo que, a su vez, exige
- que **no desconozca** dicha situación, de manera invencible (si el desconocimiento era vencible responderá conforme al art. 317)
- que **no le sea físicamente imposible** realizar la aportación de los medios exigibles.

En efecto, no cabe imaginar que el legislador **solamente** exija la cualidad de **responsable** cuando el que omite la prestación es administrador o encargado de una persona jurídica. Salvo que la voz responsable sea entendida como responsable penal, lo que no parece sea el sentido con que el precepto usa tal voz pues sería una pura tautología.

Como tampoco cabe imaginar que la exigencia de conocimiento de los hechos y posibilidad de evitarlos se refiere a supuestos diferentes de responsabilidad de los administradores y encargados.

Por otro lado tampoco parece que el sujeto al que quepa atribuir la acción peligrosa deje de responder penalmente por el hecho de que el trabajador no esté ligado a aquél por una relación contractual.

Y deben excluirse como sujetos responsables no pocos de los que en la norma extrapenal aparece con determinadas obligaciones en materia de seguridad e higiene, si carecen de facultades de mando o dirección.

2.3.- La **casuística jurisprudencial** ofrece un elenco de sujetos cuya reconducción a una fórmula típica es ardua:

La sentencia TS 2ª de 12 - 11-1998 recuerda que sujeto activo del delito tiene que ser la **persona legalmente obligada** a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene. Estas personas, cuando los hechos se atribuyan a una persona jurídica -en el caso, el accidente laboral enjuiciado en la Sentencia recurrida se produjo en el centro de trabajo de una empresa propiedad de una sociedad anónima- son, según el art. 318 CP, los **administradores y encargados del servicio** que, conociendo el riesgo existente en una determinada situación, no hubieren adoptado las medidas necesarias para evitarlo mediante la observancia de las normas de prevención atinentes al caso

La STS 2ª 10 - 4 - 2001: estableció :". *en el presente caso, concurren todos los elementos típicos configuradores del delito contra la seguridad en el trabajo del art. 348 bis) del Código Penal de 1973 --vigente al tiempo de la comisión del hecho enjuiciado-- (persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene, en este caso una **persona jurídica**; incumplimiento de las normas de cuidado expresamente establecidas en la legislación laboral; y que, como consecuencia de ello, se ponga en peligro grave la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores). Ahora bien, como también se pone de relieve en la resolución recurrida, para que sea procedente la condena del acusado --y, en definitiva, la estimación del motivo-- es preciso **delimitar la concreta actuación** del mismo en el hecho enjuiciado.*

En el art. 348 bis a) del C. Penal de 1973, se consideran sujetos activos de este delito a los que estén obligados a exigir o facilitar los medios o medidas legalmente exigidos, y en el art. 318 del Código Penal vigente, con mayor precisión, se dice que "cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena . a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos...". La jurisprudencia relativa al Código de 1973, al pronunciarse sobre el sujeto activo de aquel delito, con cita del art. 10 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo, declaró que "son todas aquellas (personas) que ostenten mando o dirección, técnicos de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho" (v. sª de 10 Mar. 1980); en definitiva, como dice un conocido autor: "el empresario y sus encargados". No obstante, de modo inmediato, ha de proclamarse que no puede hablarse de responsabilidad criminal sin dolo o culpa (art. 1º C. Penal de 1973 y art. 10 del C. Penal vigente): no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta del acusado, su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típica-

mente previstas en la norma penal. Por ello, con todo acierto, se dice en la sentencia impugnada que "será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación" (FJ 1º).

La STS 2ª 26-09-2001 dijo: *El artículo 316 del vigente Código Penal presenta algunas diferencias de redacción con la que tenía en el Código precedente (RCL 1973, 2255 y NDL 5670) (artículo 348 bis, a) en el que, junto al verbo facilitar se incluía la omisión de "exigir" las condiciones de seguridad. El tipo penal que incorpora el actual artículo 316 del Código Penal es un delito de omisión -de las medidas de seguridad e higiene adecuadas-, pero al que se añade la exigencia de que, en conexión causal, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa omisión debe ser -en expresa remisión a la normativa laboral- de normas de prevención de riesgos laborales y sólo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas. Sin embargo la mera redacción no se interpreta inadecuadamente como excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de **arquitecto técnico, ha de estar a pie de obra** y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, **aunque no empresario**, sólo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que la omisión del actual recurrente constituyó una **cooperación necesaria** a la comisión del delito y, por ello, ha de entenderse sin lugar a dudas como autor también del mismo delito, toda vez que, además concurren todos los elementos del tipo: 1º infracción por su parte de normas de prevención de riesgos, 2º omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo, 3º en condiciones de seguridad adecuadas, que en este caso lo eran y estaban exigidas por las normas reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales, y 4º efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores, que, en el presente caso tuvo el infortunado colofón de actualizarse con el fallecimiento de uno de los que en las obras trabajaba.*

La jurisprudencia de las Audiencias cuando se ve obligada a determinar quienes son autores de entre los partícipes en la actividad productiva lo hace en referencia al delito de **imprudencia con resultado de lesión** de la vida, integridad o salud. En esa perspectiva ha considerado tales al Legal representante, al Gerente y encargado, al arquitecto y aparejador. Y ya en relación al art. 316 o 317 a:

·Jefe de obra o encargado todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección a mando en una empresa, y tanto si son funciones superiores, como intermediarias o de mera ejecución"

·Administrador y aparejador /No administrador principal ni Arquitecto

·Técnico en prevención de riesgos sujeto activo puede ser también el **administrador o encargado del servicio**, y no sólo quien ostente jurídicamente dicha condición sino también todos aquellos que ejerzan **de hecho** facultades de dirección y organización sobre la prestación laboral (no en vano el Tribunal Supremo ya en sentencia de 10-5-1980 [RJ 1980\1906] se había referido a todas aquellas personas que ostenten mando o dirección, técnicos o de ejecución, y tanto se trate de mandos superiores como de intermedios o subalternos, incluso de hecho

·Presidente de consejo de Administración y Gerente la delegación no releva al garante /no a un miembro del consejo de administración

·Gestor de hecho de una sociedad limitada

·El **representante** de una sociedad **cooperativa, consejero delegado** del consejo rector, y **encargado general** de las obras

·responsabilidad penal como cooperador necesario del **Arquitecto técnico**

·tanto al **constructor gerente**, ya que dirigía la obra y suministraba los elementos, como al **arquitecto técnico**

·**ingeniero técnico y del encargado de obra** en una zanja

·Los dos acusados, en calidad de **Ingeniero superior y propietario de la obra uno, y Arquitecto técnico, el otro, son autores de un delito del art. 317**

No el Arquitecto Superior que el hecho de ostentar la dirección facultativa de la obra no le convierte en responsable.

2.4.- Debe configurarse el sujeto en la norma penal

Desde luego la autoría no puede venir configurada por mera referencia a una determinada posición en el sistema productivo. No puede bastar la detentación de formales responsabilidades jurídico privadas en una organización.

La fuente extrapenal ha de encontrarse más en las normas que diseñan el estatuto del sujeto en relación al concreto hecho peligroso.

Pero la norma penal no puede renunciar a establecer el núcleo esencial de esa justificación de la imputación objetiva de un hecho al sujeto criminalmente responsable. Y eso ha de traducirse en la exigencia en el tipo de las notas de las que derive que ese sujeto tiene el dominio funcional del hecho. En los supuestos comisivos por omisión deberá exigirse que se encuentre en posición de garante. Para lo que basta con la **fórmula del art. 11** del CP.

La fórmula debe dar cabida a la modalidad de **autoría** que responsabilice criminalmente a quien tenga el deber de conocer las condiciones de trabajo y la **capacidad de prever e imponer las condiciones que eviten actuaciones que puedan generar los estados de riesgo** para los trabajadores como colectivo. Aunque desconozca la concreta situación en la que se produjo el hecho generador del estado de peligro y no ejecute materialmente ese hecho.

En todo caso para entender imputable el hecho al sujeto, la posición de garante o, si se quiere, las obligaciones y las capacidades de actuar/omitir, no deben referirse de manera próxima o inmediata, a la vida o integridad física de los trabajadores.

El resultado, de cuyo desvalor se trata en estos tipos penales, es un **estado de riesgo**, y no la lesión, ni siquiera el peligro concreto, de aquellos otros bienes. El **deber** de que

se trata no es el de garantizar la vida o la salud de los trabajadores, sino la **seguridad** en que desempeña su trabajo. La capacidad necesaria es la que requiera garantizar esa seguridad.

Los supuestos de plural ocurrencia de sujetos a la producción del estado de riesgo debe dar lugar a la plural responsabilidad sin condicionarla a la coautoría por mutuo acuerdo y sin que las relaciones entre los sujetos permita que alguno de ellos se vea eximido cuando en él concurran los presupuestos de su responsabilidad.

3.-SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo del delito, incluso si se tiene por bien jurídico protegido directamente la vida, salud o integridad del trabajador, no lo es éste individualmente, sino el colectivo de los que intervienen en la actividad productiva.

Lo que permite cualificar este delito como delito contra intereses **colectivos** que no deben equipararse a delitos contra intereses difusos.*

La **irrelevancia del consentimiento** del trabajador resulta así justificada. No se trata de que el trabajador, como parte débil, en la distribución de funciones del sistema productivo, deba ser protegido frente a sus compelidas claudicaciones.

De lo que se trata es de la falta de capacidad de disposición sobre el bien jurídico que este tipo penal protege.

4.- IMPUTACIÓN OBJETIVA

4.1.- Del comportamiento

En primer lugar, la **conducta** del sujeto debe ser tal que determine la posibilidad de aquella quiebra de seguridad, con una **potencialidad** (riesgo de estado peligroso), a esos efectos, valorable **ex ante** (desvalor de la acción/omisión).

El **desvalor** de la **conducta** deriva de la **norma prohibitiva** referida a la creación de peligro o falta de seguridad en el trabajo. No tanto como de una norma prescriptiva. Mas que a la norma que establece deberes de actuación, a concretos sujetos, importa aquí la norma material que, expresa o implícitamente fundamenta aquellos deberes y que no es otra que la **norma que prohíbe producir inseguridad en la actividad productiva**.

El comportamiento **no será objetivamente imputable** cuando los comportamientos del sujeto se dirigieron a **evitar estados de riesgo aún mayor**. De ahí la intranscendencia de que el tipo penal del art. 316 solamente apele a la gravedad cuando habla del riesgo de la vida o integridad y no de la infracción* (de la norma extrapenal). También ésta, es decir el desvalor de la conducta, ha de merecer el reproche de ser considerada de una cierta entidad. Y valorada precisamente ex ante, prescindiendo de la entidad del peligro para la vida o salud del trabajador.

El problema puede surgir en relación a la posibilidad de emitir un juicio ex ante que lleve a considerar "socialmente adecuada la posibilidad de crear el estado de riesgo" por la

omisión atribuida al sujeto. **Cuando la posibilidad de crear el estado de riesgo es de muy escasa entidad.**

Desde luego parece razonable exigir que el riesgo sea **grave**. Así debe admitirse partiendo del principio de intervención mínima del Derecho Penal. Pero la intervención se minimiza en exceso, si se quiere proteger el bien jurídico de la seguridad, cuando se condiciona a esa concreción. Por el contrario, de optarse por partir de la asunción de la seguridad como bien cuya titularidad no es individual, el resultado a imputar será la quiebra de aquella con independencia de que dicha quiebra de seguridad haya afectado a una persona concreta de manera inmediata.

4.2.- Del estado de riesgo (resultado)

El resultado, constituido por ese **ESTADO PELIGROSO** en que se desenvuelva la actividad productiva, ha de tener su **causa** en el **comportamiento -activo u omisivo- del sujeto**. El adelantamiento del momento de la intervención penal obliga a advertir que aquí el peligro de la conducta tipificada consiste en que ocasiona otro peligro más inmediato al bien de la indemnidad de trabajadores concretos.

Ahora bien, ese **estado peligroso ha de estimarse realización del peligro** desaprobado que la acción tipificada creó.

Pero, siendo el peligro hipotético, será **innecesario verificar** la actual y efectiva ocurrencia del **resultado**, (estado peligroso no concreto) lo que no empece que, en calidad de **hipotético**, deba ser también **imputable** al sujeto. De ahí la necesidad de matizar la doctrina sobre la imputación objetiva del TS cuando exige que se verifique la efectiva concurrencia de ese resultado. Así en la sentencia TS 2ª 14 -4- 2005 fundamento jurídico segundo.

Ciertamente, de mantenerse la modalidad de acción tipificada como la propia del delito de comisión por omisión, no debe hablarse de una relación de causalidad, sino de la constatación de que el sujeto **no impidió** que surgiera la situación de riesgo que es el resultado de este tipo delictivo. Es ineludible que **el estado de riesgo hubiera sido evitado si el que se dice sujeto activo del delito hubiera realizado la acción omitida.**

Por ello, si puede afirmarse que el estado de riesgo deriva de otros comportamientos ajenos, no podrá ser imputado al sujeto que era garante de la seguridad fallida.

4.2.1- Además esa **situación de riesgo debe ser la que trataba de evitar las normas**, esas sí prescriptivas o prohibitivas, **que el comportamiento del sujeto conculca**. Si la situación de riesgo es diferente de la que contemplaba como de evitación procurada por la norma infringida, es decir si es ajena al fin de protección de la norma, tal situación no será objetivamente imputable al sujeto aunque su comportamiento la haya causado.

4.2.2.- También debe **excluirse la imputación si el comportamiento alternativo, ajustado a aquellas normas, no hubiese evitado** la situación de riesgo. pero sí si el comportamiento atribuido supuso respecto del alternativo reglamentario un notable incremento del riesgo.

4.3.- Es desde estas consideraciones desde las que debe evaluarse los casos que viene conociéndose de **AUTOPUESTA EN PELIGRO del trabajador**.

La IRRELEVANCIA de tal conducta del trabajador para la responsabilidad del sujeto de este delito deriva de las siguientes consideraciones:

a) dado que el bien jurídico protegido es la seguridad en el desenvolvimiento de la actividad productiva, sin exigencia de concreción en un trabajador determinado, la afectación a este es irrelevante, por lo que poco importa cual sea su contribución a su concreto riesgo.

b) si la razón de la imputación es la evitabilidad de la situación de riesgo por la acción omitida del obligado a su realización (sujeto activo), la imputación podrá hacerse a éste, con independencia del comportamiento del trabajador (que no es sujeto pasivo).

c) el bien jurídico protegido no es disponible por lo que el consentimiento del trabajador en la provocación del estado de riesgo no justifica la conducta del que, pudiendo evitarlo o no debiendo causarlo, no lo evita o lo causa

d) a ello viene a unirse, siguiendo a Cancio Meliá¹⁶, citado por Ramón Sáez, que, para que el comportamiento de la víctima obste la imputación objetiva al sujeto activo, mediante la delimitación (por el sujeto pasivo) de lo permitido (al sujeto activo), es necesario que ambos sujetos se encuentren en posición de igualdad, de manera que ambos participen en la organización de la actividad y, además, que el sujeto activo no tenga, deberes específicos de tutela de bienes del sujeto pasivo.

Si el **empresario** posee la potestad organizativa o, si se trata de otros sujetos, si el autor tiene potestad de mando, ello implica la **responsabilidad por no imponer la obediencia**, siéndole exigible incluso la paralización de la actividad de verse desobedecido.

Quizás deba **matizarse**, sin perjuicio de la posición que pueda mantenerse en otros ámbitos, la Jurisprudencia sobre imputación objetiva cuando, como en la sentencia TS 2ª de 10 - 11 - 2003 se considera un supuesto de **ruptura** (sic) de la imputación objetiva los comportamientos abarcados por el denominado **principio de confianza** que obsta dicha imputación de resultados obró "confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites de peligro permitido". Con Luzón quizás debamos considerar esa confianza en otro lugar. Al determinar si se califica la acción como dolosa o como imprudente. Pero no en la imputación objetiva.

El trabajador no es uno de esos "otros". Es "el otro". Por ello su comportamiento no es ajeno a las previsiones que deben determinar el comportamiento del garante de su seguridad. No es pues, un "tercero" cuya irrupción podría esperarse legítimamente acomodada

¹⁶ "Morir en el trabajo. Política criminal frente a los accidentes laborales" Ramón Sáez. Cuadernos de Derecho Judicial. Edit. CGPJ. Nº XV de 2005 pags. 37 y ss. Cancio Meliá "Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal" Bosch Barcelona 1998 pag 115.

a la cautela y que, cuando no es así, puede excluir la imputación objetiva de lo que a ese tercero se le debe imputar.

Por la misma razón deberá matizarse la doctrina del TS 2ª 25 -1-2006 también en relación con la autopuesta en peligro. Se dijo ahí que son "...casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado ...cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la "autopuesta en peligro" o "principio de la propia responsabilidad"..."

Refuerza esta interpretación lo dispuesto en el art. 15.4 de la LPRL que exige la **previsión de las "distracciones o imprudencias no temerarias"** del trabajador y el 14.4 cuando advierte que el **incumplimiento por el trabajador de sus obligaciones en materia de seguridad no eximen al empresario del cumplimiento de las suyas.**

El art. 115.4 de la LGSS debe entenderse de efectos referidos únicamente a su ámbito. Por ello no cabe equiparar la descalificación como accidente de trabajo, a los efectos de dicha ley, del siniestro al que el trabajador contribuye con su dolo o temeridad, con la ausencia de imputabilidad objetiva de la situación de riesgo en que aquel ocurrió al sujeto activo del comportamiento que reúna las condiciones que aquí dejamos expuestas.

Pero la redacción del art. 316 ha determinado una praxis reduccionista de la imputación al sujeto responsable de la seguridad.

Frente a la literatura del precepto parece aplicarse con frecuencia una norma implícita en la allí expresada cuya redacción sería esta:

Estará exento de responsabilidad penal por el peligro sufrido en su vida o integridad por un trabajador el que facilite a este el medio cuya utilización hubiera evitado aquel riesgo.

Lo más insatisfactorio es que, además, esa norma parece haberse extendido en algunos casos incluso a la responsabilidad por el eventual delito concurrente de lesión del bien vida o integridad del trabajador

5.- NECESIDAD DE UNA NUEVA REDACCIÓN DEL TIPO PENAL

De ahí que resulte necesario modificar el tipo objetivo. Y para una adecuada definición del mismo como de peligro hipotético que satisfaga las exigencias que hemos expuesto, puede resultar oportuno partir de las definiciones del art. 4 de la LPRL. En particular en cuanto define **situación de riesgo** como aquella en la que ocurre la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, entendiéndose que cabrá calificar de grave e inminente tal situación si existe la probabilidad racional de que se materialice en un futuro inmediato y el daño potencial sea grave.

Pero, adviértase, que ello no exige que un concreto trabajador haya estado expuesto ya a esa situación de riesgo.

De ahí que el mismo precepto pueda definir como riesgo grave, cuando se trata de exposición a agentes susceptibles de causar daños graves a la salud de los trabajadores, la probabilidad racional de que "se materialice en un futuro inmediato una exposición a dichos agentes de la que puedan derivarse daños graves para la salud, aun cuando éstos no se manifiesten de forma inmediata".

Asimismo define dicho precepto lo que ha de entenderse por **condiciones de trabajo** diciendo que constituyen tales: cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición:

a) Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.

b) La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.

c) Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados.

d) Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador.

Los dueños de los medios de una actividad en la que intervengan trabajadores por cuenta ajena, y todos los que al servicio de aquellos, como administradores, encargados o técnicos dispongan de facultades de dirección o ejecutivas suficientes, infrinjan con su acción u omisión normas de seguridad o, pudiendo impedirlo, no eviten que otros las infrinjan y ocasionen un grave deterioro de la seguridad de las condiciones de trabajo del que sea manifiesto que pudiera llegar a derivar perjuicio para la vida o la salud de los trabajadores aunque ningún trabajador haya quedado expuesto de manera próxima al riesgo creado.

Si derivara para el trabajador algún perjuicio, éste será, en su caso, penado separadamente.

III EL TIPO SUBJETIVO

Los títulos de imputación de primer nivel pueden fundarse en el dolo o en la imprudencia.

1.- EL TIPO DOLOSO

Se habla, cuando se trata de delitos que no son de lesión, de **dolo de peligro**. Como advierte Luzón, no cabe equiparar este dolo con el dolo eventual de lesión. Si concurre éste se habrá extravasado el tipo de peligro. Que el sujeto sea consciente del peligro que ocasiona su comportamiento no excluye que confíe en evitar que éste se realice en la lesión de la vida, salud o integridad del trabajador.

De la misma manera que la determinación del sujeto responsable exige reconducir a una estado de riesgo su deber de actuar y su posibilidad de evitarlo, el elemento subjetivo que justifica la imputación del hecho a ese sujeto, debe **referirse a esa situación de riesgo y no a la lesión de la vida, salud o integridad de los trabajadores**.

El TS, ha **excluido** ese dolo en determinadas situaciones y así dijo en su sentencia de la sala 2ª de 26/07/2000 que "...La sustancia fáctica antecedente permite deducir la existencia de un plan de prevención de riesgos laborales individualizado, y siendo ello así no es posible reconocer la presencia del **dolo de peligro** por parte de los acusados, **garantes** del desarrollo del trabajo por los operarios en condiciones adecuadas de seguridad e higiene, **sino la falta de previsión de la integridad** del riesgo, habiendo omitido el agotamiento de las medidas previstas, que sólo después de los hechos enjuiciados se ha incorporado al mecanismo productor de aquél, pero sin olvidar la individualización previa referida en el Plan que resta contundencia a los términos comparativos de la argumentación de los recurrentes, calificándose como **leve la imprudencia** por el Tribunal "a quo", fundamento jurídico primero de la sentencia, párrafo tercero, cuyos argumentos deben ser ratificados, lo que **desplaza** también la aplicación del artículo 317 C.P., con independencia de la falta de acusación por el mismo de los hoy recurrentes.

El tipo doloso exige en lo cognitivo la percepción de la situación de riesgo que su acción u omisión genera, siéndole cognoscible la peligrosidad de su comportamiento, y la voluntad de su realización, o si se trata de dolo eventual, conociendo la probabilidad del riesgo y aceptándolo de manera que mantenga la voluntad de realizar su comportamiento.

Discutible puede ser si el conocer que, además, conculca previsiones normativas extrapenales, que le imponían otra conducta, forma parte del dolo o es presupuesto de la imputación personal del actuar antijurídico.

2.- EL TIPO IMPRUDENTE

El tipo imprudente, que se constituye por la creación del estado de riesgo, es de admisibilidad dogmática que ha sido discutida, en la medida que el tipo se configura como un delito de peligro, tanto más si lo es de peligro no concreto sino hipotético.

Y ello porque el resultado, como elemento diferenciado de la acción u omisión que constituye el comportamiento del sujeto, se ha venido considerando un elemento esencial del tipo imprudente como exigencia de mínima intervención del sistema penal.

Y, por otro lado, si la imprudencia es consciente -si el sujeto conoce el riesgo que está ocasionando- y se actúa, tal actuación, en cuanto que es resultado necesario de la aceptación de aquel peligro, será ya un dolo de peligro, si se trata de una modalidad de delito de peligro abstracto.

Pero si el tipo doloso no es de peligro abstracto sino concreto, como el actual art. 316, entiende Luzón que la modalidad será la imprudente si el sujeto confía con cierto fundamento en que de su actuar non derivará riesgo para ningún trabajador en concreto.

El art. 317 C.P. vendría de esta manera a configurar un contenido de injusto fundamentado en la contravención de las normas de control del riesgo, con un mecanismo similar al ámbito de la energía nuclear (art. 344 C.P.) y de los delitos de incendio (art. 358 C.P.).

Más dudoso es que tal modalidad típica sea posible si el resultado es hipotético por haber atribuido el legislador el desvalor a la conducta con relevación de la constatación ex post.

IV SITUACIONES CONCURSALES

La más característica es la producida cuando el peligro se realiza con la producción de la muerte del trabajador o causándole a éste lesiones o quebrantos de salud.

Una opinión mantiene que, en tal caso, el desvalor de tal resultado absorbe el desvalor del de peligro.

Esa es también la línea jurisprudencial. En esta se alcanza, excepcionalmente, a establecer un concurso ideal de delitos si el estado de riesgo había alcanzado a más trabajadores que el que resultó concretamente muerto o lesionado..

Pero, si partimos de que el sujeto pasivo del delito de peligro lo es un colectivo y non uno o más individuos considerados separadamente, mal cabe hablar de aquella absorción, admisible únicamente cuando la progresión en el daño tipificado en diversos tipos concierne a bienes del mismo sujeto titular.

Asimismo suele reprocharse a esta tesis el absurdo de tener por absorbente un tipo, cuya pena excluye la de otro, si aquél está castigado con menos pena que éste.

De ahí que fuera más acertada la fórmula del proyecto de código PENAL que preveía que, de sobrevenir el resultado, la pena del peligro se imponía sin perjuicio de la que correspondiera por el tipo que castigaba la causación del resultado.

En ausencia de dicha previsión, cuando se admite el concurso por tener el riesgo más amplitud que la realizada en la lesión, la modalidad concursal es la del concurso ideal.

La doctrina jurisprudencial ha resultado establecida en la sentencia de 12 de noviembre de 1998 ratificada en la de 14 de julio de 1999

"cuando como consecuencia de la infracción de normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3 CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; mas cuando -como es el caso de autos- el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que -como dice el Tribunal de instancia- en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe estimarse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos".

Más recientemente mantiene ese criterio la de 25 - abril - 2005

V.- EL PROCESO PENAL

1.- Cuestiones prejudiciales

La técnica de tipificación mediante norma en blanco puede obligar a determinar, para establecer la concurrencia del tipo, si se ha producido o no un supuesto cuya constatación y calificación jurídica corresponde a otro orden, contencioso administrativo o social.

El art. 10.1 de la LOPJ establece, como consecuencia del principio de unidad de jurisdicción, que cada orden jurisdiccional puede entender y decidir las cuestiones atribuidas a otro orden aunque "a los solos efectos prejudiciales"

Pero en el párrafo segundo establece "no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, **salvo las excepciones que la ley establezca**".

De estas dos normas deriva que, mientras el orden penal en ningún caso está compelido a suspender hasta la decisión en otro orden, por la aparición de una cuestión prejudicial, pudiendo el mismo resolver ésta, los demás, deben suspender si la decisión implica la afirmación de un hecho susceptible de ser valorado como delito.

Eso sí, **salvo que la ley dispense a ese otro orden de tal suspensión**.

Así lo indica la sentencia TS 2ª de 29 - 10- 2001 que recuerda el aval constitucional del TC en su sentencia 278/2000 de 27 de noviembre a la prejudicialidad no devolutiva. En las denominadas cuestiones complejas en las que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos.

La suspensión por el orden no penal, hasta que este decida, puede venir determinada por el principio *ne bis in idem* en su versión procesal. Así lo ha dicho también, en el orden penal, el TS en su sentencia Sala 2ª de 2 - 6 - 2003: ".....El principio *non bis in idem*, como **garantía procesal**, se concreta en la preferencia o **precedencia del órgano judicial**

sobre la Administración, cuando los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal, por la competencia exclusiva de la jurisdicción penal y el límite implícito de la Administración, derivada del propio art. 25.1 CE. La concurrencia normativa es aparente pues sólo la infracción penal es la realmente aplicable.

La subordinación de los actos **administrativos** sancionadores hasta que se pronuncie el órgano judicial obliga a la **paralización** de los procedimientos iniciados, como ordenaba el art. 20.1 de la Ley de Residuos Tóxicos y Peligrosos y luego, con carácter general, el art. 7 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, de 4 de agosto de 1993. Así lo entendió correctamente la Agencia de Medio Ambiente al paralizar las actuaciones administrativas por resolución de 27 de julio de 1995 "por el carácter prevalente y suspensivo de la jurisdicción penal", al conocer que el 11 de abril de 1995 el Juzgado nº 3 de Coslada había incoado diligencias previas de carácter penal. Fue, desde luego, en una etapa posterior que, como luego se dirá, es irrelevante en lo que aquí se juzga..."

En el orden contencioso el TS en su sentencia de 24 -11-2004 examinó una sentencia en la que se decía que "...*Tras un estudio de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, se afirma en la Sentencia que la aplicación del principio non bis in idem no da lugar solo a que un **procedimiento administrativo deba paralizarse si se ha iniciado un proceso penal (pues entonces la eficacia del principio se haría depender de un elemento anecdótico, según cual se haya iniciado primero), sino también a que, existiendo identidad de hechos y pudiendo dar lugar estos a un ilícito penal, la conducta de la autoridad administrativa debe ser la de pasar tanto de culpa a la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal. No habiéndose dado cumplimiento por la Administración a este precepto, se entiende que el acto administrativo por el que se impuso la sanción es nulo de pleno derecho de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.1, apartado a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por tanto se anulan las resoluciones administrativas impugnadas y se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto...***"

Y el TS, ante el que la Administración sancionadora había advertido que el procedimiento penal se inició con posterioridad a la resolución sancionadora, dijo: "...**no basta que los hechos acaecidos puedan dar lugar a una hipotética y eventual calificación de la conducta de los sujetos como subsumible en un tipo penal, siendo necesario que se evidencien al menos algunas circunstancias que así lo avalen aunque no sea con especial intensidad, y ello cuando no exista abierto un procedimiento penal por los mismos hechos en el momento de imponerse la sanción, pues en tal caso sería obligado paralizar la tramitación del procedimiento administrativo.**"

En el orden Social el TS también ha tenido ocasión de determinar el alcance de la prejudicialidad de la cuestión penal. En la sentencia TS Sala de lo Social 17 - 5- 2004 en la que se trataba de determinar si procede suspender la tramitación de un expediente administrativo de recargo por falta de medidas de seguridad, cuando los hechos determinantes del accidente de trabajo que generaron las prestaciones, **están siendo objeto de investigación en proceso penal** pendiente, lo que había resuelto negativamente la instancia invo-

cando el art. 3 de la Ley 8/1988 o del Real Decreto Legislativo 5/2000, que transcribió el mandato del primero¹⁷. Y el TS concluye que "...el mandato de la O.M. que ordena la pa-

¹⁷ Denuncia la recurrente la infracción del art. 16.2 de la OM de 18 enero 1996, en relación con el art. 3.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley de Faltas y Sanciones del Orden Social.

La Ley de Seguridad Social en el art. 123.3 declara expresamente la compatibilidad del recargo de prestaciones con las derivadas de un hecho punible. La Orden Ministerial de 18 de enero de 1.996, (dictada en desarrollo del RD 1300/1995 de 21 de julio, sobre Incapacidades Laborales del Sistema de la Seguridad Social), en su art. 16.2 dispone que, "cuando se conozca la existencia de algún procedimiento judicial en la vía penal por los hechos relativos a la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, se suspenderá el expediente en este sólo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme por resolución que ponga fin al procedimiento". Ha de destacarse que el RD 1300/1995, en cuyo desarrollo se dictó, no contiene norma alguna que autorice la suspensión en la tramitación del expediente. En sentido contrario, el art. 86.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, con referencia ya al proceso ante la jurisdicción señala que "en ningún caso se suspenderá el procedimiento por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos". La legalidad del mandato de la OM citada dependerá de la existencia de un sustrato legal que le sirva de fundamento pues, de no existir, debe prevalecer el principio de celeridad que debe afectar a todos los expedientes en materia de prestaciones de la Seguridad Social. Descendiendo al caso concreto, baste recordar que el accidente que sufrió el trabajador ocurrió en 1.999.

La Orden de referencia podría tener su apoyo en el otro precepto cuya infracción se denuncia, el artículo 3.2 del R.D.L. 5/2000, que reproduce literalmente el mandato del artículo 3.1 de la Ley de 7 de abril de 1.988 que con anterioridad estableció la regulación de las faltas y sanciones en el orden social. Este precepto establece que "en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones". Como se ve la orden de paralización afecta exclusivamente al procedimiento sancionador, que es el regulado en dicha norma, y el de imposición de medidas de seguridad no tiene ésta consideración. Ciertamente es que la naturaleza jurídica del recargo por falta de medidas de seguridad es un tanto compleja teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque, acaba teniendo una consideración sui generis que le aparta de la sanción propiamente dicha al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes.

Por otra parte la imposición de éste recargo no afecta al principio non bis in idem. Conviene recordar a éste respecto que la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1.985 señalaba que "es cierto que la regla non bis in idem no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal o como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que si impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente la misma conducta". Por lo demás la no afectación del principio al recargo de prestaciones ya fue proclamado por ésta Sala en su sentencia de 2 de octubre de 2.000 (Rec. 2393/99) en la que se analizaba la naturaleza jurídica y características de esta singular institución.

Lo anteriormente expuesto evidencia que el mandato del artículo 3.2 del R.D.L. 5/2000, no puede interpretarse como que afecta a los expedientes para la imposición del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Ello es así porque la cuantía de su importe, es compatible, por mandato legal, con las que puedan derivarse de la causa penal. Pero es que además el proceso penal siempre tiene por objeto sancionar conductas individuales. En el caso concreto del accidente de trabajo, a la persona o personas que intencionada o culposamente pudieran ser responsables de la ausencia de las medidas de seguridad determinantes del siniestro. Mientras que el recargo de prestaciones se impone a la empresa como tal, tanto si hay una persona física responsable como si no la hay. Lo determinante para la imposición del recargo es la ausencia de las medidas de seguridad, requisito objetivo, independiente de la persona física responsable de su ausencia.

realización del expediente administrativo para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad carece de un mandato legal que lo sustente, pues no puede entenderse por tal el otro precepto legal, el artículo 3.2 del R.D.L. 5/2000, cuya infracción también se denuncia. Y siendo ello así no hay razón alguna para la suspensión de un expediente referido a la determinación de la cuantía de la prestación que, en definitiva, haya de percibir la víctima del accidente..."

2.- Bis in idem

Este principio puede verse afectado, a consecuencia de aquella complejidad, también en su dimensión material.

Por un lado cuando se trata de resoluciones administrativas no jurisdiccionales y de las establecidas en el orden jurisdiccional penal.

El alcance de este principio en dicha versión material lo recoge el TS en su sentencia de la Sala 2ª de 2 de junio de 2003 antes citada en la que recoge la última posición del TC diciendo: "...*la doctrina moderna europea, es prácticamente unánime: entre el ilícito del delito, de las faltas y de las infracciones administrativas no existe más que una **diferencia externa**, constituida por la especie **de consecuencia jurídica** que se prevé para tales ilícitos y que depende de una decisión del legislador*". El derecho comparado ratifica y refleja claramente este punto de vista. Las dudas pueden superarse, en todo caso, por una **solución** justa, constitucionalmente validada y anclada en el principio de culpabilidad y **proporcionalidad**, que es aplicable incluso a los casos de identidad comprobada de sujeto, hecho y fundamento y consiste, según la más reciente doctrina del máximo intérprete de la Constitución, en que se descuenta en la sentencia penal el contenido de la sanción administrativa CUARTO.- Esa doctrina es la establecida en la sentencia del **Pleno del TC 2/2003**, de 16 de enero, en la que se aparta y revisa, en algunas cuestiones, de la establecida en las SSTC 177/1999 y 152/2001. En lo que ahora importa puede resumirse afirmando que el principio non bis in idem como garantía material, integra el derecho fundamental al principio de **legalidad del art. 25.1 CE** y tiene por finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, pues **la suma de sanciones crea una sanción distinta de la establecida por el legislador** que quiebra la garantía del ciudadano sobre previsibilidad de sanciones que se materializa, en definitiva, en una sanción no prevista legalmente. Se funda también en el principio de culpabilidad y proporcionalidad. No se produce reiteración punitiva, interdictada constitucionalmente, aunque haya identidad de sujeto, hecho y fundamento, cuando el órgano judicial toma en consideración la anterior sanción administrativa para su descuento de la pena en fase de ejecución de la sentencia penal. Materialmente sólo ha existido una sola sanción. **El art. 25.1 CE no prohíbe el "doble reproche aflictivo" sino la reiteración sancionadora** y no basta, frente a lo sostenido en la STC 177/99, para considerar vulnerado el derecho fundamental en su vertiente material la mera declaración de la imposición de la sanción. (En este sentido STS 52/2003 de 24 de febrero)..."

Desde luego el efecto positivo vinculante de cosa juzgada no lo producen las decisiones no jurisdiccionales. Por lo que la decisión administrativa sancionadora no vinculará nunca al orden penal.

Manifestación relativa a este principio es la del denominado efecto positivo de la cosa juzgada. Es decir la vinculación de una sentencia con tal efecto en un proceso ulterior.

Cuando la duplicidad se produce entre resoluciones del orden contencioso y las del orden social el RDL 5/2000 contiene una previsión específica cuando dice en su Art. 42.5. La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social.