



JUNTA DE ANDALUCIA
CONSEJERIA DE TRABAJO
DELEGACION PROVINCIAL
CENTRO DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO
GRANADA

RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR EL TRABAJO

PROFESORES
ILDEFONSO CAMACHO
AURORA GARCIA VITORIA
JUAN MIGUEL OSSORIO
MANUEL PALLARES
MANUEL PERTIÑEZ

COORDINADOR
EMILIO GOMEZ-VILLALVA

1991

RESPONSABILIDAD PENAL POR ACCIDENTES DE TRABAJO

AURORA GARCÍA VITORIA

**Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada**

**CUESTION PREVIA: CONCURRENCIA DEL DERECHO PENAL Y DEL DERECHO
LABORAL EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS LABORALES**

Sabido es que en este campo el Derecho penal puede intervenir cuando el carácter fundamental de determinados bienes jurídicos y la insuficiencia de las normas laborales y del mecanismo sancionador administrativo así lo aconsejen, pero no puede olvidarse tampoco que un recurso indiscriminado y excesivo al Derecho penal,, lo único que acarrea

es convertirlo en una táctica legislativa que encubra las deficiencias de otras vías que en realidad deben ser las utilizadas, como las sanciones administrativas, y al mismo tiempo y con ello, acabar provocando la inaplicación del Derecho penal mismo, precisamente por la desmesura de su uso.

Hecha esta aclaración debe señalarse que por «DERECHO PENAL DEL TRABAJO» se entiende el conjunto de preceptos penales creados para garantizar la efectividad de las normas que, relativas a la materia, tutelan los derechos laborales de los trabajadores.

En cuanto al tema concreto de la responsabilidad penal por accidentes de trabajo, dos son los preceptos penales a considerar: el artículo 348 bis, sobre todo en su párrafo a) y el artículo 427.

ARTICULO 348 bis A

Este delito se halla incardinado entre los entendidos como «delitos de riesgo en general», lo que condicionará, como podrá advertirse, su estructura, y en consecuencia, las circunstancias de su aplicación.

BIEN JURIDICO PROTEGIDO

La rúbrica de la Sección donde se inscribe dicho artículo pone de manifiesto que el bien jurídico protegido es la **SEGURIDAD EN EL TRABAJO**. Se trata de un bien jurídico asimismo dotado de protección constitucional (art. 40.2), e igualmente a través del Derecho administrativo-laboral, singularmente en la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo (en adelante la denominaremos OSHT), de 1971; en la Ley 8/de 7 de Abril de 1988 sobre infracciones y sanciones en el orden social (en adelante LISOS) y en el Estatuto de los Trabajadores (art. 4, párrafo 2,- letra D y artículo 19) que constituyen quizás las principales fuentes legales del deber de seguridad que todo empresario tiene.

Actualmente, se entiende por «seguridad en el trabajo» la **AUSENCIA DE RIESGOS PARA LA VIDA Y LA SALUD DEL TRABAJADOR**, en relación con las condiciones materiales de prestación del trabajo.

Se configura, por tanto, como un interés u objeto **DIFERENTE Y AUTONOMO RESPECTO DE LA vida y la salud del trabajador**, en sí mismos considerados, lo que conlleva tres consecuencias fundamentales, derivadas de lo anterior: a) **CONFIGURACION DEL CONCURSO DE DELITOS**, si se produce un atentado contra ambos bienes jurídicos, de una parte; b) la **IRRELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO EN EL RIESGO POR PARTE DEL TRABAJADOR**, de otra, y c) que **RESULTE INDIFERENTE EL NUMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS**, de modo que se apreciará un único delito y no tantos delitos como sujetos afectados haya.

Debe tenerse en cuenta además, y como corolario de lo expuesto, que la seguridad en el trabajo aparece normativamente hablando como derecho del trabajador, y especialmente por lo que concierne al Derecho penal, como un deber del empresario, deber que le es imputado por las normas de Derecho público, y que tiene carácter indisponible, lo que se corresponde precisamente con su fundamento jurídico.-penal o material, consistente en que el empresario, con la apertura de la empresa crea un riesgo para los trabajadores, y

es titular además de un poder fáctico y jurídico de disposición sobre los procesos y organización de la empresa y sobre las personas que en ella trabajan bajo su dirección y dependencia; notas características todas estas, que acabo de citar, que deben ser tenidas en cuenta, para la comprensión y entendimiento de este artículo 348 bis a).

Puede constituir ejemplo de lo dicho la siguiente Sentencia:

«El deber del cuidado incumplido incumbía a este procesado aunque se pudiera discutir su carácter de empresario desde el punto de vista del derecho privado. Se trata de deberes que sólo requieren una posición de dirección ejercida de hecho, que se: da en el caso enjuiciado, pues en la sentencia se ha tenido por- probado que el obrero muerto estaba «al servicio» del procesado» (24 noviembre 1989. Ponente: Bacigalupo Zapater).

La seguridad en el trabajo entonces, debe ser entendida como bien jurídico y como contenido de un deber que le es impuesto por el Derecho al empresario, y de la conjunción de ambos deriva que este delito contra la seguridad en el trabajo se configura como un delito consistente en el INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SEGURIDAD (En cuanto a las obligaciones específicas que, derivadas de la normativa al respecto, dotan de contenido. 91 deber de seguridad del empresario, vida detalladamente ARROYO, págs. 65 y ss).

SUJETOS DE ESTE DELITO

A) Sujeto ACTIVO: quienes pueden realizar la conducta delictiva, es decir, lo que el artículo denomina «los legalmente obligados», va referido a un círculo de sujetos a los que se imputa el ya mencionado deber de seguridad en el trabajo, y que del artículo 7- párrafos 1 y 2 de la OSHT y -: artículos 4 -párrafo 2 y artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores cabe inferir como tales, de una parte al EMPRESARIO Y de otra A SUS ENCARGADOS considerando así a todas aquellas personas que por delegación del empresario asumen en el esquema organizativo de la empresa, facultades de mando sobre otros trabajadores, y facultades para tomar decisiones en la esfera funcional que concretamente tienen a su cargo. Es a este círculo de personas a quienes el Tribunal Supremo denomina «encargado», término en el que cabe, según variada jurisprudencia, «la alta y media dirección, demás del encargado de la ejecución o capataz». Por tanto, el encargado es, a estos efectos, «cualquier persona a la que se confía la realización de una cosa, con mando sobre otros, y con función general de vigilancia y cuidado (entre otras, S. 13 junio 1980 y 2 mayo 1981).

Otros ejemplos concretos constituyen las Sentencias vistas a continuación:

«Encargado General de las Obras, lo cual no supone ser un mero ejecutor material de lo que le ordena el arquitecto y el aparejador, sino que personal y directamente viene obligado a cumplir y hacer cumplir a los obreros a sus órdenes las normas de seguridad consignadas de los preceptos antes citados, máxime conociendo los peligros que el trabajo en esas condiciones encierra, por lo que procede desestimar dicho primer motivo del recurso» (S. 7 junio 1988 Ponente: Huerta y Alvarez de Luna);

«Todas las normas vigentes han de interpretarse conforme a las realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y calidad de aquéllas, como señala el art. 3.1. C.C., a lo que se une el carácter realista propio de un derecho penal con vocación sustantiva. No hay duda de que, desde tal concepción, el llamado jefe técnico de una obra es el destinatario principal de las disposiciones administrativas tendentes a asegurar la vida e integridad física de las personas en general y

de los propios obreros en particular» (S. 30 de mayo de 1988. Ponente: Manzanares Samaniego)..

La determinación de estas personas, más que por criterios formalistas (denominación del cargo en la norma estatutaria), se rige penalmente por criterios tácticos, atendiendo a quienes de hecho son los encargados, es decir, quienes efectiva y materialmente asumen y ejercen el poder de dirección empresarial (SS. antes citadas y 17 mayo de 1979).

El último y más definitivo criterio para comprobar si concurren en una persona la condición de «encargado» es el de constatar si tiene o no facultad de adoptar por su cuenta, es decir, autónomamente, las medidas de seguridad de que se trate, y en relación a los supuestos de riesgo sobrevenido en un momento dado, que tenga la facultad de suspender el trabajo para prevenir dicho riesgo.

Puede verse estos requisitos en las Sentencias citadas a continuación:

«El recurso aduce la infracción por el argumento básico que, si bien a tenor de los hechos probados era empresario y co-encargado de la obra, ningún tipo de intervención tuvo en los hechos, desde el momento que nombró a terceras personas, otro encargado de la obra y dos aparejadores, a los que competía el cuidado y vigilancia de la actividad laboral y adoptar las medidas de seguridad pertinentes.

La autoexclusión que quiere hacer el procesado recurrente de su responsabilidad penal es gratuita. Por de pronto, además de empresario de la obra, compartía con otro procesado las funciones de encargado de la misma. Pero es que aunque solo fuera en su calidad de empresario, le alcanza la culpa penal, pues como viene declarando esta Sala, todas aquellas personas que desempeñen funciones de dirección o mando, en una empresa, y tanto si son aquellas funciones superiores, como intermedias o de mera ejecución, y tanto las ejerzan reglamentariamente como si las actúan de hecho, están obligadas a cumplir las normas destinadas al mantenimiento de la seguridad en e/ trabajo (SS. 20.5.84; 28-9.87), siendo de notar que las infracciones de tales medidas de seguridad fueron múltiples como en el caso de autos, a saber, la altura inadecuada a que el otro encargado situó la grúa respecto de la quinta planta donde estaban situados los obreros fallecidos, máxime habida cuenta del fuerte temporal de viento reinante, que al girar la grúa, la impulsó con violencia sobre dichos operarios, concurriendo de modo decisivo al letal desenlace final, la falta de barandillas, de cinturones de seguridad en los obreros y de puntos de apoyo y amarre de los mismos y de redes, de modo que la situación de peligro agravado por tales infracciones reglamentarias, atraen la máxima calificación de la culpa, es decir, la imprudencia temeraria (S. 31.5.88) . (S. 30 marzo 1990. Ponente: Díaz Palos).

«Se atribuye a dichos técnicos de la Construcción, el control de la ejecución material de la obra, haciéndoles responsables de que ésta se efectúe con arreglo a las buenas prácticas de la construcción y encargándoles expresamente de controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de seguridad en el trabajo, teniendo facultades incluso para prohibir y paralizar en su caso, los trabajos en los que se advierta peligro inminente de accidente, o de otros siniestros profesionales, cuando, no sea posible el empleo de los medios adecuados para evitarlos; obligaciones cuyo incumplimiento por ausencia de capacidad profesional o impericia o por falta de atención, previsión o cuidado, genera responsabilidad penal o civil para el técnico que encargado por

Ley, por convenio o simplemente por ingerencia, descuida de manera grave o leve la vigilancia y de los mismos dando lugar a que se produzca un accidente» (S. 14 mayo 1981).

Una vez concretado en quien recae esta cualidad de encargado, es preciso reseñar que no basta con ostentarla para que le sea, sin más, imputado cualquier accidente de trabajo, y en cualquier ocasión que se produzca, sino que para ser tenido como concreto autor de este delito, o sujeto activo, es necesario tener en cuenta que la autoría típica se establece a partir de cada creación de peligro, de cada infracción de normas de seguridad, lo que conlleva que solamente sea considerado autor, en definitiva, aquel en cuyo ámbito de competencias, se encuentre la fuente u origen del peligro, como por ejemplo pone de relieve la sentencia citada a continuación (S. 29 de enero 1988. Ponente: Bacigalupo Zapater).

«El deber de cuidado tendente a evitar un aumento del riesgo por encima del límite permitido, corresponde básicamente, al que . introduce el riesgo en el tráfico».

Un ejemplo más concreto lo constituye la siguiente sentencia, donde se imputa un resultado a determinado autor, en cuyo ámbito de competencias se produjo el peligro, sin hacer, por su parte, lo suficiente para conjurarlo:

(S. 17 de febrero 1990; Ponente: Huerta Álvarez de Lara) «Pretende el procesado que se degrade la calificación de los hechos que se le imputan de imprudencia temeraria a simple imprudencia; como si la conducta seguida por este recurrente, que era el encargado general de todas las obras que en diferentes lugares tenía el contratista, en el desapuntamiento de la marquesina no fuese constitutiva de imprudencia en su más alto grado, faltado absolutamente al deber objetivo de cuidado al continuar la operación de desencofrado no obstante haber avisado a los obreros que el vuelo de la marquesina se movía y se comprobaban que había grietas en la parte superior, por lo que se repusieron los puntales que habían sido quitados, el procesado al siguiente día sin haber avisado de ello al Arquitecto y sin hacer comprobación alguna de lo que le habían dicho los operarios, prosiguió separando los puntales, sin dejar ninguna seguridad, avisando de viva voz que no se circulara por debajo del vuelo, pero no individualmente a los seis trabajadores que estaban en los alrededores, voz que pudo no ser apreciada por alguno de ellos, y media hora después, al quitar el penúltimo puntal de madera, quebró el último y se desplomó con las luctuosas consecuencias que se dicen en el factum, lo que era de prever y para prevenirlo, dada su falta de conocimientos técnicos y la noticia que de lo ocurrido el día anterior le dieron los operarios, debió de dar cuenta al Arquitecto, director de la obra, para determinara lo procedente con lo que se hubiera evitado tan trágico final; por lo que procede desestimar, también, este recurso de casación».

Por ello importa destacar que el proceso de dirección efectivo que ha de comprobarse en cada caso por el juez penal es aquel en cuyo concreto ámbito de competencia funcional se ha producido el resultado lesivo para el bien jurídico, por lo cual hay que resaltar asimismo que «encargados» son «encargados de la dirección de un determinado trabajo y a un determinado nivel», y siempre que esta competencia sea realmente ejercida y asumida, ya que no puede exigírsele más de lo aceptado y de lo que está facultado para realzar, por lo que, evidentemente, no puede imputarse a nadie el resultado lesivo producido fuera del mencionado ámbito de competencia funcional que le corresponde.

Como ejemplo de lo manifestado, puede estimarse la siguiente jurisprudencia:

«El hecho de que procesado fuera gerente de la sociedad, lo cual abarca generalmente la mera gestión económica-comercial, no obsta para reconocer en él al garante de la seguridad» pues en el caso concreto era también director del proceso técnico de fabricación (S. 9-IV-1973, Art. 2651); «que las clasificaciones laborales realizadas por normas reglamentarias de profesiones o actividades en que se deslinden los cometidos de los sujetos que actúan como directores, encargados, mandos intermedios, técnicos y obreros, tienen sus efectos puros dentro de las relaciones laborales públicas, pero son meramente indicativos en el orden criminal... por que ha de estarse (aquí) no a lo que tales normas dispongan, sino a la efectiva realidad del hecho, para no evitarse a medio de citas legales, delitos cometidos en la praxis y con derogación material del contenido de aquellos que se incumplieran» (S. 22-V-1974, art. 2409). Aquí mismo también: lo que importa es si «fue autónoma su dirección de la ejecución del trabajo».

Así en la Sentencia de 21-V-73, Art. 2413, el procesado era simple albañil profesional, pero no representante de la empresa en la obra.

Entre las múltiples Sentencias que se declaran por el sistema fáctico, además de las anteriores, v. las de 7-XIII-61, 7-XIII-64 (supuesto este último en que el empresario consigue que los trabajadores firmen un documento por el que se pretende exonerar al empresario y que los trabajadores asumen en exclusiva la tutela de su seguridad, 21-11-74, Art. 798, y 24-VI-75, Art. 2929. Con independencia de que fuera jefe de ventas «ordenó la operación de limpieza, tomando parte directa y personal en todo el desarrollo de la misma»», (30-IV-82, C.L. 584).

Así S. 24-VI-75, Art. 2929, afirmando la responsabilidad del encargado de hecho y considerándole tal porque dispone de las facultades mencionadas. Por el contrario, en las de 24-XI-64 y 19-X-75 se niega el carácter de encargado a quienes carecen de dichas facultades, y así, en la primera de ellas se declara que «el cumplimiento (de las medidas de protección) no puede ser imputable al simple encargado del trabajo que no tiene funciones de dirección y responsabilidad en la organización y marcha del negocio industrial».

Sobre el requisito de que el resultado dañoso acaezca, *para poder ser imputado a un concreto sujeto responsable, en el ámbito de sus competencias*, vid. las siguientes sentencias:

-S. 14 junio 1988. Ponente: Moyna Ménguez. «La doctrina jurisprudenciaj, expresada en numerosas resoluciones de esta Sala que en el tramo más reciente van desde la de 21-6-74 al 28-9 y 28-11-87, han establecido que el plus de penalidad previsto en el párr. 54 del art. 565, para el supuesto de muerte o lesiones graves a consecuencia de la impericia o negligencia profesional, que los actos realizados pertenezcan a la esfera de su actividad y se efectúen habitualmente en ella, y que el resultado se deba a imprudencia profesional, es decir, a conducta imperita o negligente»;

-.S. 9 de noviembre de 1985, Pon.: Hijas Palacios. «Durante la construcción de la nave industrial, el acusado era evidentemente el Encargado de las obras, pero terminada la nave, la tarea de pintura de la estructura metálica de la misma, se subarrienda a otra empresa, la cual tiene su encargado de obras, ya condenado, tiene la dirección de tal pintura y al encargado de la Compañía arrendadora ya no le queda otra misión que la de comprobar que la obra de pintura, es adecuada al plan general de la Construcción pero sin la dirección inmediata de estos trabajos, que incumbían al encargado de la subcontrata, Juan V.A., con

exclusión de intervención de aquél en la ejecución y sólo con la posibilidad de comprobar el resultado, era acorde al plan previsto. Por tanto si él no le competía dar órdenes, sobre la realización de la pintura, forma de ejecutarla, etc., las omisiones, negligencia o imprudencias punibles que se cometieran en este aspecto parcial de la obra, han de recaer, como lo estimó la sentencia de instancia, con toda corrección sobre el encargado de la obra de pintura, mas no sobre el de la construcción de la nave industrial ya terminada».

Debe señalarse también que el «corte de competencias» en la escala laboral, se produce, por lo general, y salvo excepciones, en SENTIDO ASCENDENTE, pero no en sentido descendente. Así, por ejemplo, un fallo en la dirección técnica de una obra que produzca un resultado lesivo han de imputarse a los responsables del mismo, arquitecto, ingeniero, etc. pero no al encargado de la obra, aunque el resultado lesivo se produzca en el marco de la concreta esfera laboral de éste; en cambio, si el resultado lesivo se produce por un fallo que el encargado ha tenido en su concreta esfera funcional (órdenes inadecuadas, por ejemplo), se le imputará a él como su más inmediato autor, pero sin excluir a sus superiores, pues para ellos, la esfera de competencia de sus subordinados forma parte también de su propia esfera de competencia.

Vid. en este sentido la sentencia citada a continuación: S. 3 de noviembre de 1981, Ponente.: Latour Brotons.

«Ha venido proclamando reiteradamente esta Sala, tras el detenido estudio y análisis de la normativa sobre seguridad en el trabajo, representada principalmente por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971, sus preceptos están poniendo de manifiesto que el personal directivo de la empresa, técnico o no, y cualquiera que fuere su rango, clase o categoría que ostentare, está estrechamente vinculado y comprometido en la observancia y cumplimiento de las normas de seguridad, incluidos los propios destinatarios y beneficiarios de las mismas, y que por encargo de obra ha de entenderse tanto aquel que pueda ostentar la alta dirección como la media, e incluso la de simple rector de la ejecución, que comporta a su vez la existencia de un mandato sobre otro y la exigencia de conocimiento de las normas de seguridad».

Por el contrario, no se imputó, con razón, el resultado lesivo sucedido, a los técnicos superiores de una obra, sino a sus verdaderos responsables, por las razones aducidas, en la Sentencia 29 mayo de 1976, siendo ponente Díaz Palos, citada a continuación:

CONSIDERANDO: Que ya es doctrina firmemente asentada en la jurisprudencia de esta Sala la relevancia del nexo causal en la imprudencia punible que no sólo ha de cumplir su función primaria de establecer una relación de causalidad material entre la omisión anímica, del agente y el resultado dañoso, sino que sirve también, de manera señalada, para mensurar la gravedad de la culpa, si a la conducta del sujeto activo se agregan otras conductas de terceros, incluida la del propio sujeto pasivo, que actuando como factores concausales o de coeficiencia causativa, sirven para graduar la culpabilidad del autor y aun negarla, de suerte que si la actuación de tales terceros se muestra como causa decisiva y primaria del evento, habrá de reputarse la de aquél como accidental y fortuita -SS de 23 de enero de 1972 (R. 363), 5 febrero 1973 (R. 627), entre las recientes-, como asimismo, si ambas acciones se muestran igualmente favorecedoras del daño causado, habrá lugar a imputar al reo su imprudente acción si bien adecuando la importancia de la culpa a la entidad causal de su intervención, lo que permitirá dar paso a la categoría de imprudencia simple, bien en su versión antirreglamentaria, si se da tal vulneración de preceptos a él personalmente imputable - SS de 28 de noviembre 1970 (R. 5030), 19 de mayo 1971 (R. 2358), 22 mayo 1974 (R. 2413), entre otras-, bien en su categoría de falta por estar ausente

aquella infracción de prescripciones reglamentarias o, de haberla, no ser atribuible al inculpado – SS de 18 mayo de 1971 (R. 2351), 24 de abril 1975 (R. 1761), entre otras–.

CONSIDERANDO.: Que aplicada la anterior doctrina al supuesto fáctico contemplado en la sentencia recurrida, se echa de ver enseguida, a tenor estricto del relato, un complejo o constelación de factores causales que, concitándose entre sí, produjeron el derrumbamiento de un edificio en el barrio de G. de la ciudad de L.P.G., mostrándose como causa próxima del evento la apertura de una zanja en la calle P. de cerca de un metro de profundidad, junto a la pared exterior de un edificio de cuatro plantas que hacia esquina con otra calle, zanja que llegó a aproximarse a sólo unos 20 centímetros de dicha pared y, en algún punto, la puso al descubierto, y si bien pese a la extraordinaria debilidad de la cimentación de la citada casa, tal conducta -sigue diciendo el relato en el plano estrictamente causal en que ahora nos movemos- no hubiera tenido en sí consecuencia alguna, la rotura de la conducción de aguas y la salida de éstas, producida al tratar de colocar (los operarios) una tubería para los cables (de la compañía eléctrica que realizaba el tendido de los mismos), removi6 el terreno arenoso de aquel lugar que, horas más tarde, cortado ya el suministro de agua por el Servicio Municipal, determin6 que fuera cediendo los cimientos del edificio y se produjera su derrumbamiento total; es decir, que desde un punto de vista de mera causalidad objetiva, los factores causativos fueron estos: la rotura de la conducción de aguas por los mismos obreros que realizaban el tendido de cables eléctricos a través de un tubo en la zanja que habían excavado, la contigüidad de la zanja al muro de la casa que dejó al descubierto parte de la pared, la débil cimentación y el terreno arenoso que anegado por el agua se removi6 hasta producir el hundimiento del edificio en el transcurso de unas horas; y si de este aspecto causal puramente material o físico pasamos a los factores humanos que por acción u omisión contribuyeron al resultado producido, tres son las conductas enjuiciadas en la instancia al respecto: la del Ingeniero de la empresa U. que confeccion6 los planos para el tendido de cables, la del Perito Industrial de la propia empresa que asistía al Ingeniero y cuya misión consistía en verificar la buena ejecución técnica del proyecto para lo que giraba frecuentes visitas a la obra, y el contratista de obras que se limit6 a poner a disposición de la empresa el personal o mano de obra necesaria para la «ejecución material» del proyecto, personal que sólo recibía instrucciones de U. a través de un capataz de la propia empresa; de suerte que descartada la conducta del contratista, que sólo «nominalmente» aparecía como tal y que, por ende, ninguna influencia causal pudo tener en la producción del resultado, restan como posibles conductas influyentes: la del Ingeniero en el aspecto técnico de proyección, la del Perito en la ejecución también según normas técnicas de la obra y la del capataz (inexplicablemente excluido del proceso) en el aspecto de ejecución material; por lo que si el Ingeniero contaba con un auxiliar encargado de que el proyecto se llevara a cabo con arreglo a la *lex artis* o normas correctas de construcción y tendido de cable, parece innegable que son el Perito y el Capataz los que, uno en la realización técnica y el otro en la realización material, tenían influencia decisiva en la buena marcha de la obra; el primero mediante la frecuencia de sus visitas a los trabajos que se iban realizando, frecuencia que había de estar determinada en función de las dificultades o peligros que pudieran surgir o preverse, y el segundo vigilando la labor de los operarios para evitar extralimitaciones en la ejecución del proyecto o incidencias en la ejecución que pudieran resultar dañosas y dando aviso de las mismas a los facultativos o técnicos.

CONSIDERANDO.: Que acotada ya la actividad que debía desplegar cada uno de los elementos personales que intervenían en la obra de autos y descartada por su inoperancia causal la del Ingeniero y la del Contratista, el factum de la sentencia concreta

igualmente la conducta de cada una de las dos personas restantes: la del Perito Industrial que omitió la visita a la obra precisamente el día en que se produjeron los hechos, y la del capataz que dirigía la cuadrilla de trabajadores y que abrió la zanja en aquel punto del tendido, aproximándose innecesariamente a la pared -puesto que el tendido había de ir a unos 90 centímetros del edificio- con lo que comienza un proceso de anormalidad en la ejecución que culmina con la rotura de conducción de aguas por los mismos obreros que colocaban el tubo destinado al transporte de los cables eléctricos, inundación del terreno arenoso, debilidad de los cimientos de la casa y remoción final de los mismos, factores todos ellos que, coligados, produjeron el derrumbamiento; por lo que sopesadas ambas conductas, la del Perito y la del Capataz con su equipo de trabajadores, ciertamente que esta última se muestra como más decisiva en la producción del evento, tanto por extralimitación en la apertura de la zanja a distancia de la casa distinta de la proyectada, como por defectuosa ejecución en el tendido de la tubería que provocó la rotura de la conducción de aguas, factor principal y desencadenante del desplome del edificio contiguo; todo lo cual no empecé para que subsista la omisión del Perito al dejar de visitar la obra en un momento decisivo dula misma, aunque la rápida apertura de la zanja en aquel tramo impidiera que pudiera apercibirse de las defectuosas condiciones en que la misma tenía lugar; lo que traducido a términos jurídicos quiere decir que la imprudente conducta omisiva de dicho procesado, por obra de la coeficacia causal de los ejecutores materiales de la obra, de, indudable mayor rango, debe considerarse como leve o simple, sin que le alcance las posibles infracciones reglamentarias con base en los arts. 70 y 74 del Reglamento de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 20 de mayo de 1952 (R. 866 y N. Dicc. 6902), vigente en la fecha de autos y reproducidas luego en los art. 246 y 250 del Reglamento actual de 28 de agosto de 1970 (R. 1481 y 1699 y N. Dicc. 6930), para los trabajos de excavación y que son más bien imputables a la ejecución material de tales trabajos a causa de las extralimitaciones dichas, desconocidas de los facultativos y, por tanto, del procesado cuya actuación se contempla; restando tan sólo como culpa imputable al mismo, el no haber extremado su deber de vigilancia (culpa in vigilando) que de haberse actuado plenamente le hubiera alertado del peligro que se cernía con la posibilidad de evitarlo, con lo que se dan, aunque sea en la mínima magnitud jurídica de la falta, el elemento psicológico del descuido o ausencia de previsión en el grado dicho y el elemento normativo de la culpa en cuanto pudo y debió evitarse también en la medida que le era exigible a dicho procesado Miguel B.P.: lo que, en consecuencia, lleva a estimar el recurso de Ministerio Fiscal que en su único motivo alega la inaplicación del art. 600 del C.P. en relación con el 563 del mismo Código para dicho procesado; acogida que, a su vez, impone la desestimación del primer motivo del recurso aducido por la acusación particular ejercitada por don Pedro N.S., pretendiendo la calificación de imprudencia temeraria para losares procesados.

CONSIDERANDO.: Que el motivo segundo de dicha acusación particular, debe estimarse como lógica secuela de la conducta del procesado Miguel B.P. estimada como constitutiva de falta, lo que genera la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria de la empresa «Unión E. de C., S.A.» conforme al art. 22 del C.P., toda vez que dicho inculpado dependía como Perito Industrial de dicha entidad y realizó su actuación punible en el desempeño de su servicio profesional a tal persona jurídica; sin que obste a esa responsabilidad civil de segundo grado el alegato hecho en la instancia de que declarada la misma en 1974 habría prescrito la acción para exigirla conforme al art. 117 del C.P. en relación con el párr. 24 del art. 1968 del C. Civ., pues este precepto civil está dictado para la culpa extracontractual o aquiliana pero no para la responsabilidad civil ex delicto que corre a dichos efectos la misma suerte que la responsabilidad penal y sujeta por ende a los mismos plazos prescriptorios;, por lo que no pudiendo alegarse en esta causa prescripción

de delito, tampoco la habrá de la acción civil conjuntamente ejercitada con la penal –SS de 3 de febrero de 1965, 18 de junio 1968».

Otro elemento también ha tener en cuenta sobre este tema es la COMPETENCIA PROFESIONAL, ya que para ser sujeto del deber de seguridad es preciso tener los conocimientos y aptitudes necesarios para abarcar los peligros susceptibles de aparición en esa concreta esfera de cada sujeto, y además, poder determinar las medidas de seguridad adecuadas para neutralizar tales peligros. Así, la sentencia citada a continuación: 28 de septiembre 1987. Ponente: Soto Nieto.

«Es evidente que cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra de las características de la que se llevaba a cabo, compuesta de varias plantas, deben impartir cuidadosamente las instrucciones oportunas, de acuerdo con las ordenanzas legales, a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad, como garantes de la salvaguardia de la integridad física de cuantos trabajadores participan en la efectivización de los diversos trabajos, sujetos a contingencias y riesgos que es preciso conjurar, poniendo a contribución cuantas previsiones y ayudas experienciales y técnicas se ofrezcan convenientes a estos fines. No bastando con generales advertimientos, sino atendiendo con el debido cuidado a cada situación. La sentencia de instancia, calificando la conducta de los inculpados como integrante de imprudencia temeraria, incardinable en principio en el art. 565 párr. 14 C.P., resalta la infracción del deber objetivo de cuidado gravitante sobre aquéllos, máxime cuando el trabajador que resultó víctima iniciaba dicho día sus trabajos en la obra, recién incorporado al equipo actuante, acusándose el factor psicológico o subjetivo de la falta de previsión aquí relevante ante la normal peligrosidad de las tareas a ejecutar».

Por ello, y en definitiva, no puede ser considerado autor quien carece de los conocimientos apropiados para el desarrollo de su función; en consecuencia, la responsabilidad por los sucesos acaecidos, no corresponde a estos encargados incompetentes, sino que la fundamenta sobre sus superiores jerárquicos (culpa in eligendo).

Sin la concurrencia de todas estas características mencionadas, un empleado solamente queda obligado al cumplimiento de las medidas de seguridad que la experiencia aconseje como derivadas del trabajo que desempeña, y que no requieran otra competencia para su desarrollo que la que el posee, pero en todo caso ha de insistirse que al no alcanzarle el deber de seguridad, no puede decirse en su caso que infringe el deber objetivo de cuidado que corresponde al delito imprudente, aún cuando cause activamente una lesión de estos bienes jurídicos, ni tampoco al no estar constituido en garante de la seguridad de los trabajadores, puede decirse que en los supuestos de omisión, el no impedir el resultado sea equiparable a su activa producción. (Al respecto, Arroyo señala: «que en la Reglamentación del trabajo en la construcción (O.M. 11-IV-1946) en cuyo artículo 10, II se define la figura del encargado general, incluye expresamente entre sus requisitos las «posesión de los conocimientos suficientes para la realización de las órdenes que reciba de sus superiores» e igualmente en relación a los encargados de obra y capataces». El T.S. comprueba la tenencia de esos conocimientos y lo consigna generalmente mediante la fórmula de «la función que se encomendó al recurrente (...) no requiera conocimientos superiores para que los trabajos se llevaran a cabo dentro de las necesarias normas de prudencia, orden y seguridad» (T-S. 12-IV-1975, Ar. 1542). Como ocurre en la sentencia citada y comentada por Arroyo en la que se exonera de toda responsabilidad:

Simple trabajadores que ni conocían ni tenían por que conocer el peligro: 25-II-83, C.L. 248. A no ser que la imputación se fundamente precisamente en la imprudente aceptación de una tarea para la que se es consciente se carece de competencia: culpa in contrayendo, v. 4-111-82, C.L. 302, mero albañil que aceptó el encargado de la obra sin pedir asesoramiento a facultativo).

Consecuentemente también, es

B) Sujeto PASIVO el trabajador como tal, y por ello, en tanto que trabajador dependiente, y sin facultades de dirección y organización del trabajo, no es sujeto del deber de seguridad contenido en este artículo, es decir, que no puede ser sujeto activo de este delito. (Ejemplo: la Sentencia donde se rechaza esta condición para un simple obrero: 30 de abril 1982,; mero trabajador sin deber de seguridad específico alguno).

OTROS SUJETOS ESPECIALES EN RELACION CON EL DEBER DE SEGURIDAD

a) COMITES DE SEGURIDAD E HIGIENE Y VIGILANTES DE SEGURIDAD:

Su misión consiste simplemente en ayudar al empresario a cumplir su deber de seguridad, fiscalizando el estado de seguridad, y poniendo en su conocimiento las deficiencias y peligros que encuentren, al par que proponiéndole las medidas de seguridad que estimen necesarias para atajar tales peligros, y asesorando a los trabajadores sobre la mejor manera de realizar su trabajo evitando riesgos, pero ya que no poseen facultades para tomar medidas de seguridad, incluso en los supuestos en que estas sean necesarias, no pueden ser sujetos del deber de seguridad, a pesar de que en ocasiones se haya intentado hacer recaer en ellos la responsabilidad por accidentes.

No obstante, la jurisprudencia y doctrina es tajante al respecto, y las únicas sentencias condenatorias que se han producido, lo han sido no en base a su condición de tales, sino a que también desempeñaban otras funciones que implicaban poderes de mando o dirección. Así, por ejemplo, en la S. 31 enero 1972, el condenado era, a la vez, encargado de la obra y vigilante de seguridad. Sin embargo, la Sentencia de 18 noviembre de 1978, Imputa el resultado tanto al encargado como al vigilante de seguridad, basándose en que el primero no coloca la escalera de seguridad y en que el segundo no «exige» su colocación.

La decisión del T.S. es incorrecta, pues incluso en el supuesto de reconocer al vigilante de seguridad un deber de exigir el cumplimiento de las normas, su incumplimiento no puede servir para fundamentar la equiparación de su omisión a la activa causación del resultado, pues ni por ley ni por su posición en la empresa -carencia de poder de dirección y organización- debe ni puede evitar resultados provocados por otro, en este caso, por el encargado (Comentario de Arroyo).

b) ENCARGADOS O RESPONSABLES DE SEGURIDAD:

Sólo puede considerárseles responsables de la seguridad en el único supuesto de que reciban y acepten el encargo de estudiar y vigilar las condiciones de seguridad, teniendo facultades de disposición y mando para intervenir en caso de peligro, especialmente suspendiendo el trabajo, si ello resulta aconsejable. Sólo bajo estas condiciones les alcanza el deber de seguridad. Ejemplos de «encargados de seguridad», responsabilizados por un resultado lesivo, vida en sentencias: (S. 27 mayo 1988; Ponente: Cotta y Márquez de Prado).

«La imprudencia punible como construcción jurídica culposa sancionable en la esfera del derecho represivo, exige como elementos constitutivos esenciales que le den vida, una acción u omisión generalmente no maliciosa, un mal real y concreto y una relación de causalidad entre ambos extremos de modo que el daño sea consecuencia directa y natural de aquella acción u omisión.

Aplicando toda la anterior doctrina al caso del recurso se echa enseguida de ver el acierto de la Sala sentenciadora al incardinar la conducta del recurrente en el ámbito punitivo del párr. 24 del art. 565 C.P., por cuanto el referido procesado, que desempeñaba el cargo de gerente de la sociedad en cuestión, y por tanto, el jefe de seguridad en el trabajo de la misma, por no existir ninguna otra persona especialmente encomendada de dichas funciones, permitía que se realizasen las labores propias de la industria de cuya gestión estaba al frente, sin que los elementos de transmisión de los motores empleados para la molienda tuviesen incorporados los mecanismos de protección más idóneos al tipo y riesgo específico al conjunto de toda la maquinaria instalada, como exigen, entre otros, los arts. 84,85 y 89 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9-3-81, lo que determinó que en un determinado momento resultase atrapado y volteado por el eje de la transmisión general, situado a un metro de altura sobre el suelo, un operario, al que produjo tan gravísimas heridas que provocaron su fallecimiento; evento éste que, indudablemente, no hubiera tenido lugar si se hubiesen guardado las normas reguladoras de la protección de éste género de trabajos mediante el aislamiento con cubiertas rígidas, pantallas y barandillas cerradas, de los mecanismos atrapantes de la maquinaria referida, lo que no se hizo, lo cual acredita la concurrencia en este caso de los tres requisitos exigidos por la figura delictiva aplicada».

Vid. asimismo esta interesante sentencia, que diferencia dos supuestos de lo que tratamos:

C) DIFERENCIA ENTRE COMITÉ DE SEGURIDAD Y RESPONSABLE DE SEGURIDAD.

S. 11 de junio 1982, Pon.: Cotta y Márquez de Prado.

«Si bien los Comités de Seguridad de las empresas deben velar por el estricto cumplimiento de las normas reglamentarias para que no se produzcan sucesos como el de autos, procurando existan los medios conducentes a atajarlos, al procesado incumbía especialmente vigilar que todos los operarios los utilizasen trabajando en condiciones de absoluta seguridad, y si consintió o permitió que el fallecido realizase su misión sin el empleo de estas medidas de seguridad (lo que estaba a su alcance) es claro que realizó un acto voluntario contrario al mandato legal, y ello obliga a desestimar el motivo por entenderse que voluntariamente «permitió» lo que legalmente no podía «consentir»..

Ejemplo en que se castiga conjuntamente a dos responsables, cada uno según su función, en las titulaciones ante dichos, puede constituirlo la S. 31 mayo 1976. Ponente: Fidel de Oro Pulido.

Precepto estudiado: C.P. art. 565, párr. 24.

Condenados los procesados Remigio M.C. y Pedro F.S. como autores de un delito de imprudencia simple antirreglamentaria, recurren en casación alegando aplicación indebida del párr. 24 del art. 565 del C. Penal.

El T.S. desestima el recurso.

CONSIDERANDO. Que el único motivo de casación admitido en este recurso, amparado en el núm. 14 del art. 849 de la L.E.Crim., en su nada breve encabezamiento estimó infringido respecto del procesado Remigio M. por indebida aplicación de los arts. 565 párrs. 24, 44 y 74, y 14 del C. P., art. 10 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (R.539,722 y N.; Dicc. 27211), concretamente por lo que se refiere a sus tres primeros números y por inaplicación el art. 586 núm. 34 del C.P.; y respecto del condenado F.S., aunque señalada por separado las infracciones en realidad son las mismas fijadas para el otro procesado; infracciones que en forma alguna se pueden estimar cometidas, ateniéndose al relato de hechos probados de la sentencia de Instancia; el procesado Remigio M. en su calidad de Jefe de Almacén, era el encargado de dirigir los trabajos de carga en la Factoría F., de la ciudad M., de la carretilla automotora, en cuyas inscripciones figuraban entre otras «carga máxima a 600 metros 1250 kg», «con altura máxima de elevado a 3 m», cuyo sistema de sujeción de la carga consiste en dos palas, paralelas entre sí con una longitud de 90 cm., y separación regulable de 0 a 82 cm, para cuyo trabajo designó además del conductor de la carretilla a dos obreros auxiliares, teniendo por misión trasladar de un lugar a otro del almacén, varias estanterías metálicas con un recorrido aproximado de 80 m., en dos tramos perpendiculares y al llevar a cabo el tercer viaje, con una carga de 3,16 metros de altura, 2.05 metros de anchura, 1,23 de fondo y 660 kg. de peso, lo que ya supone una simple imprudencia cargando en forma distinta de la debida en la carretilla, y si a ello se une que el Remigio se ausentó abandonando la dirección de la maniobra en el momento preciso de iniciarse el descenso, la estantería previamente elevada para su transporte, quedó enganchada en una pestaña del travesaño inferior, dando lugar tras una serie de causas encadenadas, por no ir asegurada y trabada debidamente la carga, giró la carretilla automotora sobre el punto de enganche, cayendo hacia delante golpeando a uno de los obreros, causándole heridas tan graves que determinaron su fallecimiento inmediato; encontrándose cuando se efectuaba el traslado de las estanterías en el almacén el procesado F.S., miembro del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo de la Empresa, a pesar de haber pasado junto a él los obreros con la carga en la forma anómala como la llevaban no les hizo observación o prevención alguna, y como quiera que en los tres primeros del art. 10 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo, se establece entre otras prevenciones las siguientes: hacer cumplir previamente al personal de los riesgos inherentes al trabajo que deba realizar, así como las medidas de seguridad adecuadas que deban observar y prohibir o paralizar, en su caso el trabajo en que se advierta peligro inminente de accidentes o de otros siniestros profesionales: el proceso M. incurrió por acción directa y extralegal, dirigiendo la carga de la carretilla automotora no sujetándose a las prevenciones de Seguridad en el Trabajo y después con la omisión voluntaria también de abandonar a los obreros para que ellos solos ejecutaran una maniobra a todas luces peligrosa como lo demuestra el resultado catastrófico acontecido; y el procesado F.S. incurrió asimismo en la omisión reglamentaria, no obstante ser miembro del Comité de Seguridad en el Trabajo de la Empresa, y encontrándose en el mismo sitio que se efectuaban los trabajos de verdadero riesgo, dejó hacer a los obreros sin adoptar ninguna de las medidas relacionadas con el mismo; por lo que no habiendo existido vulneración de ninguno de los preceptos legales estimados en el recurso como infringidos, ambos procesados son responsables en concepto de autores a tenor de lo dispuesto en el art.

14 del C. P. de los hechos acontecidos, procediendo por todo ello la desestimación del motivo.

En cuanto a la compleja problemática planteada por la autoría de las PERSONAS JURIDICAS, (vid. TERRADILLOS/BAYLOS, pág. 35 y ss). En todo caso y como referencia, vid la siguiente sentencia 28 de mayo de 1984, que avala la práctica de «penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puede perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4. C.C.)».

CONDUCTA PUNIBLE

Consiste en INFRINGIR LAS NORMAS REGLAMENTARIAS DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, PONIENDO CON ELLO EN PELIGRO CONCRETO LA VIDA O INTEGRIDAD FISICA DE LOS TRABAJADORES, mediante tres modalidades típicas de realización de la conducta: a) no exigir los medios de seguridad; b) no facilitar dichos medios; y c) no procurar las condiciones de seguridad.

De estas tres modalidades de conducta, las dos primeras se refieren a un mismo objeto: los medios de seguridad que deben ser empleados por los trabajadores, es decir, los medios de protección personal que los empresarios están obligados a facilitar a los trabajadores y a exigir correlativamente, su empleo efectivo por éstos (art. 10, párrafo 1 de la OHST y Sentencia, 4 de febrero de 1980, entre otras en este sentido). Cabe incluir también la obligación de los encargados de exigir del empresario el cumplimiento de las normas y la implantación de los medios de seguridad necesarios y para cuya adopción no dispongan de poder autónomo.

En cambio, la tercera conducta va referida no a los medios sino a las condiciones de seguridad, entendiendo por tales «todos aquellos presupuestos personales, materiales u organizativos de la prestación del trabajo, que evitan la creación de riesgo o neutralizan o aminoran los ya existentes y que vienen exigidos por las normas de seguridad». (ARROYO)

Las dos primeras conductas pueden considerarse puramente omisivas, en tanto que la tercera «no procurar» admite tanto la posibilidad de realización activa como omisiva, ya que el incumplimiento de las normas de cuidado puede efectuarse de ambas maneras para algunos autores. Para otros, en cambio, se tratan todas de conducta de comisión por omisión. Como ejemplo, alega ARROYO, puede decirse que no procura las condiciones de seguridad adecuadas tanto quien ordena cargar una grúa con peso superior a la máxima carga útil (conducta activa) como quien no suspende la realización del trabajo a pesar de haber observado la rotura varios hilos de cable de esa grúa, debidamente cargada (conducta omisiva).

Esta citada posibilidad de realización de la conducta típica, en sentido activo u omisivo, viene facultada, continúa dicho autor, porque no cabe olvidar que nos encontramos ante un tipo penal consistente en la infracción de un deber, lo cual puede ser efectuado mediante acción u omisión indistintamente, pues lo relevante no es la forma en que se efectúa, sino la realización del resultado típico, consistente en la creación de un concreto peligro para la vida o integridad física del trabajador, o en el aumento de éste,

mediante infracción de las normas de seguridad cuyo cumplimiento impone el Derecho. De no concurrir tal peligro efectivo, tal infracción no sobrepasa la cualidad de ilícito administrativo.

NORMAS DE SEGURIDAD E HIGIENE CONTENIDAS EN ESTE PRECEPTO

Por normas reglamentarias han de entenderse todas aquellas que establezcan presupuestos y condiciones relevantes para la seguridad en el trabajo (ARROYO). Ahora bien, debe considerarse que el amplio catálogo existente en la materia a este respecto integra el contenido del deber objetivo de cuidado del empresario y personas asimiladas, pero sólo son relevantes en dicha generalidad para determinar la responsabilidad del homicidio y las lesiones imprudentes, pero no en relación al tipo penal que nos ocupa, ya que para éste sólo tienen interés las de carácter reglamentario, es decir, contenidas en disposiciones generales de Derecho público, con exclusión, por tanto, de las que no ofrezcan tal cualidad.

Como a tales puede considerarse, de manera especial a la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (OM de 9 de Febrero de 1971), cuyas disposiciones rigen toda clase de trabajos y afectan a todos los trabajadores, viniendo a complementarse con ordenanzas particulares para las ramas concretas de actividad laboral, con rango también de orden ministerial (Puede consultarse legislación relativa a esta materia, en ARROYO, pág. 235 y ss).

Este límite exigido por el tipo, hace que queden excluidas todas aquellas normas no reglamentarias, como las normas escritas puramente corporativas, la «lex artis» no escrita de las diferentes profesiones, las meras normas de experiencia, técnica o común, así como los Convenios Colectivos, y las disposiciones particulares adoptadas por los Inspectores de Trabajo en cuanto tales, excepto si requieren al cumplimiento de normas de Seguridad reglamentarias, pues entonces su desobediencia puede suponer la entrada en la esfera de este artículo.

Debe señalarse, frente a la crítica de algunos autores a esta restricción a las normas reglamentarias, que se formula precisamente en aras de una mayor seguridad jurídica; y que así mismo, cuando se critica también la naturaleza de este artículo como «norma penal en blanco», hay que considerar igualmente, (Así ARROYO) que no se trata de un tipo penal orientado a la sociedad en general, sino a un círculo determinado de personas, las cuales por otra parte deben conocer las normas de seguridad aplicables a su trabajo. (Vid., al respecto, por ejemplo, la siguiente sentencia como exponente a lo dicho: (22 de febrero de 1989; Ponente: Puerta Luis). «En este caso, la conducta de que se trata se desarrolla en una actividad perteneciente a la profesión del sujeto, un experto de la industria de la construcción de obras, en la especialidad de palista-excavador; actuando como contratista, esto es como empresario autónoma, propietario de la maquinaria y, en el momento y acto causal del daño, mecánico que maneja el artefacto personalmente (los sábados no se trabaja normalmente en la obra y él lo hace). Le es por tanto exigible un nivel normal de conocimientos técnicos de su especialidad y una experiencia que hay que presumir de su nivel de contratista, no de simple operario (aunque aún de éste cabría esperar una alarma, y consecuente precaución, al enfrentarse con una operación al menos difícil), y en tal papel sólo no debió continuar la demolición por debajo de cimientos de edificio ajeno sino que, con paralización del trabajo, esperar a día laboral para consultar al arquitecto cuando estuviera presente sobre la situación concreta planteada, que hasta a ojos de un profano

debía suscitar serias dudas. Por el contrario, los hechos reflejan que sin presencia del arquitecto y del aparejador, llevado sin duda de un celo explicable de acelerar la parte de la obra de su contrata siguió demoliendo en dos días sucesivos la parte más problemática de la zona colindante, eliminando un búnquer, presumiblemente muy sólido, que constituía un apeo adicional bajo el cimientado de la pared ajena, lo que debió haberle suscitado la aprensión mínima de detener su excavadora hasta confirmación de la orden facultativa que, aunque existiera hasta esa concreción, hubiera sido de dudoso cumplimiento por prudencia elemental del profesional de que se trata», y además, que dicho tipo penal describe claramente la conducta que desea prohibir, como es poner en peligro la vida o la integridad de los trabajadores.

Se requiere también que la infracción de dichas normas sea grave; lo cual deberán apreciar los Tribunales en cada caso concreto, en función de la relevancia de la omisión respecto al bien jurídico y el resultado ocasionado de puesta en peligro de la vida e integridad física de los trabajadores. En ocasiones, puede servir al respecto como indicio de la gravedad de la infracción, aun cuando no tenga carácter vinculante para el intérprete penal, el artículo 156 de la OGSH y artículos 9,10 y 11 de la LISOS, que distinguen entre infracciones leves, graves y muy graves.

En cualquier caso, esta exigencia tan incorrectamente formulada, supone una más de las restricciones que hacen casi inviable la aplicación del tipo, como señala en general la doctrina.

PELIGRO PARA LA VIDA O INTEGRIDAD FISICA DE LOS TRABAJADORES

La norma penal exige que se pongan en concreto peligro los mencionados bienes jurídicos de los trabajadores, es decir, que a causa de la grave infracción de las normas reglamentarias de esta materia se origine, o bien se incremente o no se evite, la probabilidad de producir una lesión a su vida o integridad física; todo lo cual requiere un juicio de experiencia técnica valorable por el Tribunal.

El peligro va referido a los trabajadores, por tanto, la puesta en peligro de personas ajenas a la empresa será atípica siendo esto incomprensible, porque destinatarios de estas normas, en cambio, son todas las personas; así como la referencia a «integridad física», hace que no puedan equipararse al término más amplio de «salud», con lo que resulta excluida la creación antijurídica del riesgo de enfermedad profesional, así como también sucede con la enfermedad psíquica o somática que no se debe a golpes, heridas o contusiones.

RELACION DE CAUSALIDAD E IMPUTACION OBJETIVA DEL RESULTADO

Debe tenerse muy en cuenta que para incurrir en responsabilidad criminal no es suficiente con realizar una conducta imprudente, sino que es precisa la producción de un resultado lesivo, es decir, muerte o lesiones, y además, que entre la conducta y el resultado medie inequívocamente una relación de causalidad, debiendo determinarse en cada caso concreto si ese resultado producido es o no objetivamente imputable al sujeto que realizó esa conducta, utilizando para ello los criterios suministrados por la actualmente más reconocida teoría al respecto, que es la llamada «teoría de la imputación objetiva».

Como idea fundamental puede aducirse que en base a esta teoría, un resultado producido por una conducta humana es objetivamente imputable a un sujeto solamente en el caso en que con su conducta haya creado un peligro jurídicamente desaprobado, es decir, no permitido (o bien existiendo ya tal peligro lo elevó a un grado jurídicamente desaprobado), y ese peligro es el que produjo el resultado típico, es decir, el prohibido por la norma.

Tres son, en términos generales, los criterios a que se acude para fundamental la imputación objetiva del resultado a una conducta imprudente: a) relación de causalidad; b) relación de adecuación; c) ,relación del fin de protección de la norma.

A) RELACION DE CAUSALIDAD: Significa, como primer presupuesto, que ha de existir una relación material, una relación de causalidad, entre la conducta imprudente y el resultado, y que para serle objetivamente imputable al autor es preciso determinar que dicha conducta es condición de ese resultado, y lo será cuando ambos aparezcan conectados naturalmente, es decir, en una relación conforme a las leyes de la naturaleza. (Vid. al respecto las Sentencias citadas, que recogen dicho requisito: de lo expuesto y en la que se detalla este requisito mencionado para la estimación de dicha teoría. (30 de mayo de 1988; Ponente: Bacigalupo Zapater). «La jurisprudencia reciente de esta Sala viene sosteniendo que el criterio más adecuado para caracterizar la relación que debe existir entre acción y resultado típico es el que proporciona la teoría de la imputación objetiva, que como es sabido, tiene fundamentos y alcances diversos de los que corresponden a la teoría de la causalidad adecuada. Pero, de todos modos, en el hecho que ahora se juzga ambos puntos de vista conducirían a igual resultado. En el presente caso, la imputación objetiva de la muerte de la víctima no es el absoluto problemática, toda vez que se trata de la concreción de un peligro representado por la acción del acusado que cae dentro del ámbito de protección de la norma de cuidado lesionada por el recurrente. Aplicando el criterio de la causalidad adecuada, la conclusión sería la misma. Causa del resultado será, según el criterio de la causalidad adecuada, sólo aquella condición que, de acuerdo con la experiencia, es apropiada para la producción de un resultado de la especie determinada. Esto requiere formular un pronóstico objetivo sobre la probabilidad de la causación del resultado en el momento de la realización de la acción». (20 de noviembre 1989; Ponente: Sierra Gil de la Cuesta).

«Los pilares que había construido el acusado tenían serios defectos al carecer de estructura metálica (no excesivamente necesaria dada la finalidad de aquéllos) y por no haberse adoptado las adecuadas medidas de limpieza de polvo, mojado y picado en la unión de los pilares a su base, el mortero de cemento empleado para dicha unión no produjo su natural efecto, como era el de aguantar una resistencia en presión lateral de, al menos, 200 kilos. Con estos datos se puede fundamentar la tesis del doble elemento-subjetivo y objetivo de la imprudencia o negligencia, ya que de lo dicho anteriormente se destaca en el acusado una actuación reprochable por falta de previsión que deriva en una infracción del deber objetivo de cuidado. Por último, ya de una manera incuestionable, surge el nexo causal, claramente recogido en el *fatum*, como es la defectuosa construcción del pilar, que al ser manipulado por un niño, cayó al suelo, sobre la víctima».

B) RELACION DE ADECUACION: Este segundo nivel, que presupone la previa conexión causal, antes citada, requiere la adecuación entre conducta y resultado, en el sentido de que este último sea previsible para la generalidad de las personas pertenecientes

al círculo de actividad del autor, y reconocido como susceptible de ser producido por la conducta, lo cual conlleva que ha podido ser tomado en cuenta en el proceso de formación de la voluntad del autor, que es tanto como decir en el momento de decidir su comportamiento a realizar.

Dicha previsibilidad objetiva requiere un juicio sobre los hechos una consideración sobre ellos antes de decidir el comportamiento, en orden a comprender, como lo haría cualquier otra persona normal de similares características al autor, que tal resultado puede ser desencadenado por esa conducta; lo cual puede verse, por ejemplo, en la Sentencia abajo citada: (21 de abril 1989; Ponente: Vivas Marzal). «Efectivamente la misión de los aparejadores o arquitectos técnicos en la edificación y en la construcción, no era, a la sazón, la de estudiar las condiciones del terreno y elaborar el Proyecto que iba a presidir las dichas construcción y edificación; pero, la sentencia recurrida no atribuye tales funciones al recurrente S. como aparejador de la construcción de autos, sino que se limita a declarar que la decisión de modificar el proyecto, sustituyendo las placas de hormigón por viguetas pretensadas, la tomaron ambos técnicos, de común acuerdo, lo que convierte al recurrente en un partícipe de la causa desencadenante del resultado dañoso, participación que es posible en tanto en cuanto se circunscriba a la actividad negligente o imperita o no se extienda al mentado resultado. Pero, en todo caso, el aparejador, contribuyó concausalmente a la producción del nocivo resultado, pues siendo su misión reglamentada por el D. de 16-7-35 y disposiciones posteriores, la de intermediar entre Arquitecto y constructor, vigilando directamente la ejecución de lo proyectado y la calidad e idoneidad de los materiales empleados, accedió a una modificación del Proyecto primitivo, plasmada tan solo en un boceto o croquis manual, y ejecutó dicha modificación pese a constarle o deberle constar, dada su condición técnica, el desacierto de la sustitución de las placas de hormigón armado, que debían sustentar los de los balcones volados, por viguetas pretensadas sin anclaje suficiente y cuya inidoneidad era patente y manifiesta, y a su vez supone también, en contrapartida, que la imprevisibilidad objetiva del resultado, aunque haya sido causado éste efectivamente –por el sujeto, impide su imputación al autor; ya que un resultado no previsible, ha de estimarse como inevitable, pues si el sujeto no puede conocer -por no ser objetivamente posible– que el proceso causal que ha puesto en marcha o bien no ha impedido, puede producir un resultado lesivo, es impensable que adopte una actitud encaminada a atajar dicho peligro.

Otro dato más que debe añadirse a la previsibilidad objetiva, es la evitabilidad, pues no toda conducta que previsiblemente pueda producir un resultado lesivo exige el Derecho que sea evitada, sino solamente aquellas que, por sus características, además de ser previsibles hayan de ser social y normativamente impedidas. Evidentemente, y por tanto, los resultados no evitables, en el sentido antes aludido, que se produzcan a pesar del cumplimiento de las normas de cuidado, son irrelevantes jurídico penalmente hablando.

C) RELACION DEL FIN DE PROTECCION DE LA NORMA: En los delitos imprudentes no basta con constatar los anteriores requisitos de causalidad y de adecuación o previsibilidad, sino que es preciso también un tercero consistente, de una parte, en que el resultado lesivo se deba a una concreta infracción de la norma de cuidado, en el sentido de que con ese resultado lesivo se haya realizado el riesgo que la norma quería precisamente evitar, y para lo que había establecido un deber de diligencia tendente a evitarlo, y de otra parte, en que además habrá que establecer también si las condiciones en las que, y por las que, se ha producido el resultado, eran asimismo aquellas condiciones de riesgo que la norma quería que no se hubieran producido (ejemplo: realizar determinados trabajos, y mas

si son peligrosos, en condiciones completamente ajenas a lo establecido por las normas de seguridad, ya que estas tratan de evitar determinados resultados producidos como consecuencia de los riesgos que esa normativa de seguridad laboral pretendía combatir). Cuando se constate la falta de conexión entre la infracción de la norma y el resultado, este no podrá, desde luego, serle atribuido al sujeto, por no ser el resultado que la norma de cuidado pretendía evitar.

Ejemplo en que se apreció la imputación objetiva del resultado, según la idea del fin de la norma: S. 9 de Mayo de 1975, en cuyos hechos se relata la muerte de varios obreros por anoxemia, dándose una infracción del art. 150 de la OSHT, el cual prescribe el empleo por los trabajadores de elementos protectores de aparato respiratorio, y que no utilizaron. El Tribunal Supremo entendió «que uno de los riesgos específicamente prevenidos por el precepto infringido fue el que precisamente causó la muerte de los trabajadores, con lo cual puede afirmarse que el resultado (muerte) es uno de los que la norma de cuidado infringida pretendía impedir, y además se ha producido mediante un proceso de riesgo (anoxemia) que es precisamente el proceso de riesgo que la norma que exige el empleo de dichos aparatos respiratorios protectores pretendía evitar.

Otro ejemplo en que también se apreció: (24 noviembre 1989. Ponente: Bacigalupo Zapater). «En primer lugar alega el recurrente que «el antecedente causal de la nave fue un proyecto técnico visado (...) constituyendo éste el origen o motivo primario de las consecuencias fatales que hoy día son objeto de enjuiciamiento Alega, asimismo que tomó parte en la obra cuando ya estaban construidas las partes de la nave y que «no era empresario de ninguna clase cuando se comprometió con el dueño de la obra a colocar la teja». El recurso debe ser estimado.

El primer argumento cuestiona la causalidad de su acción sosteniendo, en realidad, la existencia de una causa anterior a la misma que habría producido el resultado. Pero esta argumentación no tiene en cuenta que la relación de causalidad no se interrumpe por causas anteriores a la acción, cuando la acción, por sí, es causal del resultado. En el presente caso no cabe duda de que si este procesado no hubiera introducido a la víctima en la situación de riesgo excepcional, esta no lo hubiera podido hacer por sí. Por lo tanto, la causalidad no es discutible. La relevancia jurídica de esta causalidad no resulta excluida, por lo demás, aunque se aplicara la teoría de la causalidad adecuada o se la limitara sólo a los casos en que cupiera firmar la imputación objetiva. En efecto, no cabe duda que la situación de riesgo excepcional asumida por el recurrente, al introducir a los otros dos trabajadores en las condiciones peligrosas de trabajo, es, según la experiencia general, causal de resultados de la especie del contenido. Por otra parte, no cabe duda, tampoco, que la muerte del trabajador es, precisamente, la concreción del peligro representado por la acción, con lo que la imputación objetiva tampoco es cuestionable».

Ejemplo, en cambio, en que no se apreció la imputación objetiva del resultado, según la idea del fin de la norma: S. 29 de Diciembre de 1975, en que se juzga el hecho de la muerte de un menor que trabajaba en día no hábil (domingo), limpiando una rueda que cumplía todas las normas de seguridad, pero que por causas desconocidas se desprendió y mató al menor. Se constata la infracción de un precepto que prohíbe el trabajo en días festivos (L. 13 de Julio de 1940), pero se negó la imputación objetiva del resultado porque la finalidad a que responde la norma de descanso en los días no laborables no tiene eficacia causal alguna respecto al proceso de riesgo descrito aquí, y sobre todo, porque el proceso que llevó al mismo, no es de los que la norma de cuidado infringida pretendía evitar,

existiendo claramente una desconexión entre la forma y las condiciones de riesgo que la norma del descanso quería descartar.

RELEVANCIA DE LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA EN LA IMPUTACION OBJETIVA DEL RESULTADO

Resulta de singular frecuencia la intervención de la víctima en su propio accidente, pero lo que aquí interesa es la relevancia de su intervención en un proceso de riesgo originado o elevado en forma contraria al deber de cuidado, por parte del empresario. Deben distinguirse tres hipótesis básicas al respecto, una vez advertido previamente que han de excluirse de este ámbito aquellos accidentes originados por exclusiva culpa de la víctima, sin que a su vez el empresario incurra en ella; o cuando el resultado ha sido intencionadamente buscado por la víctima (suicidio, fuerte indemnización, etc.), aprovechando las facilidades brindadas por una fuente de peligro mantenida sin las preceptivas condiciones de seguridad a que estaba obligado el empresario. (En este sentido puede estimarse la siguiente jurisprudencia,:

Han de descartarse de este ámbito de problemas aquellos accidentes que se producen por culpa exclusiva de la víctima, sin intervención alguna de conducta imprudente del empresario, v.gr., la lesión se produce por un hacer de las víctimas que contravinieron las órdenes expresas dadas por el empresario, habiendo tomado éste todas las medidas de seguridad requerida. Así S., 21-XI-1963, Ar. 4551. También la de 20.V.1967, Ar. 2491: «No puede exigirse responsabilidad en el orden penal a quien prohibieron se trabajaba en lugar de tanto peligro, ya que no pueden responder de actos de otros ejecutados en contra de sus prohibiciones». V. en el mismo sentido, entre otras, 16 de abril de 1974, Ar. 1841).

1.- La conducta imprudente del trabajador es consecuencia directa de la orden de trabajo del patrón. En este supuesto se afirma la imputación, y por tanto la existencia de un nexo causal entre la conducta y el resultado, siendo además la intervención de la víctima completamente irrelevante, pues aunque exista una contribución causal de la misma, puede entenderse que o bien no existe imprudencia por su parte, ya que se limitó a cumplir la orden en los términos emitida, o bien se trata de una mera «imprudencia laboral» o «imprudencia profesional» considerada como «leve», inherente y habitual en los trabajadores, y que precisamente debía haber sido tomada en cuenta en el momento de emitir la orden, pero que no se vuelve contra ellos ni en el orden laboral ni penal, por ser distinta a la «extraprofesional» o «temeraria».

2.- La conducta imprudente del trabajador es consecuencia de su habituación al riesgo derivado de su profesión u oficio, y se ve favorecida por a pasividad del patrón en cuanto a la modificación de su conducta y su adecuación a las normas de seguridad, lo cual crea o aumenta el riesgo del trabajo. En este supuesto se afirma también la imputación, pues aunque la intervención de la víctima es causal, la imputación se condiciona a que el fin de la norma de cuidado no observada por el patrón sea el evitar esa imprudencia profesional de la víctima, lo que aquí se cumple y por eso se afirma la imputación objetiva del resultado producido, pero en cambio, y en otro plano distinto, el de la culpabilidad, la imprudencia «laboral» de la víctima puede servir para graduar, rebajándola, la culpabilidad del patrón y con ello la pena criminal y la responsabilidad civil, siempre que se den las necesarias condiciones para ello, como puede ser que la imprudencia profesional de la víctima sea debida a su voluntaria y consciente puesta en peligro, rebajándose entonces el grado de la culpa del patrón, por ejemplo, de temeraria a simple con infracción de reglamentos. Así la sentencia 18 mayo 1973, dice: «El viejo apotegma de la no compensación de culpas en lo

penal, así expresado como reacción iuspenalista al instituto de la compensación de las obligaciones (art. 1196 del C.Civ.), tiende a ser explicado por la más reciente jurisprudencia de esta Sala, de acuerdo con la mejor doctrina. como un supuesto de concurrencia de conductas de autor y víctima dentro del plano causal con la consiguiente repercusión en la culpabilidad, de tal modo que si la actuación del sujeto pasivo se muestra como causa prima del resultado habrá de reputarse la del sujeto activo como accidental y fortuita, y que por el contrario, si predomina la imprudente conducta del reo sobre la arbitraria del ofendido, o se muestran ambos como igualmente favorecedores del daño causado, habrá lugar a imputar al primero su negligente acción si bien adecuando el grado de su culpa –imprudencia temeraria o simple y en este último caso con o sin infracción de reglamentos a tenor de la nomenclatura legal, a la respectiva eficacia causal de las concurrentes conductas».

3.- La conducta imprudente del trabajador es consecuencia de su propia voluntad, desobedeciendo incluso las órdenes relativas a, la seguridad correctamente dadas por el empresario, o sustrayéndose a su vigilancia. En este supuesto se niega la imputación del resultado, y el empresario queda desde el primer momento exonerado de toda responsabilidad al respecto.

De todas formas, cabe decir al respecto que los conceptos de imprudencia profesional y temeraria o extraprofesional de la víctima sólo han de ser empleados indiciariamente, como pone de relieve, por ejemplo, la sentencia abajo citada:

«Para que pueda asegurarse que las conductas concurrentes existan, como provenientes de algunas de dichas personas, agente y víctima, es indispensable, sin embargo, que se hallen probadas plenamente, pues no se puede operar a medio de presunciones o deducciones, sino que la realidad de la situación de riesgo creada, por infracción del deber objetivo de cuidado, ha de resultar evidente para ambos, por imponerlo el principio «pro reo», y la interpretación «in bona parte», pues tampoco se puede cargar sobre la víctima hipotéticas responsabilidades, no justificadas con notoria o directa evidencia, porque sirven de un lado, para limitar o disminuir la culpabilidad del agente, pero también de otro, para rebajar las consecuencias civiles del delito mismo, a medio de la compensación civil de la culpa, admitida por la doctrina de esta Sala (S. 4 diciembre 1971; R. 5411).

De tal forma que aún cuando por lo general esta última clase de imprudencia supondrá la no imputación del resultado lesivo al empresario o patrón, la primera clase de culpa, también por lo general, supondrá la imputación, lo definitivo es realmente determinar el grado y tipo de esta imprudencia y el sentido y fin de la norma de cuidado infringida por el empresario. En este sentido la sentencia abajo citada, en la que se advierte nítidamente que ante una grave imprudencia por parte de su autor, la concurrente de la víctima, no solamente no excluye el nexo causal, sino que incluso puede llegar a ser inoperante en la degradación de dicha responsabilidad culposa:

«Aunque se admitiese, hipotéticamente, la concurrencia de alguna culpa o parte de la víctima, es de tener en cuenta que en los supuestos de concurrencia de conductas culposas no siempre la de la víctima atenúa la del inculpado, pues al hacer la obligada valoración del aporte causal que representa cada comportamiento individual en orden a la producción del resultado, se puede llegar a la conclusión, como ocurre en el caso de autos, que dada la magnitud de la imprudencia del procesado, de ser reputada como causa única directa e inmediatamente determinante del daño por lo que la de la víctima debe reputarse irrelevante» S. 18 abril 1981, C.L. 529.

Con mayor extensión se determinan en las sentencias abajo citadas, las posibilidades de interferencia de la conducta de la víctima en la responsabilidad ajena:

«Es decir que la conducta de la víctima puede influir en la mayor o menor previsibilidad del evento dañoso, lo que faculta al juzgador para evaluar agravando o atenuando la negligencia integrante de todos los diferentes grados de culpa. La existencia de esta culpa que se interfiere o incide en la relación causal, por regla general no exonera totalmente de responsabilidad criminal al agente, si bien puede influir de tres maneras distintas: En casos excepcionales, cuando la culpa de la víctima es de tal gravedad, que su inserción en la relación causal, hace que el resultado sea consecuencia indeclinable de la misma apareciendo la del inculpaado, como manifiestamente irrelevante en cuyo caso queda totalmente exonerado de responsabilidad. Otras veces degrada la gravedad de la infracción culposa, que de temeraria puede pasar a ser simple, con o sin infracción de reglamentos. Finalmente puede influir moderando el «quantum» de la indemnización en correlación directa con la intensidad de la culpa del propio ofendido en el resultado final (S. 31 marzo 1982).

(S. 30 diciembre 1987. Ponente: Moner Muñoz). «Si bien no cabe la compensación de culpas, puede hablarse de concurrencia de conductas, que desplaza el problema, al campo propio de la causalidad, con su correlativa repercusión en la culpabilidad, valorando los comportamientos confluentes en la producción de resultado, tanto desde el lado activo de la infracción -autor- como desde el pasivo de sus consecuencias -víctima-, de forma que cuando aparezcan conductas plurales y simétricas en el suceso procedente de varias personas que ocasionan un evento dañoso, se origina un concurso de conductas, para cuya calificación debe procederse al examen de cada una con individualización, como si se tratase de entidades separadas, y obtenida la graduación específica de cada conducta concurrente, elevarla al plano comparativo con las demás coadyuvantes, a fin de determinar su eficacia preponderante, análoga o de inferioridad respecto a las otras, llegando por este sistema a su delimitación y estimación penal más adecuada y correcta, pudiendo aplicarse criterios de experiencia general y de ordinario entendimiento, siempre circunstanciales y relativas por la naturaleza común de los diversos grados de imprudencia, apreciando como prevalentes en el campo penal las reputadas como originarias y principales para que el resultado dañoso se origine, teniendo carácter secundario las que meramente sean favorecedoras y auxiliares del mismo -SS. 24-3-83, 8-6-85 y 6-2-87-, y esta interferencia de la culpa de la víctima al resultado común, puede influir de los siguientes modos,, tanto en lo que concierne a la responsabilidad penal, como en lo referente a la responsabilidad civil: 14 degradando la intensidad de la culpa en que haya incurrido el agente, y ello según la mayor o menor incidencia que dicha culpa concurrente haya tenido en la causación del suceso, pudiendo producirse el descenso en uno o dos peldaños en la escala culposa, 24 moderando el «quantum» de la indemnización, en proporción a la influencia que el comportamiento del ofendido a la víctima hayan tenido en la efectuación del evento, si bien dicha moderación no puede afectar a aquellos ofendidos o perjudicados, que ni por sí mismos ni a través de la persona de la que traen causa, hayan influido para nada en el curso causal de los acontecimientos, tratándose, pues, de víctimas inocentes que no tienen por qué sufrir merma de sus derechos indemnizatorios, como secuela de comportamientos antijurídicos imprudentes ajenos, y 3º en casos excepcionales, minimizando la culpa del agente, que atrayendo sobre sí el sujeto pasivo, toda la responsabilidad de la causación del resultado, exonere de toda responsabilidad al activo -SS. 1-10-85, 2-6 y 25-9-86 S.».

(Sentencia 25 octubre 1988. Ponente: Vivas Marzal). «Se da siempre que con la indudable culpa del agente, haya coexistido o confluido la del ofendido o la de la víctima,

contribuyendo concausalmente, y en mayor o menor medida, a la producción de un mismo resultado lesivo, habiendo declarado esta Sala al respecto en SS de 24-3-82, 28-5-84 y 18-12-86, entre otras muchas, que la interrecurrencia de imprudencia o negligencia por parte del sujeto pasivo en la causación de un evento culposo, contribuyendo concausalmente con el comportamiento del agente en la dicha causación del mismo, puede influir en la calificación jurídica de los hechos, del modo siguiente: a) degradando la índole de la culpa en que per se, incurrió el agente, y haciéndola descender al compás de la trascendencia de la culpa del ofendido o de la de la víctima uno o más peldaños en la escala culposa; b) moderando el quantum de la indemnización que procedería señalar o fijar de no haber convergido con la culpa del agente, la del sujeto pasivo, siendo esa moderación más o menos intensa con arreglo a la incidencia e influencia que, en la causación o producción del daño sobrevenido, haya tenido el comportamiento imprudente o negligente del agente comparado con el indudable quehacer u omitir descuidado o imprecavido del sujeto o sujetos pasivos, c) muy excepcionalmente, la culpa de dicho sujeto pasivo puede ser de tal magnitud y de influencia tan decisiva en la producción de un mismo resultado que no sólo minimice o trivialice la del encausado, sino que la borre o eclipse, en cuyo caso, la responsabilidad, tanto criminal como civil, recaerán exclusivamente en la esfera jurídico-patrimonial del que, *ab initio*, se calificó de víctima o de ofendido».

CUESTIONES ESPECIALES RELATIVAS AL DEBER DE SEGURIDAD

Pasando a otra vertiente del mismo tema, y habida cuenta de que el deber de seguridad exigible al buen empresario, se asienta en dos presupuestos: a) a mayor riesgo corresponde un mayor cuidado y vigilancia y b) que este cuidado aplicable abarca también la previsión de la posible conducta imprudente de los trabajadores, conviene examinar varios supuestos especiales:

- dificultades técnicas: considerando que la seguridad en el trabajo responde en muy alto grado a problemas técnicos, debe advertirse que el empresario está obligado a aplicar todas aquellas técnicas de seguridad que en el contexto temporal en que se desenvuelve sean generalmente reconocidas, sin perjuicio de ir las acomodando obligatoriamente a los nuevos avances tecnológicos en materia de seguridad y sin que en ningún momento y como consecuencia, el empresario pueda justificar la omisión de los adecuados dispositivos de seguridad, aduciendo imposibilidad o dificultad técnica. (En este sentido, manifiesta ARROYO que este principio de adecuación de las condiciones de seguridad en el trabajo a los nuevos avances tecnológicos ha sido reconocido por la jurisprudencia civil y, en su virtud, se ha exigido responsabilidad. Habida cuenta de que viene a definir el contenido del cuidado debido, entendemos que debe reconocerse igualmente en lo penal, como en la Sentencia civil del S. de 5-IV-63 (C.L. nº 335, p. 107) que declaraba el deber de sustituir el viejo sistema de tendido eléctrico por uno nuevo a base de cables fiadores de acero generalmente reconocido como considerablemente más seguro. V. comentario de DIEZ PICAZO en sus «Estudios sobre la jurisprudencia civil», 1, Madrid, 1973, p. 273);

b) problemas financieros: considerando asimismo que la seguridad depende de la técnica pero que esta tiene un coste financiero, y en ocasiones muy elevado, ha de hacerse constar que ni las dificultades financieras ni aun la imposibilidad económica exime al empresario del deber de proporcionar a los trabajadores la máxima seguridad. No obstante, resultan necesarias algunas precisiones:

Debe advertirse que lo antes dicho rige con carácter absoluto en el momento de apertura de la empresa, pero no es menos cierto que una vez abierta, hay ocasiones en que se presentan especiales dificultades, que no pueden ser menospreciadas, a la hora de sustituir unos sistemas de seguridad por otros más modernos, y más si en tiempos de crisis, dicha sustitución puede suponer el colapso económico de la empresa y la consiguiente pérdida de puestos de trabajo. En estos supuestos es especialmente necesaria la intervención normativa y ordenadora de la Administración en el control de los procesos de producción.

Aparte de ello cumple señalar que las necesidades financieras no afectan al deber objetivo del cuidado del empresario, ni éste puede nunca alegar justificación de su conducta por necesidades financieras.

c) peligrosidad en los trabajos: rige el principio de que el empresario está obligado a evitar toda elevación del riesgo por encima de lo permitido, siempre que sea objetivamente previsible, mediante la adopción de las necesarias medidas de seguridad y aplicación de la debida vigilancia, ya que el mismo Tribunal Supremo reitera «la necesidad de atemperar el trabajo a la evitación de riesgos para el obrero, no exponiendo a este a la comodidad o rapidez de la obra a realizar...» (S. 30-abril-1969). (SUPUESTOS ESPECIALES: Vid. ARROYO, p. 84 y ss.).

- Peligrosidad derivada de la actividad de las personas.- Principio de confianza: presupuesto y límites: al contrario que en el apartado anterior, en cuanto a la conducta de otras personas, lo normal es que rija el llamado «principio de confianza» en la actividad cuidadosa de terceros intervinientes en el proceso laboral; excepto en situaciones de riesgo, donde precisamente es obligada la desconfianza, ya que el empresario viene obligado a prever la imprudencia de los encargados y trabajadores, especialmente si no están cualificados para el trabajo encomendado o cuando resulte especialmente previsible, dadas las condiciones en que se desenvuelven algunos trabajos, la conducta imprudente de estos. Tanto es así, que es igualmente deber del empresario hacer cumplir, incluso coactivamente, las normas de seguridad en el trabajo, a sus subordinados. (SUPUESTOS ESPECIALES: Vid. ARROYO, p. 87 y ss.).- Vid. en relación con el principio de confianza y sus límites de sentencia abajo citada:

«bien entendido que para que pueda operar el aludido fenómeno de conductas concurrentes es menester: a) Que la coeficacia causal o favorecedora del resultado por parte de la víctima se desprenda de su propia conducta, en sí misma considerada, abstracción hecha de si infringe o no algún precepto reglamentario, pues si tal violación puede ser ya indicio de aquella influencia colateral en la producción del evento, no es forzoso que así sea, sino que la simple desobediencia al mandato administrativo puede ser totalmente indiferente para dicha causación, por implicar una mera contravención de policía y caso de peligro abstracto, pero careciendo de toda significación como peligro concreto, actuante y eficaz en el caso dado; y b) que la actuación desviada de la víctima es inesperada e imprevisible para el autor -causante principal del hecho quien, en virtud del llamado principio de confianza imperante en el derecho de la circulación de que ahora se trata, tiene derecho a esperar de los demás un comportamiento igualmente correcto en el acatamiento de las prescripciones reglamentarias, pero si aquella conducta anómala de la víctima pudo ser anticipadamente esperada y calculada, observada en suma, con tiempo hábil para prevenirla y eludirlas, entonces no puede ampararse en sus posibles derechos el agente por imponérselo así el principio de seguridad en la producción que le obliga a prever y evitar ese comportamiento defectuoso, con lo que dicho se está que si efectivamente lo prevé, su

propia imprudencia no puede sufrir degradación alguna» a 8 de marzo y 9 abril 1974 (R. 1244 y 1833) entre las recientes-. (S. 13-3-1975; R. 933).

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Señalan algunos autores la posibilidad de concurrencia del ejercicio legítimo de un derecho a no adoptar medidas más eficaces que las previstas en las normas reglamentarias; lo que en cambio rechazan otros, por entender que tal derecho no asiste nunca al empresario, ya que el ordenamiento, por medio del artículo 7 -párrafo 2 de la OSHT, le impone la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir riesgos o lesiones de los ya mencionados bienes jurídicos de los trabajadores; y por tanto, lo que realidad acontece, a juicio de este último autor, opinión que compartimos, no es que la conducta esté justificada, sino que ni siquiera es atípica, ya que como se ha explicado, en esta tipicidad sólo se castiga la puesta en peligro provocada por infracción de normas de seguridad reglamentarias, quedando fuera el incumplimiento de normas extrarreglamentarias.

El «estado de necesidad» sólo puede operar cuando el incumplimiento de las normas de seguridad se realice para evitar peligros más graves para dichos bienes jurídicos de los trabajadores, como ocurre, por ejemplo, en «acción de salvamento». No cabe su admisión, en cambio, por razones financieras, dificultades técnicas, etc., es decir, por cualquier otro interés de rango inferior a la vida o integridad física de los trabajadores.

Mención especial merece el tema del «consentimiento» en el riesgo por la propia víctima, para justificar la conducta del empresario en el supuesto de producirse muerte o lesiones graves de los trabajadores, alegando que éstos incumplieron las normas de seguridad voluntariamente, por comodidad o por desprecio del peligro. La respuesta que debe darse a este problema es, que el consentimiento de la víctima en el riesgo no posee eficacia justificante alguna, ya que en primer lugar se trata en este artículo de la protección de la seguridad en el trabajo, y este es un bien jurídico supraindividual, y por tanto ajeno a la disponibilidad del trabajador; y de otro, el ordenamiento impone al empresario taxativamente el deber de tutelar la seguridad de sus trabajadores, incluso frente a su propio incumplimiento o dejadez, por lo que este debe «exigirles, incluso coactivamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas por las normas de seguridad» (Sentencia 21 de marzo de 1980, entre otras).

TIPO SUBJETIVO

Este precepto puede ser analizado tanto por el dolo como por la culpa.

El dolo consiste aquí en la conciencia de la infracción de la norma de seguridad y de la situación de peligro que ello origina para los bienes jurídicos de los trabajadores, y en la decisión del sujeto de no evitar ese peligro, omitiendo el cumplimiento de la norma de seguridad que de ser cumplida neutralizaría dicho peligro.

Normalmente el dolo aparecerá como eventual, lo que implica la representación por parte del sujeto de la probabilidad de una situación de peligro y la existencia para atajarlo de una norma de seguridad, y sin embargo mantiene su decisión de no acatarla, aceptando en definitiva la aparición o el incremento de dicho peligro.

La posibilidad de realizar este tipo por culpa, queda abierta como sobradamente se ha visto. No obstante, su apreciación plantea ciertas cuestiones que deben ser comentadas, primeramente, en términos generales y sobre la que pueden constituir un ejemplo las siguientes sentencias, donde se detallan los requisitos de su existencia: (22 mayo 1989. Ponente: Soto Nieto).

«La criminología de la culpa hay que situarla en el cruce de tres factores o parámetros definidores no sólo de su existencia sino' de su significación o rango, el psicológico, el ético y el social, valorando las condiciones de atención del sujeto, su conciencia de solidaridad ante el temor de incidir con su proceder descuidado en las esferas jurídicas ajenas, así como su esfuerzo de adaptación a las condiciones de vida comunitaria exigentes de una razonable observancia de cuantas reglas experienciales o escritas se estimen vigentes en un orden concreto de actividad. Hablándose, en función de ello, de delinquentes culposos por defecto en el mecanismo de atención y de la asociación de ideas, por falta de sentido moral y acentuación egoísta, y por ineptitud, ignorancia y dejación de específicos deberes profesionales. Las infracciones culposas se han erigido en unas de las más frecuentes y numerosas en las estadísticas criminales de la sociedad actual, dejando de ofrecerse como esporádicas u ocasionales como consecuencia de la fluida red de riesgos que constituye el doliente reverso de los avances técnicos, progresiva industrialización, expansión del proceso mecanizador o «surmenage» físico o intelectual derivado de muchas actividades profesionales. Todo ello determina que para el orden jurídico no baste el comportamiento honesto si, a la vez, no mereciera el mismo el calificativo de prudente. Son muchos los supuestos en los que deficiente diligencia acusada hace que el hecho traspase las barreras civiles, dejando atrás el clásico módulo de la lex Aquilia para irrumpir en el área penal, por el distinto grado, la intensidad y la relevancia de la atención, cuidado y cautela dejadas de observar; (S. 16 mayo 1988. Ponente: García Ancos).

«El delito de imprudencia que se describe en el art. 565 C.P. está integrado por los siguientes elementos: a) una acción inicial consciente y libre; b) un resultado lesivo, típicamente delictivo, no querido ni consentido por el sujeto; c) una relación de causalidad entre la acción y el resultado que permita la imputación objetiva de éste a la situación de riesgo creada por aquélla; y d) la infracción de una norma de cuidado que impone dos deberes sucesivos, el de advertir la inminencia y gravedad del peligro que suscita la propia conducta y el de comportarse de acuerdo con los requerimientos que la situación de riesgo plantea, esto es, con la diligencia y prudencia exigida por la misma, siendo la gravedad de esta infracción la que abre la posibilidad de que la imprudencia sea calificada como simple o como temeraria».

Y en otro plano más concreto, en el que nos ocupa, se señala al respecto que no debe identificarse, y muy especialmente en el ámbito del Derecho penal laboral, infracción reglamentaria con imprudencia, pues aquella no comporta necesariamente que se haya actuado con negligencia. También en este sentido, debe recordarse la distancia existente entre el mero incumplimiento objetivo de las normas reglamentarias y la responsabilidad criminal, pues el incumplimiento de aquellas comporta una sanción, independientemente de la culpabilidad del sujeto.

Cabe asimismo, señalar que por incluir el tipo la infracción reglamentaria, queda excluida la punibilidad de la imprudencia simple sin infracción de los reglamentos, del artículo 586 bis in fine.

Y precisamente en este mismo plano de la culpabilidad, es decir, de la imputación subjetiva del resultado al autor, debe situarse también el problema de la valoración de la conducta del empresario, cuando en ese resultado lesivo concurre la personal IMPRUDENCIA DE LA VÍCTIMA. Al respecto y como antes se puso de manifiesto, y ahora debe ser reiterado, aunque sin olvidar que en nuestro Derecho penal no cabe la compensación de culpas, pues cada sujeto es responsable de su propia media de ésta, la imprudencia «laboral» de la víctima puede servir para graduar, rebajándola, la culpabilidad del patrón y con ello la pena criminal y la responsabilidad civil, siempre que se den las necesarias condiciones para ello, como puede ser que la imprudencia profesional de la víctima sea debida a su voluntaria y consciente puesta en peligro, rebajándose entonces el grado de la culpa del patrón, por ejemplo, de temeraria a simple con infracción de reglamentos.

Ejemplo de lo dicho, la Sentencia 30 mayo 1988. Ponente: Manzanares Samaniego:

«Aunque no quepa traer a lo penal la llamada compensación de culpas en sus concepción ius privatista, es en cambio obligado valorar en dicho ámbito las conductas concurrentes para calibrar así la respectiva relevancia de las mismas en el plano causal, con sus inevitables repercusiones en la imputación objetiva del resultado y, finalmente en el de la determinación de la gravedad de la imprudencia en su aspecto subjetivo, tal y como puede verse, por ejemplo, en las SS de 4-7-84, 18-2, 25-3 y 5-7-86. Conforme a dicha doctrina han de valorarse los elementos facilitados en la declaración de hechos probados: el procesado permitió que quedase el hueco (pero no ordenó los trabajo que lo originaron), no se trata de un terreno público en sentido estrictos (sino de un lugar en obras), y el obrero luego accidentado, conocedor del repetido hueco, «se puso a trabajar a su lado pudiendo hacerlo alejado de allí». Hubo, pues, concausas relevantes que impiden calificar de temeraria la conducta o inactividad del responsable de las obras, la concurrencia de culpas no sólo se proyecta en el área causal, sino también -y de forma más pacífica, dado su carácter civil- en lo que atañe a esa responsabilidad privada, teniendo gran influencia en el quantum de la indemnización, según la racional compensación de ambas imprudencias en el resultado dañoso, todo ello conforme a una constante jurisprudencia de la que son muestra las SS. 22-2-85, 18-2, 25-3 y 5-7-86 y 30-12-87, y con la secuela obligada- de estimar correcta la estimación hecha en el presente caso por el juzgador a quo». (Id. S. 16-5-88, pte. Moner Muñoz).

OTRAS CONDUCTAS CULPOSAS CONCURRENTES

A) Raramente en la producción de un accidente laboral, si no es causado en exclusiva por la propia víctima, concurre la culpa de una solo persona, pues dada la complejidad técnica de los trabajos actuales, lo normal es que existan conductas concurrentes. A este respecto debe partirse del principio, anteriormente visto, de que la imprudencia originaria de quien ostenta la máxima responsabilidad de una empresa o trabajo (normalmente el empresario o patrón) es en pocas ocasiones imputable a los subordinados, al no gozar estos de la suficiente autonomía pero sí ocurre al revés, comunicándose la responsabilidad de los dependientes a sus superiores. El fundamento estriba en que el jefe de empresa no sólo tiene un deber de vigilancia sobre sus propios actos, sino también sobre los que siendo de personas distintas a él, por extensión pueden asimismo considerarse como «suyos». Su deber de cuidado se extiende, por tanto, a procurar no solo la correcta elección de las personas en las que delega su poder de dirección

(base de la culpa in eligendo) sino también que este poder de delegación se desarrolle en el modo y condiciones adecuado (base de la culpa in vigilando).

Debe no obstante hacerse constar que este principio es más bien un criterio de investigación procesal, y no supone sin más la culpabilidad del jefe de empresa, pues como se ha dicho, ésta puede ser excluida en ciertas condiciones como, por ejemplo, en el ACTUAR INTENCIONADO O IMPRUDENTE DEL ENCARGADO U OTRAS PERSONAS, y más si actúan desobedeciendo con ello las órdenes contrarias del jefe de empresa, o cuando se realiza esta imprudencia en momentos o trabajos en que, por sus características, NO RESULTA EXIGIBLE al jefe de empresa UN EFECTIVO DEBER DE VIGILANCIA; así como también en supuestos de DELEGACION ABSOLUTA DEL PODER DE DIRECCION DEL EMPRESARIO A OTRA PERSONA, siempre que se cumplan para ello todos los requisitos legalmente exigidos al efecto, para una delegación jurídicamente efectiva' (Sobre requisitos y efectos de una delegación jurídicamente válida, vid. ARROYO, p. 122 y ss). Ejemplo, la Sentencia. 19.VI.1969:

«La operación ordenada a los trabajadores no era en sí peligrosa y por ello el patrón no estaba obligado a vigilar para prevenir riesgos, solamente si por cualquier otra razón hubiera estado presente en el lugar y captado o podido captar la aparición del riesgo vendría obligado a incrementar la vigilancia y a adoptar medidas de seguridad». V. también S. 20-X-75. Ar. 396. Vid. También respecto de dichos supuestos, la siguiente jurisprudencia, comentada por ARROYO: Sentencia de 25-V-1976: El hundimiento de un edificio en construcción que -cobró varias vidas fue consecuencia de la defectuosa calidad del cemento fabricado por la empresa X, de la cual era A director general técnico y B jefe de fabricación de la factoría elaboradora y del incumplimiento por el arquitecto de sus deberes relativos a la comprobación de la calidad de los materiales y a la dirección de la obra. Condenados B y el arquitecto, absuelve a A, superior jerárquico de B, por no aparecer probado que éste hubiera tenido «participación material o hubiese ejercido cualquier forma de inducción o mandato inmediato o mediato sobre su coprocesado para la realización de la adulteración expresada por (Considerando. 7), a pesar de que para el juzgador es evidente la atribución de la deficiencia del material al Director Técnico de la fábrica (A) «dado lo anómalo que sería el hecho de que un asalariado realizase secretamente y sin conocimiento de la superioridad, manipulaciones de esta especie para embolsar suplementarias ganancias a la empresa... determinación sólo aceptable a nivel, por lo menos, de dirección de fábrica, cuando no de dirección general técnica, por más que esta mera sospecha concerniente a tal escalón de mando, por vehemente que sea, no alcanza a revestir el grado de certeza necesario...» (Considerando. 5).

- Doloso respecto de la puesta en peligro contraria a las normas de ciudad, v.gr.: el encargado, para aparentar eficacia profesional, comunica al jefe de empresa que la máquina averiada ha sido ya reparada, siendo esto falso, bien porque no procedió a ello, bien porque lo hizo defectuosamente; en consecuencia el jefe de empresa ordena su puesta en marcha y se produce una explosión.

- No hay tanto como una dolosa puesta en peligro, pero sí la temeridad manifiesta: Omite todo cuidado (S. 17-11-1962, Ar. 666), pero además ha de exigirse que el jefe de empresa no haya advertido tal imprudencia o que, advirtiéndole, no haya sido posible corregir el proceso desencadenado por el agente. En este sentido no parece correcta la Sentencia de 25 de enero de 1979, C.L., 72, en la que se condena solamente al encargado general de la obra que incumple las órdenes de seguridad impartidas por el Aparejador,

deduciéndose de la propia Sentencia que el Aparejado por visitar la obra todos los días, tenía que estar en conocimiento del incumplimiento de sus órdenes, y, en consecuencia debería haber sido considerado igualmente responsable de la muerte producida por el incumplimiento de la norma de seguridad . Si el superior sabe el incumplimiento de sus órdenes por el encargado, debe responder criminalmente con éste.

- El empresario hubo de abandonar por fuerza mayor el centro de trabajo dejando allí al encargado que tenía la capacidad y experiencia necesarias para dirigir el trabajo. Recuérdese que, por ejemplo, los arquitectos y, en menor medida, los aparejadores, no están obligados a una vigilancia permanente cuando se trata de trabajos especialmente peligrosos,, produciéndose, en uno de esos momentos, la incorrecta actuación del encargado. -- Igualmente la Sentencia de 27-1-78, C.L. 58, en la que se declara que «nada impide que los técnicos directores (ingeniero y perito) (que son los legalmente encargados de adoptar las correspondientes medidas de seguridad) pueden delegar en otra persona capaz e idónea, la vigilancia de tales medidas, transmitiendo así a éstos la responsabilidad penal por la omisión de la obligatoria observancia de las precauciones impuestas...» (1 Considerando).

B) Concurrencia de sujetos no cualificados por el deber de seguridad:

Se trata aquí de la intervención en un resultado lesivo, de personas que no son sujetos de imputación del deber de seguridad (los trabajadores, en definitiva). Se produce entonces una situación en base a la que el agente y la víctima están situados en un plano de igualdad y no media dependencia ninguna entre ellos, estando por lo demás obligados a un deber de cuidado genérico, pero no al específico deber de seguridad en el trabajo. Sin embargo no cabe duda de que la actuación del agente puede desencadenar un resultado lesivo para el otro, por lo que teóricamente podría incurrir en responsabilidad criminal, pues no solamente cabe apreciar la relación de causalidad sino además una cierta imprudencia, pero el hecho es que como principio general aparece la no exigencia de esta responsabilidad criminal por incumplimiento del deber de cuidado en el trabajo a este tipo de sujetos, especialmente si en el mismo hecho participaron otras de personas que si estaban sujetas al deber de seguridad, y los que, en cambio, si suelen ser condenados.

Su fundamentación en criterios dogmáticos es la siguiente (Vid. ARROYO):

Al no ser sujetos situados en posición de garante, no se les imputa el deber de seguridad en el trabajo, lo cual determina que en conductas meramente omisivas no surja responsabilidad criminal por el resultado, y en las conductas activas determina que el deber de cuidado se extienda solo al meramente común, es decir, el perteneciente a cualquier persona, así como también debilita el grado de exigencia de cumplimiento de las normas impuestas por dicho deber de cuidado, conllevando esto un aminoramiento de su culpabilidad.

- En otros supuestos se trata de una imprudencia profesional, por lo que no puede hablarse de infracción del cuidado debido, en sentido penal, y por tanto no se genera una imprudencia de este carácter.

Así pues, se acepta en general la no culpabilidad de la conducta de los simples trabajadores, siempre y cuando la conducta descuidada no supere el grado de imprudencia que es propio de la naturaleza del trabajo en cuestión, en razón a que, como hemos dicho, no realizan el tipo injusto del delito imprudente laboral, ya que tales conductas descuidadas no suponen infracción del cuidado debido.

Pero incluso donde la imprudencia del agente supera el grado propio del trabajo que desempeña, y por ello la imprudencia es más que estrictamente laboral, podrían estimarse, según los casos, causas de exigibilidad de otra conducta que excluyan su culpabilidad. Vid. requisitos en la Sentencia 2 de octubre de 1984, abajo citada:

«Pero, en el caso de infracciones culposas, la inexigibilidad de otra conducta, no obra ni opera como una causa de exención de la responsabilidad criminal, sino que su alcance es mucho más intenso y relevante toda vez que, de darse, eliminaría la propia esencia del delito culposo puesto que, de reconocerse que, el agente, no pudo obrar de otro modo distinto a como lo hizo, su conducta no podría tildarse de imprudencia, negligente, descuidada o imprecavida, como es indispensable para la apreciación positiva de esta forma de culpabilidad, la cual exige inexcusablemente, y como primer requisito, una acción u omisión voluntaria y generalmente no, maliciosa, pero con la que, el sujeto activo, ha evidenciado, con su quehacer u omitir, un comportamiento antisocial, descuidado y abandonado, en el que brillan por su ausencia la prudencia y la cautela más o menos elementales».

C) Concurrencia de sujetos insuficientemente cualificados por el deber de seguridad:

En cuanto a la responsabilidad de las personas que poseen un escaso, pero afectivo, nivel de ejercicio en las funciones directivas (capataces, simples oficiales, etc.), y una vez comprobada la existencia de su relación causal con el evento dañoso acaecido, no cabe duda de que al estar obligados al cumplimiento de las normas de seguridad por ejercer funciones directivas, aunque sea en bajo nivel, existe base suficiente, sobre todo en determinados grados de la imprudencia, para hacerles incurrir en responsabilidad criminal; no obstante, a pesar de esta posibilidad cierta en algunos casos, en base a criterios similares a los antes mencionados, y sobre todo a través de la no exigibilidad, muy especialmente en situaciones en que se dan unas condiciones generales de seguridad inadecuadas, cuya modificación únicamente es susceptible de efectuarse por superiores jerárquicos, o cuando el incumplimiento de las medidas de seguridad es consecuencia necesaria de las órdenes contrarias a la seguridad emitidas por sus superiores, considerando por demás la gran dependencia que generan determinadas relaciones de trabajo de los subordinados frente a los superiores.

OTROS PROBLEMAS RELATIVOS A ESTE TEMA

A) *Accidentes de trabajo en la frontera entre la imprudencia temeraria y el dolo eventual:*

Los accidentes de trabajo pueden ser efectivamente previstos o no por quienes los produjeron, y cuando efectivamente se constata la previsibilidad de su producción, ya que la conciencia efectiva del riesgo se da frecuentemente en los accidentes laborales, surge el problema de delimitar la imprudencia temeraria del dolo eventual.

Para ello no cabe negar la superior gravedad de las conductas de quienes se conducen con descuido o negligencia en situaciones de peligro evidente para las posibles víctimas, de lo cual el sujeto es consciente, así como lo es también de que incumple deberes de cuidado que revisten un carácter elemental para cualquier persona de su círculo de actividad, y no obstante, persiste en su actividad, absteniéndose de cumplir las medidas de

seguridad necesarias, y contribuyendo a mantener dicha situación de peligro; y todo ello muy especialmente sabiendo que son, además, garantes de que tales sucesos no ocurran.

La presencia de estos dos elementos: conciencia de la gravedad del peligro, y conciencia del incumplimiento de las normas de seguridad tendentes a evitarlo, permiten calificar estas conductas, no ya como gravemente imprudentes, sino incluso como de dolo eventual.

Frente a ello caben dos soluciones jurídicas: a) si se acepta que las conductas realizadas con dolo eventual son tan intencionadas como las del dolo directo, debe aplicársele la pena de delito doloso, si bien es posible hacerlo en la menor cuantía posible dentro de ese marco; b) si por el contrario esta interposición no se acepta, debe castigarse esta conducta como imprudencia temeraria, aplicándole la pena fijada en su límite máximo.

Ejemplo de todo lo manifestado pueden estimarse estas sentencias:

«Se colocó en la típica situación de culpa consciente desafiante del peligro reflexivamente asumido, grado de culpa que por ser colindante del dolo eventual integra a no dudarla la categoría legal de imprudencia temeraria, como viene afirmando esta Sala reiteradamente» (S. 16 de abril 1974; también 5 diciembre 1974 y 28 noviembre 1978).

B) Determinación del grado de imprudencia en accidentes de trabajo culposamente producidos:

No es posible ofrecer con carácter general criterios diferenciadores entre la imprudencia temeraria y simple con infracción de reglamentos, ya que existe una gran multitud de factores a valorar en cada caso concreto, pero siquiera con valor meramente indiciario, pueden darse algunos.

Así por ejemplo, y con referencia a la imprudencia temeraria, constitutiva de delito (artículo 565), suele apreciarse para comportamientos descuidados en situaciones de grave peligro; o cuando existe una situación general de incumplimiento de las normas de seguridad; o cuando se infringe una norma considerada como elemental para cualquiera, etc. En cuanto a la imprudencia simple antireglamentaria, de menor trascendencia; y constitutiva de falta (artículo 586 bis), para su estimación se considerarán aquí como Reglamentos, las reglamentaciones de Trabajo, de Régimen Interior, Ordenanzas Ministeriales, Convenios Colectivos, etc.

Como ejemplo de lo expuesto, pueden aducirse las siguientes sentencias en base a las diferentes clases de culpa:

«Las infracciones culposas se distinguen porque deben concurrir los siguientes requisitos: 1) una acción u omisión voluntaria, no intencional; 2) una actuación negligente o reprochable por falta de previsión más o menos relevante, que constituye el factor psicológico o subjetivo; 3) una infracción del deber objetivo de cuidado, factor normativo o externo; 4) la realización de un daño; y 5) una relación de causalidad entre aquel proceder descuidado o negligente y el mal sobrevenido.» (SS. 18-1, 13-3-82, 2-10-84, 13-12-85, 259-86 y 20-1-87) (S. 26 mayo 1987. Ponente: Moner Muñoz).

En el C.P., arts. 565, 586 bis, 600, se regulan las diversas especies de culpa, a través de una escala, en la que figura como la más grave de todas ellas, la imprudencia temeraria,

que supone la eliminación de la atención más absoluta, la no adopción de los cuidados más elementales exigidos por la vida de relación, suficientes para impedir el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, infringiéndose deberes fundamentales que atañen a la convivencia; en la imprudencia simple, se acusa la omisión de la atención normal, representando la infracción de un deber de cuidado de mínimo alcance; configurándose la simple con infracción de reglamentos, cuando a las notas que caracterizan aquélla, se añade el quebramiento de un precepto de tal índole, diferenciándose entre sí, como dice la S. 8-11-85, por la mayor o menor previsibilidad del evento del resultado de la acción, y a la diferente repulsa social ante la infracción del deber por la conducta del agente».

«La Ley penal sustantiva ofrece un cuadro de actuaciones imprudentes punibles, en adecuada escala jerárquica -arts. 565, 586 bis y 600-, en cuya cúspide estructural, como la más grave de las infracciones, figura la imprudencia temeraria, suponiendo la misma eliminación de la atención más absoluta, la inadopción de los cuidados más elementales, o rudimentarios exigidos por la vida de relación, suficientes para impedir o contener el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, infringiéndose deberes que atañen a la convivencia y principios transidos de alteridad; en tanto que en la imprudencia, simple se acusa la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y ,contornean es supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose, sin alcanzarla, a la cota exigida habitualmente en la vida social. Todo ello pone de relieve que la línea distintiva es esencialmente cuantitativa (SS. 303 y 24-11-84), por lo que para proceder a la obligada graduación de la culpa es imprescindible tomar en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso (SS. 18 y 28-2-86). Sintetizando, las SS. 15-3 y 9-6-82 establecen que para la distinción entre la imprudencia temeraria y la simple antireglamentaria hay que tener en cuenta: a) la mayor o menor falta de diligencia en la actividad o acción que constituye la dinámica delictiva, es decir, la omisión del cuidado que se ha de tener en el obrar; b) la mayor o menor previsibilidad del evento como acontecimiento resultado, medida de acuerdo con la clase de conducta que desarrolla el autor de la actividad, y sin olvidar cuantas circunstancias intervienen en la misma; c) el mayor o menor grado de infracción que reporte el incumplimiento del deber que exige la norma sociocultural de la convivencia social y la específica que normativiza ciertas actividades.» (S. 30 mayo 1988. Ponente: Soto Nieto).

Ejemplos concretos de imprudencias relacionadas con el tema que nos ocupa:

«Consecuentemente, si el relato fáctico queda incólume por no existir el error de hecho pretendido por el recurrente, es preciso aceptar la calificación jurídica de instancia y desechar la tesis de caso fortuito como incompatible con aquélla. En efecto, a tenor de la narración histórica se da tanto el elemento psicológico como el normativo de la imprudencia. El primero tanto en su vertiente intelectual del saber como en la volitiva del poder, puesto que el procesado, consciente y sabedor de la situación de peligro, antesala del evento dañoso, creada por la emanación de gases y su posibilidad de explosión en contacto con cualquier punto de ignición, conociendo inherente a su oficio y práctica del barnizado y pulimentado del mueble, omitió poner, pudiendo hacerlo, las medidas adecuadas que impidieran las concentraciones de vapor o gases, evidentes incluso para el profano, que produjeron la alarma y protesta de vecinos y personas próximas al taller, hasta el punto de obligar a los operarios del mismo a tener abiertas las puertas del local para conseguir una mayor ventilación, lo que da idea de la gravedad de la omisión anímica del procesado originadora del binomio peligro-daño-. Gravedad igualmente manifiesta en el momento normativo, constituido por el deber objetivo de cuidado o deber de evitar aquel resultado

reprochado por la L. penal y, por ende, reprochable al sujeto, debe de cuidado que puede encarnar ya en la norma socio-cultural o de común experiencia, ya en la norma profesional o *lex artis* que rige la actividad desplegada por el agente, ya en una disposición legiferante cualquiera que sea su rango normativo: leyes, reglamentos generales, especiales del oficio o profesión desempeñados por el sujeto, o interiores de una corporación o entidad, órdenes o bandos de policía y buen gobierno. En efecto, algunos de dichos aspectos normativos se dan sin duda en la conducta enjuiciada y fueron desoídos por el recurrente: Falta de inscripción registra) del local en el organismo correspondiente, con las correlativas ausencias de inspección que hubieran puesto de manifiesto las deficiencias de la instalación y evitado las secuelas derivadas de todo ello en riguroso engarce causal, por lo que llegados a este punto, se hace ya indiferente el agente inmediato que provocó la deflagración, pues si se manipulaban sustancias inflamables y los gases o vapores desprendidos de las mismas, ni tenía fácil y suficiente salida, creándose bolsas de concentración de tales gases, era elemental prever que cualquier agente o punto de ignición propios de la convivencia en el local de Autos podía provocar la explosión, como así ocurrió» .

(...) «Del análisis de los hechos, es necesario hacer constar: a) que el procesado José P.P., como titular y gerente de la empresa que realizaba las obras de construcción, y el también procesado Juan B.G., como encargado de la misma a pie de obra, a pesar de que el 14 «visitaba la obra cada dos días por lo menos» y éste se encontraba a su lado, y de que venía que, a los lados del edificio en construcción, no habían sido colocadas barandillas, redes o cualquier otro sistema de protección, no adoptaron medida alguna de este género, aunque el servicio encomendado al obrero consistía en trasladar o transportar a mano dos bovedillas andando por los encofrados de las vigas, y la altura, por el patio inferior de la ficha, era de más de 11 metros; b) que los otros dos procesados José Luis L.M. y Jorge C. C., aparejadores de la obra, a cuyas funciones estaba encomendada la inspección, vigilancia y control de la misma, a pesar de que la visitaban asidua y periódicamente y que conocían la ausencia de medidas de protección en la zona por la que el obrero realizaba su trabajo, no se preocuparon del «cumplimiento de aquellas medidas precautorias que aconsejaban las buenas prácticas de la construcción y que ordenaban las normas generales y particulares de seguridad en el trabajo» y c) que la víctima, que trabajaba como peón al servicio de la empresa, cuando iba realizando el transporte que se ha indicado, perdió el equilibrio y cayó al vacío, produciéndose tan graves heridas que determinaron su fallecimiento en el acto. Estos supuestos implican la imprudencia temeraria de los cuatro procesados, porque en todos ellos existe la omisión de la más elemental diligencia en sus conductas, porque la previsibilidad del evento, igualmente en todos ellos, es susceptible de darse en la medida de un hombre normal y porque la infracción del deber de la convivencia social es intensa, no solamente por exigirlo la norma cultural que rige la convivencia humana, sino también porque específicamente le viene impuesto por toda la reglamentación laboral derivada de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica, de 28 de agosto 1970 y la Seguridad e Higiene en el mismo de 9 de marzo de 1971. (S. 20 de marzo de 1984)» (S. 26 abril 1988. Ponente: Díaz Palos.

Derrumbamiento de pared de zanja:

(...) «Que toda la Reglamentación vigente, en materia de Seguridad e Higiene en el trabajo, que arranca del Reglamento de 31 de enero de 1940 y de la que son hitos principales el Reglamento de Seguridad en el Trabajo de la Construcción de 20 de mayo de 1952, Ordenanza Laboral de la Construcción de 28 de agosto de 1970 y la de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971, establecen una serie de normas de prevención

y protección de los accidentes con dos destinatarios concretos: uno, el de Constructores, Arquitectos, Encargados de obras a los que corresponde adoptar las precauciones de evitación de riesgos, son los titulares de las obligaciones. Otro los protegidos por las mismas que son muy especialmente los obreros, pero igualmente los terceros a quienes por cualquier concepto se les pueda perjudicar en caso de no tomar tales medidas de seguridad ss de 26 de noviembre de 1975, 7 diciembre 1976 y 6 noviembre 1981, entre otras). Y concretándonos al campo donde el accidente se desarrollo, y la Ordenanza citada de 1970, en sus arts. 254 y ss., ordenan que los trabajos en pozos, zanjas, galerías y similares se harán con las fortificaciones necesarias para la contención de tierras a fin de obtener la mayor seguridad para el personal, que habrán de ser revisadas en cada jornada de trabajo, evitando la acumulación de materiales y objetos pesados junto al borde de estas construcciones tomado las precauciones que impidan el derrumbamiento de las paredes y la caída al fondo de dichos materiales y objetos - ver S. de 12 de marzo de 1974

(...) Esto sentado, la doctrina de esta Sala al pronunciarse sobre los derrumbamientos de zanjas y otros similares ha declarado que el cumplimiento de la normativa antes reseñada, se representa como elemental e ineludible a la mente más profana en la materia de modo que su grosera y notoria vulneración atraería en principio el grado más grave de la culpa, dada la evidencia del peligro de fácil captación, tanto en el elemento psicológico de la imprudencia, como en el elemento normativo, conocido de los que intervienen en la construcción -SS. 13 nov. 1971, 18 abr. 1972, 2 jul. 1973 y 21 feb. 1974-. Asegurándose más modernamente que ambos elementos integrantes de la culpa, afectan tanto a las personas que dirigen la construcción como a las que han de observar las buenas prácticas de las mismas u ordenan y distribuyen la organización de aquéllas SS de 6 y 7 nov. 1981-. Y que el hecho de que figure en la obra un arquitecto y un aparejador, no dispensa al contratista de la misma, ni menos al encargado delegado de ella, de la observancia de los deberes de cuidado y prudencia en las construcción, determinándose el grado de negligencia, no sólo por el grado de previsibilidad del accidente, sino por la magnitud del abandono o negligencia en evitar un resultado lesivo o letal, adoptando unas simples medidas de protección. (S. 11 abril 1984) ».(S. 5 diciembre de 1987. Ponente: Díaz Palos).

«Hay que recordar que el art. 161 del Rgto. de Armas y Explosivos está contenido en el Rgto. provisional de Explosivos de 25-6-22, en su Tít. IV, Título adicionado a dicho Rgto. por R.D.L. 10-3-25 que, en cuanto no se oponía al Rgto. de Armas y Explosivos de 27-12-44. hubo de considerarse en vigor (art. adic. 3 de este último Rgto.), hasta que, advenido el vigente, de 3-3-78, fue derogado el provisional de 1922 en su integridad (cuya disp. derog. detalla los preceptos también derogados de las demás disposiciones vigentes), todo lo cual ya está indicando la complejidad de esta reglamentación dictada en el decurso del tiempo, uno de cuyos aspectos más acusados, como corresponde a sustancias tan peligrosas como los explosivos que regula, es la que concierne a la seguridad de personas y cosas dimanante del manejo de aquéllos, por lo que volviendo al Rgto. inicial de 1922 convalidado en este punto por el de 1947, ciertamente que las medidas de precaución dictadas por el art. 161 y concordantes citados por el recurrente se refieren a locales extrae tal sustancia explosiva del local –armería, en este caso– y lo coloca en un descansillo de la escalera del inmueble en una caja de cartón sin otras precauciones ni advertencias, no sólo viola aquella medida de seguridad dictada para el local expendedor, sino que en cierto modo la agrava, en tanto la traslada a lugar de tránsito- de persona, aumentando así el riesgo, como lo prueba el art. 130 del Rgto. de 1947, que exige para toda clase de pólvoras, tan pronto como salen de fábrica, que los envases externos sean en todo caso de madera,

como así mismo se dictan las precauciones que deben tomarse -art. 134- cuando se trata de venta de pequeñas partidas de explosivos.

Admitido por el recurrente el elemento psicológico constituido por su imprevisión y descuido, no cabe dudar de la concurrencia del elemento normativo integrado r o sólo por los preceptos reglamentarios citados, sino por la de aquéllas cautelas que se representan a toda persona conocedora, por natural experiencia, del peligro que entraña la conservación y manejo de explosivos sin las garantías adecuadas, más, si como en este caso, la omisión de aquéllas la comete un profesional dedicado a la venta de armas y explosivos que alimentan los proyectiles de las mismas» (S. 5 diciembre de 1987. Ponente: Díaz Palos).

«Los condicionamientos del delito de imprudencia son como es bien sabido, la existencia de una o varias conductas positivas o negativas, la ausencia de dolo y violación de una norma socio-cultural que reclama el deber de actuar de una determinada manera en las circunstancias concretas, que rodean el acontecimiento, profesionales o no, conforme a las exigencias de una convivencia solidaria y respetuosa con los intereses personales y patrimoniales de los demás. Presupuesta la conducta de imprudencia el Código distingue diversos grados, cuya diferencia que esencialmente es cuantitativa ha de buscarse a través de un criterio armónico, en la conjunción de la falta general de cuidado en el obrar, en la mayor o menor previsibilidad del evento y en la clase intensidad de repulsa social por la naturaleza del deber infringido.

Manipular una bombona de gas butano, sin encajarla previamente en el generador y producido un escape de gas, pretender encenderla constituye sin duda actuar con olvido de la más elemental y primaria obligación de atención y cuidado que impune la naturaleza del objeto de que se trata, teniendo en cuenta que es lugar común integrado en nuestra sociedad, en razón de normas convivenciales y de experiencia que el manejo de los aparatos de gas ha de hacerse con rigurosa observancia de las prescripciones que impone su peligrosidad, normas que vienen fijadas en los respectivos programas destinados a su uso y otras mucho más elementales, como- las que omitió el recurrente y que impone el sentido común» (8 febrero 1988. Ponente: Ruiz Vadillo).

En cualquier caso debe hacerse constar la excesiva benevolencia con que se juzgan estas conductas por los Tribunales inferiores, lo cual es frecuentemente denunciado por el Tribunal Supremo, ya que resulta habitual calificar de imprudencia simple antirreglamentaria lo que en realidad es imprudencia temeraria. Vid. como ejemplo, las siguientes sentencias y nótese, como en todas ellas, a pesar de reconocer la gravedad e importancia de la omisión del deber de cuidado que incumbía a los procesados, su conducta fue benignamente calificada de imprudencia simple antirreglamentaria.

- Imprudencia simple antirreglamentaria.

- Falta de barandilla de protección.

(...) «Conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, según doctrina declarada, entre otras resoluciones, en las que llevan fecha 17 ene., 9 may., y 6 jun. 1977, la seguridad en el trabajo es un bien jurídico protegido de alto valor comunitario y así lo entiende la vigente legislación laboral que obliga a los empresarios a velar por la vida, integridad corporal y salud de los trabajadores, concretando especialmente esta general obligación en

la Ordenanza Laboral de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 mar. 1971 y disposiciones concordantes entre las que figura la Ordenanza de Trabajo en la Construcción aprobada por O. de 28 de ago.-1970, añadiéndose por este T. en s. de 13 de feb. 1974 y 6 jun. 1977, que los empresarios y los encargados de dirigir los trabajos a los que las normas de seguridad son aplicables o se refieren y dentro de encargado de dirigir los trabajos cabe tanto la alta dirección, como la media y la de simple rector de la ejecución o capataz, es decir el de cualquier persona que asume o a la que se confía la realización de una tarea con mando sobre otros y con función general de vigilancia y cuidado, tiene la obligación de conocerlas, de cumplirlas y hacerlas cumplir y, conforme al deber de previsibilidad que les incumbe, están obligados a exigir coactivamente a sus productores el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas por las citadas normas de seguridad, las cuales tienden fundamentalmente a la prevención de accidentes laborales, con sus secuelas de lesiones, invalidez o muerte, mediante el establecimiento de las medidas o previsiones que exija la índole de los trabajos, instalaciones efectuadas y maquinaria utilizada, y todas aquellas que aconseje la experiencia y determinen las disposiciones aplicables al caso.

(...) De la relación de hechos probados aparece con toda evidencia la grave situación de riesgo en que trabajaba la víctima del accidente en la planta 42 del edificio en construcción, a 13,60 metros del suelo, en una terraza o voladizo de 1.20 metros de ancho por 2,90 de largo, cerrado por los laterales y por el fondo y abierto por delante por donde recogía la pasta de cemento que izaban desde el suelo con una pequeña grúa y la falta de deber de cuidado y previsibilidad del riesgo por parte de la empresa y de los encargados de dirigir los trabajos al no existir barandilla rígida y sólida, ni plintos o rodapiés que exige imperativamente el art. 187 de la Ordenanza Laboral de Trabajo de la Construcción en la forma establecida en los arts. 21 y 23 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, ni cinturones de seguridad, como determinan los arts. 193 y 151, respectivamente, de las disposiciones antes citadas, que habrían evitado la caída y fallecimiento del obrero accidentado». (S. 21 marzo 1980).

- Falta de cinturones de seguridad.

(...) «La moderna legislación social española en el ramo de la construcción, constituida fundamentalmente por la Ordenanza Laboral de 28 de agosto 1970, y por la de Seguridad e Higiene del Trabajo de 9 marzo 1971, establece, con caracteres de inexcusable y obligatoria observancia, una serie de requisitos y de medidas, a cumplir directamente por empresarios facultativos y obreros y tendentes a evitar la gravísima sangría que produce en el acervo económico del país los accidentes de trabajo, que bajo ningún concepto y de ninguna forma pueden desconocerse y menos aún despreciarse por quienes deben velar, por tenerlos a su cargo en cometidos peligrosísimos, por la vida y la integridad corporal de sus operarios, y si esto es así y así lo es, y las referidas disposiciones ordenan cumplidamente que en toda obra de construcción deben ir provistos los obreros de sus correspondientes cinturones de seguridad anclados debidamente, cubiertos con el casco reglamentario protector de la cabeza, que deberán colocarse en los lugares abiertos los oportunos entramados que impidan las caídas al vacío y que se extenderán las redes preceptivas que eviten el alcance de quienes se encuentran debajo de las obras por posibles desprendimientos de material o cascotes, es claro que el incumplimiento de estas disposiciones por los obligados a ello, en este caso el recurrente, aparejador del edificio en que tuvo lugar el luctuoso suceso, le hace acreedor, como mínimo, al reproche que la Sala de Instancia le impone, ya que quebrantó, voluntaria mente, con su conducta omisiva, los imperativos legales que le venían impuestos, el accidente era previsible y se hubiera evitado,

de cierto, con el cumplimiento, por su parte, de las obligaciones que tenía contraídas por su cometido, entre ellas, velar porque se acatasen las disposiciones vigentes sobre seguridad del trabajo, lo que no hizo». (S. 24 abril 1980).

-Fallo del terreno.

(...) «Es evidente, que los procesados Juan R.T., como Director Técnico de la obra y Manuel V.R. como capataz de la misma están incluidos en el art. 10 de la Ordenanza General sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo 1971, por tratarse de personal técnico y mando intermedio de la empresa, por lo que tenían el deber de cumplir lo establecido sobre la seguridad del trabajo; que la actividad de éste consistía en abrir una zanja con profundidad de tres a tres metros y medios y anchura de setenta centímetros, por lo que su realización debía sujetarse a lo dispuesto en los arts. 247 y 254 de la O. de 28 ago. 1970, y de estos preceptos se deduce la necesidad de proteger la realización de los trabajos mediante estibaciones, pues se trata de una excavación sin talud o inclinación del parámetro y con las características que implican la consideración dada de zanja; que el trabajo se realizaba en el fondo de la excavación con una máquina retroexcavadora; y queda causa de la muerte del obrero que realizaba el trabajo fue debida a un desprendimiento de tierra, originado por «un fallo natural del terreno, producido por la descomposición de feldespatos, cuya existencia no era previsible, porque el terreno estaba compuesto de sustancias arcilloarenosas, de gran compacidad y homogeneidad». Estos supuestos fácticos reclaman la estimación del motivo interpuesto por el M.4 Fiscal, por no haberse apreciado la existencia de un delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos, de conformidad con el pár. 22 del art. 565 del CP., en relación con el 407 del mismo Código y con los arts. 246, 247, 248 y 254 de la Ordenanza para el Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica, y con el art. 10 de la relativa a la Seguridad e Higiene para el mismo, en cuanto que la conducta de los dos procesados implica, por lo menos, la omisión menos grave de la diligencia que requería la clase de trabajo realizado y que exigían los preceptos de carácter reglamentario citados, pues la no previsibilidad de la existencia, de los feldespatos, que recoge la S. en la declaración de hechos probados, al ser un juicio de valor susceptible de revisar en casación, no debe ser aceptada, porque por muy compactas y homogéneas que sean las sustancias que componen la tierra, la descomposición de los feldespatos entre en el campo de la previsibilidad, dada la frecuencia con que se presenta y la no visibilidad de su presencia». S. 20 noviembre 1980).

- Derrumbamiento de edificio.

(...) «Cuando se ha de construir un edificio compuesto por bajos comerciales y cinco plantas divididas, cada una de ellas, en dos viviendas –y lo mismo sucede en cualquier edificación–, es indispensable y pertenece al mundo de lo elemental y rudimentario que, antes de proyectar y decidir la adecuada cimentación de la referida construcción, sustentación sólida y resistente, se efectúe el estudio del suelo sobre el cual se ha de edificar –véase la responsabilidad, en tales casos, del Arquitecto, v. gr. en el art. 1591 del Cc. –, examinado y analizando tanto la naturaleza del mismo como su composición, consistencia, capacidad de comprensión y resistencia que ofrecerá respecto al peso y volumen de lo que ha de soportar, pero, pese a lo dicho, el procesado, arquitecto que, residente en localidad lejana, elaboró el Proyecto y la Memoria relativa a la cimentación, lejos de proceder al estudio geotécnico del terreno en el que había de construirse el edificio de autos, con la sola experiencia de otras edificaciones implantadas en la zona y constándole que se trataba de suelo arcilloso blando, de poca consistencia y de gran comprensibilidad, previó la cimentación con losa armada, la cual de algún modo incidía sobre los edificios contiguos,

totalmente inadecuada para un terreno como el de autos, incurriendo, con ello, en negligencia e impericia de tal intensidad que le hace merecedor de que su comportamiento se incardine en el núm. 19 del art. 565 del CP., tal como lo efectuó la A. de origen. Doctrina que es aplicable también al Arquitecto ejecutor, el cual, pese a que se aconsejaba, en la Memoria mencionada que, antes de proceder a la práctica de las oportunas excavaciones, se realizaran los ensayos precisos para comprobar definitivamente la tensión del terreno y realizar las consiguientes rectificaciones del primitivo cálculo, dispuso la cimentación, conforme a lo proyectado, sin que previamente procediera más que a un examen visual del solar y a realizar una sola calicata, agravándose, más tarde, la situación, al autorizar un aumento de tensión consecutivo a la construcción de una planta más destinada a cuartos trasteros y a la excavación de la oquedad o alvéolo o subterráneo destinado a albergar un depósito o tanque de fuel-oil destinado a la calefacción, determinando, los mencionados errores, el descenso, en unos ocho centímetros, del nuevo edificio y la ruina de los contiguos afectados por el mencionado descenso, por la presencia de la losa de cimentación y por un pilar común debiéndose calificar igualmente de temeraria la conducta del susodicho arquitecto que se condujo de modo negligente e imperito tal como no lo hubiera hecho la persona más descuidada y abandonada » (S. 22 diciembre. 1984).

Otra muestra la constituye igualmente la escasísima aplicación de la agravación, por negligencia profesional contenida en el párrafo segundo del artículo 565. Sobre que debe entenderse por tal, vid al respecto las siguientes sentencias, a modo indicativo, y en sentido general:

«La culpa debe recibir el calificativo de profesional cuando el resultado, al cual debe ir ligada por una relación causal inexcusable, se produzca a consecuencia de un acto profesional que sea, en sí mismo, imperito o negligente dentro de la estructura de la actividad que en cada caso corresponda, esto es, de una actividad incompatible con la profesión, con grave vulneración de las reglas llamadas de la *lex artis*. Es perfectamente distinguible la culpa del profesional en el ejercicio normal de su actividad y la llamada culpa profesional, tan debatida desde el punto de vista científico, que se refiere a una Imprudencia, ineptitud o ignorancia de las reglas de la profesión bien sea porque tales conocimientos no se poseen, o porque poseyéndose no se actualizan o porque la actuación choca frontalmente con un actuar correspondientemente adecuado a la actividad de que se trate. Esta nota añadida a la imprudencia es el plus que caracteriza a la imprudencia profesional que, en definitiva, supone, como acaba de decirse, un actuar incompatible con el normal ejercicio de la concreta actividad profesional en función de la impericia, ignorancia o Inadecuación con las reglas profesionales correspondientes (SS 21-286 y 23-7-87, entre las más recientes) (S. 27 mayo 1988. Ponente: Ruiz Vadillo)..

La imprudencia que nuestro C.P., recoge en el apdo. 5 del art. 565, llamada imprudencia por impericia o negligencia profesional que actúa como agravante específica, creando un subtipo agravatorio con operatividad independiente, descansa en un obrar con ausencia del conocimiento o inaplicación de las reglas que rigen la actividad que se realiza, es decir, con vulneración de la *lex artis* e infracción de los deberes inherentes a la profesión de que se trate (*lex functionis*) distinguiendo así entre la culpa del profesional que es una imprudencia o negligencia cometida por un profesional en el específico ejercicio de su arte, ciencia u oficio y la culpa profesional que descansa en la impericia que no implica ni es ese caso ni en otros muchos, que el procesado desconozca mal o deficientemente su contenido, sino mucho más concretamente que en el caso específico de que se trata, no actuó conforme era esperable y exigible de su profesionalidad».

En cualquier caso, y al respecto, debe siempre concurrir, para su aplicación, la cualidad de «profesional» aunque no basta con ello, como señala la sentencia abajo citada::

«Es evidente que cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra de las características de la que se llevaba a cabo, compuesta de varias plantas, deben impartir cuidadosamente las instrucciones oportunas, de acuerdo con las ordenanzas legales, a fin de que el trabajo se realice con las adecuadas medidas de seguridad, como garantes de la salvaguardia de la integridad física de cuantos trabajadores participan en la efectivización de los diversos trabajos, sujetos a contingencias y riesgos que es preciso conjurar, poniendo a contribución cuantas previsiones y ayudas experienciales y técnicas se ofrezcan convenientes a estos fines. No bastando con generales advertimientos, sino atendiendo con el debido cuidado a cada situación. La sentencia de instancia, calificando la conducta de los inculpados como integrante de imprudencia temeraria, incardinable en principio en el art. 565 párr. 14 C.P., resalta la infracción del deber objetivo de cuidado gravitante sobre aquéllos, máxime cuando el trabajador que resultó víctima iniciaba dicho día sus trabajos en la obra, recién incorporado al equipo actuante, acusándose el factor psicológico o subjetivo de la falta de previsión aquí relevante ante la normal peligrosidad de las tarea a ejecutar.

El plus de penalidad, para el supuesto de que se produjesen muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional, no supone su operatividad o aplicación inmediatas por la circunstancia' de que la imprudencia acusable provenga de un profesional, no tratándose de un elemento subjetivo necesariamente presente en las culpas o negligencias imputables a cualesquiera profesionales. De ahí que la doctrina, tanto científica como legal, venga distinguiendo entre la «culpa del profesional», imprudencia o negligencia comunes, sometidas por aquél en el ejercicio de su arte u oficio, y la «culpa profesional», propia, que descansa en la impericia, señalando la S. de 21-6-74 que, cuando el profesional actúa dentro del estrecho marco de su especialidad, los límites entre la «culpa del profesional» y la «culpa profesional» son indecisos y confusos, y la aplicación de la agravación del párr. 24 muy discutible y dudosa, a menos que se eleve lo que tenía que ser excepcional y por tanto circunstancial, al rango de figura primaria normal y ordinaria que es lo que no parece querer el legislador; abundando en estas distinciones una reiterada jurisprudencia posterior, tal, entre otras, las SS de 2-1 y 24-3-84, 23-2 y 30-9-85. La conducta de los procesados calificada por la Sala de instancia como temeraria, no tiene indefectiblemente que conllevar el aditamento de culpa profesional.

No pudiendo pues acusarse, sobre la general incriminación del actuar negligente, ese especial y peculiar plus de ignorancia, Inhabilidad o extrema desidia o inhibición, reveladores de la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o función determinada, que acaban por caracterizar a la culpa profesional; aparte de lo discutible de la aplicación de semejante calificación a persona que, cual es procesado, carece de título y es de oficio albañil (Cfr. sentencia de 21-6-74)» (S. 28 septiembre 1987. Ponente: Soto Nieto).

Por ello y como resumen, ha de señalarse que junto a la necesidad de que al sujeto responsable sea un «profesional» es preciso que el resultado lesivo que se le imputa guarde relación con su profesión. De lo contrario, esta agravación no puede ser tomada en cuenta. Vid. en este sentido la Sentencia 14 de junio de 1988. Ponente: Moyna Ménguez:

«La doctrina viene haciendo esfuerzos para distinguir entre «culpa del profesional», que es la imprudencia o negligencia comunes cometida por un profesional en el ejercicio de su arte u oficio, y la «culpa profesional» equivalente a impericia, pero, en todo caso, para que opere la agravación específica del precepto legal citado es indispensable que el sujeto

sea un «profesional», en este supuesto, de la conducción de vehículos de motor, y como éste no es el caso *sub iudice*, puesto que el acusado es pensionista actualmente y con anterioridad ingeniero técnico de minas, el accidente no tuvo conexión alguna con su profesión y es imposible imponerle pena mayor a través del tipo agravado de imprudencia profesional». Y la Sentencia 7 de junio 1988. Ponente Montero Fernández-Cid. «Una vez más se está en esa zona confusa y de difícil delimitación propia de este subtipo y, por ello, también nuevamente se ha de recordar que una distinción necesaria es la que atiende a la «culpa del profesional» (como tal reconducible a la esfera general) y «culpa profesional», en la que ambas tienen la nota común de exigir una determinada condición derivada de la posesión de un título habilitante, pero que con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala (SS., por ejemplo de 2-1 y 24-3-84, 23-2 y 30-10-85, 29-9-87 y 18-1-88). Esto, como señala la S. 23-7-87, no supone otra cosa que el que la culpa del profesional sea algo distinto de la imprudencia o negligencia comunes cometidas por el profesional en el ejercicio de su arte, en tanto que la culpa profesional es la que descansa en la impericia o defectuoso cumplimiento de las reglas de la *jex artis*. De ahí que, como añade la citada S. 18-1-88, con base en la norma de interpretación restrictiva de las disposiciones sancionadoras contenidas en el art. 9.3 C.E., se deba reservar esta modalidad integrante del subtipo a aquellos supuestos enraizados precisamente con la profesionalidad como tal y no derivados de la simple condición profesional».

Todo ello viene a poner de relieve un problema a que se enfrenta la protección de la seguridad en el trabajo, y que consiste en la debilidad de la represión penal de los Tribunales cuando juzgan a delincuentes considerados socio-profesionalmente como «de cuello blanco», haciéndose aún más apreciable esta diferencia, cuantitativa y cualitativamente, frente a otros delincuentes que también lesionan bienes jurídicos tan importantes como la vida o salud de las personas (Sobre la insuficiencia de la reacción penal y sus causas, vid. TERRADILLOS /BAYLOS, p. 43 y ss).

PARTICIPACION

Ha de señalarse que todo aquel que realice alguna de las conductas descritas en este tipo, debe considerarse autor del mismo, siempre que, además, reúna los requisitos ya señalados en esta exposición. Caben también la inducción y el encubrimiento.

CONCURSO DE DELITOS

Cuando se produce la efectiva lesión de la vida o la integridad física del trabajador, además del incumplimiento de esta norma, la solución apuntada por algún autor es que ambos delitos entran en una relación de subsidiariedad tácita, en base a la cual el delito de lesión (muerte o lesiones) consume al delito de peligro (348 bis a), siendo la pena del delito que contempla el resultado acaecido la única aplicable: lo que otros autores contradicen, acertadamente en nuestra opinión, por entender que al tratarse de bienes jurídicos distintos, seguridad en el trabajo, uno, y vida e integridad física, otro, abogan por la solución del concurso ideal de delitos, que contempla ambos supuestos, imponiéndose la pena del delito más grave en su grado máximo, por disposición del artículo 71.

PENA

Conviene destacar, y así ha sido puesto de relieve por la doctrina, de que la pena de este delito, cuando se realiza dolosamente, es por imperativo legal «arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 ptas», significando esta o, que expresa alternatividad, que también por Imperativo del penúltimo párrafo del art. 565, si el delito se comete por imprudencia temeraria, la pena a aplicar sería la multa de 100.000 ptas; pena realmente exigua, que además conllevaría el efecto de suspender cualquier otra sanción administrativa, en cumplimiento de la prohibición constitucional del principio «ne bis in idem», con lo cual, y como se advierte, la modesta pena pecuniaria de carácter penal es casi un favor que se le hace al reo, en comparación con las sanciones administrativo-laborales que podrían imponérsele. (Respecto a la colisión entre sanciones administrativas y penales en materia laboral, y la significación que el principio «ne bis in idem» alcanza en estos temas, vid. ARROYO, p. 13 y ss; TERRADILLOS/BAYLOS, p. 306 y ss.).

Ha de criticarse (en este sentido vid. ARROYO, BUSTOS) asimismo el carácter alternativo de la pena, por otras razones entre las cuales no cabe olvidar que la pena de multa carece de eficacia preventiva frente a conductas que en no pocas ocasiones suponen una transgresión de la seguridad de los trabajadores por motivos económicos, como es el coste financiero de esa seguridad, y que en la mayor parte de los casos, además, determina que su imposición quedará obviada en tanto en cuanto al empresario le sigue resultando más rentable pagarla que hacer frente al coste de las medidas de seguridad. (Vid. comentarios críticos al actual sistema de penas en esta materia, y proposiciones de futuro sobre ellas, TERRADILLOS/BAYLOS, p. 195 y ss.).

Por ello, algún autor como (ARROYO) señala que sería más acertado, aunque de «lege ferenda», dejar el castigo penal a las conductas dolosas, reservando las sanciones administrativas y con ello su carácter de ilícito administrativo a las conductas imprudentes.

ARTICULO 348 BIS B)

La Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio, introduce, entre las modificaciones aportadas al Código Penal, la nueva figura delictiva que bajo la denominación genérica de «otros delitos de riesgos» recoge en la sección 411 del capítulo II del título V del libro II, a modo de cajón de sastre una serie de conductas que, relacionadas con el ejercicio de ciertas profesiones o actividades, puedan representar una amenaza o riesgo para la vida o integridad de las personas.

Estas actividades o profesiones se encuadran en dos párrafos del mismo artículo. El primero hace referencia a las relacionadas con el manejo de sustancias explosivas, corrosivas, tóxicas, asfixiantes o radiactivas y tienen sus destinatarios en el sector de las industrias químicas, pirotécnicas o de fabricación de explosivos y relacionadas con el empleo de energía nuclear.

En el segundo, que es el que aquí nos interesa, sanciona con penas de arresto mayor y multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas a «quienes, en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento, infringieren- las reglas de seguridad establecidas, cuya inobservancia pudiera ocasionar resultados catastróficos y pusieran en concreto peligro la vida, la integridad o la salud de las personas».

La creación de este delito de riesgo en el marco de la reforma penal operada por la Ley Orgánica 3/89, contrasta con los propósitos del legislador que, según el preámbulo, inspira a la misma y que, en definitiva, van dirigidos a la descriminalización de una serie de conductas fundamentalmente consideradas faltas en el libro III y que deben encontrar su cauce corrector en el derecho privado o administrativo.

Ello se justifica en el eco social alcanzado por ciertos hechos puntuales como los accidentes habidos en centrales nucleares, los accidentes pirotécnicos y el alto índice de siniestralidad en la construcción, que han presionado al legislador a dar un paso al frente demostrativo de su voluntad de poner remedio a un estado de cosas necesariamente rechazado por la ciudadanía.

Habría que examinar, pues, si el instrumento ideado tiene la consistencia y cualidades requeridas para el fin perseguido y si, por otra parte, puede garantizar que la protección penal dispensada con la sanción de tales conductas va a ser más eficaz que la hasta ahora encomendada a los órganos de la Administración.

Para dilucidar tal cuestión se impone en primer lugar el análisis de la norma, la concreción de los supuestos en que sería de aplicación y la valoración de las consecuencias de ésta en orden a los fines de prevención general o especial que debe cumplir.

Los supuestos típicos del precepto se concretan en «apertura de pozos, excavaciones, construcción de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas». No hay duda, pues, de su aplicación al campo de la construcción de edificios, a las obras que movimiento de tierras, a las hidráulicas, a las de minería y a aquellas en que, cualquiera que sea su finalidad o destino, requieran realizar alguna de las concretas actividades que se describen. La referencia a «obras análogas» con la que finaliza el precepto habrá que circunscribirla al terreno de la construcción -carreteras, puestas, diques portuarios, etc.-. Quedan fuera, por tanto, aunque susceptibles de causar el mismo riesgo, otras actividades industriales, como la fabricación de buques o aeronaves por ejemplo.

Por otra parte, el proceder delictivo puede darse en dos momentos o estadios diferentes, durante la realización de las obras o en las labores de conservación o mantenimiento- de las mismas.

a) Naturaleza del riesgo y sujeto sobre quien se proyecta.

Dos son las condiciones que el precepto exige en orden a los efectos que la materialización del riesgo pudiera producir:

- 1.º Que puedan producirse resultados catastróficos.
- 2.º Que se pongan en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes.

Ambos requisitos se han de hallar presentes, dada su descripción acumulativa y no disyuntiva.

En cuanto al concepto de resultado catastrófico, debe ser más amplio que el que suele otorgársele en el lenguaje vulgar. Al hablar de catástrofe pensamos en la destrucción de una presa o en el derrumbe o incendio de un rascacielos. Creemos que lo que el precepto

pretende señalar es que, por la naturaleza de la obra y su destino o utilización, la normal proyección del riesgo de su destrucción afectaría con certeza a un número indeterminado pero vario de personas, tanto en su vida o integridad como, en sus bienes.

Ello excluye, por tanto, los supuestos de infracción de normas de seguridad generadora de un peligro proyectado aleatoriamente sobre personas en forma individual y no general. Por ejemplo, la inobservancia de las normas sobre construcción de salidas de emergencia en un edificio destinado a reuniones numerosas que pudiera impedir su evacuación ante una incidencia de incendio, podría constituir tal delito. El hecho de no señalar debidamente la apertura de un pozo a nivel del suelo, con peligro de caída en el de un viandante, no sería delictivo.

Podría quizá valer como definición del evento cuya prevención se tiene en cuenta, la que bajo la denominación de ente' mayor» contempla el artículo 2, apartado c), del Real Decreto 886/88, de 15 de julio, sobre prevención de accidentes en determinadas actividades Industriales, es decir, cualquier suceso que sea consecuencia de un desarrollo incontrolado de una actividad industrial y que suponga una situación de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, inmediata o diferida, en relación con las personas o los bienes, bien sea en el Interior o en el exterior de las instalaciones.

Los sujetos destinatarios de la protección y sobre quienes el riesgo se proyecta, son las personas en general que de una u otra forma sean tributarias de la obra o construcción, por razón de su utilización temporal o permanente, o de su vecindad a la misma.

Las personas que trabajan en la realización de la obra mientras ésta se lleva a cabo, podrían ser sujetos pasivos, eventualmente, en cuanto afectados potenciales de la catástrofe que pudiera derivarse del incumplimiento de las normas de seguridad; pero estas normas no son las dirigidas a la seguridad de los trabajadores, ya que la infracción de éstas viene sancionada tanto administrativa (L 8/1988, de 7 de abril) como penalmente.

b) Normas cuyo incumplimiento puede dar lugar a la existencia de este delito

El precepto penal que aquí estudiamos constituye un ejemplo de lo que se ha llamado ley penal en blanco; denominación que desde Binding reciben aquellas normas que al describir una conducta delictiva establecen como presupuestos de la misma el contenido de otra norma legal.

Aquí, como hemos visto, el delito sólo puede darse si existe infracción de las reglas de seguridad establecidas. Este es el presupuesto del tipo penal. Pero llama la atención la utilización de un término tan ambiguo y poco jurídico como él de reglas. Cuando la Ley Penal se remite a otra en la descripción de un hecho delictivo, puede hacerlo a un precepto concreto de igual rango bien del Código Penal (art. 306, que remite al 302, para no repetir las modalidades de la actividad falsaria), de otro cuerpo legal (art. 521, en la punición de la insolvencia culpable, que se remite al art. 888 del Código de Comercio) o a un precepto de rango inferior como es el supuesto del artículo 342, que al sancionar la expedición de sustancias o productos nocivos para la salud se remite a los reglamentos respectivos que las regulan.

Al tratarse aquí de un cúmulo de actividades diversas, el presupuesto habrá que buscarlo, en cada caso, en las disposiciones legales que regulen su realización en cuanto impongan determinadas medidas de seguridad; bien sentado que habrá de tratarse siempre

de disposiciones legales de carácter general y nunca de normas concretas establecidas con carácter particular para la realización de determinada obra por la empresa, el propietario o la dirección técnica de la misma.

Y ello porque si ya respecto a la autoridad administrativa se ha cuestionado el hecho de que por la vía reglamentaria pueda definir la existencia o no de delito (Jeschek) sería inadmisibles que tal facultad estuviera en los particulares.

El criterio de generalidad señalado podría entenderse limitado en todo caso y como máximo al ámbito de las Comunidades Autónomas en la regulación legal de materias transferidas por el Estado.

Además de la nota de generalidad, la norma reglamentaria infringida ha de ser de aquellas que establecen medidas de seguridad dirigidas a evitar resultados catastróficos. Así, por ejemplo, en materia de construcción, podría apreciarse el delito si se comprobase una infracción de la norma EH-88 que provocase la inadecuación de la estructura de hormigón en un puente, por ejemplo, con relación a las cargas que debe soportar, con creación de una situación de peligro. También lo constituiría la omisión de la inspección y mantenimiento sobre las contrapuertas o aliviaderos de una presa que permitieran asegurar su buen funcionamiento ante cualquier evento y circunstancia.

Asimismo, la infracción de normas de seguridad en evitación de Incendios forestales cuando la obra se realice en dicho medio, la de normas de seguridad en la construcción de centrales nucleares, etc.

Es, por tanto, imposible hacer una relación siquiera aproximada de todas las disposiciones que puedan contener dichas normas de seguridad, en la regulación de actividades que conlleven la realización de alguna de las obras descritas en el artículo 348 bis.

c) Sujeto activo del delito

Podrán ser acusados por el delito previsto en este artículo quienes directamente sean responsables de la aplicación de las normas de Seguridad reglamentariamente establecidas en los ámbitos de Actuación recogidos en él.

Pero no solamente éstos, sino también quienes teniendo el deber de vigilancia sobre su aplicación por otros, los descuiden o incumplan, dando lugar en conjunción con aquéllos a la creación del riesgo.

Se trata de un delito que no necesariamente ha de ser cometido por omisión, sino que admite su comisión activa. Si, por ejemplo en un edificio, teatro, sala de fiestas, se exige la construcción de salidas de emergencia para la evacuación del público, tanto se puede incurrir en la conducta delictiva por su no realización, como por la realización –en número o dimensiones insuficientes– que no permitan la evacuación en forma suficientemente rápida.

En definitiva, pues, dentro de cada profesión, sus miembros deberán tener un conocimiento exacto de toda la reglamentación existente en materia de seguridad y de aplicación en su ramo. Y, sobre esta base deberán exigir el cumplimiento de todas y cada

una de ellas y en especial de aquellas cuya inobservancia pudiera acarrear un riesgo de los anteriormente definidos.

La existencia de este nuevo delito, hemos de señalar, no empieza a la posible responsabilidad administrativa que pudiera exigirse conforme a la específica regulación de cada actividad. Cuando la infracción suponga un riesgo menor o de proyección individual o limitada, no alcanzará entidad delictiva, siendo sancionable administrativamente. Sólo cuando origine un riesgo como el antes descrito, la infracción penal nacerá, desplazando la posible sanción administrativa.

Diremos, para terminar, que el comentado precepto nos merece una valoración crítica negativa. Si bien es comprensible como respuesta a la inquietud social ante la materialización de catástrofes con origen en factores de riesgo no prevenidos, no debe ser función del Derecho Penal la sanción del mero incumplimiento de normas por parte de los profesionales, sujetos a responsabilidad civil y penal por las consecuencias lesivas de ellos derivados.

La exigencia de tales normas y la sanción por su incumplimiento debería corresponder a la Administración con la colaboración de los Colegios Profesionales. Aquélla, además, dispone de mecanismos mucho más rápidos (paralización de las obras) o disuasorias (multas mayores que la prevista para el delito) para reconducir al camino de la seguridad la realización de obras de las que pudieran derivarse los prevenidos riesgos, sin sobrecargas el Derecho Penal - en contra de las corrientes actuales - con nuevas figuras delictivas

Común a los dos delitos previstos en el artículo 348 bis) es que si se produce un resultado lesivo habrá un concurso ideal de delitos a resolver conforme a las reglas del artículo 71, pues se trataría efectivamente de un solo hecho que produce dos delitos, el de peligro concreto y el de resultado lesivo, generalmente homicidio o lesiones por imprudencia.

El número Dos del artículo tercero de la L.O. 3/1989, de 21 de junio incorpora al Capítulo II del Título V del Libro II del Código Penal una sección cuarta, en la que, bajo la rúbrica «De otros delitos de riesgo», se contienen en un sólo artículo, el 348 bis b), dos nuevas figuras de delitos de riesgo.

En la introducción de estos nuevos delitos de peligro se hace patente una línea evolutiva que necesariamente habrá de ir recorriendo el Derecho Penal de nuestra época, esto es, el castigo de comportamientos descuidados que crean peligros de extrema gravedad. Varios factores contribuyen a reforzar esa evolución. De una parte, el progreso técnico tiene lugar mediante procesos, aparatos e instalaciones, cuyo funcionamiento comporta riesgos de una gravedad hasta ahora inimaginable; de otra, el avance del conocimiento proporciona, a la vez, técnicas de control de las catástrofes, y, finalmente, bajo el Estado social o estado del bienestar, se ha desarrollado una demanda de seguridad material tan fuerte (en ocasiones parece, incluso, excesiva) que obliga a los poderes públicos a demostrar un interés en la prevención de peligros desconocido para la mentalidad política del siglo XIX, bajo la que fueron trazadas las líneas maestras de nuestro Código Penal.

Nada de esto implica, de suyo, un adelantamiento sectorialmente, allí donde el peligro parece insoportable. Y, menos aún, que el daño pierda importancia y pase, por así decirlo, a un segundo plano. No es éste el lugar adecuado para extenderse en consideraciones acerca de la función de uno y otro (del peligro y del daño) en la constitución del injusto penalmente relevante; pero, la simple lectura del artículo 348 bis b) traerá a la memoria de cualquiera siniestros recientes, realmente ocurridos, en cuyo impacto perturbador puede hallarse, seguramente, el origen de las recientes tipificaciones: ese dato basta para poner en su lugar adecuado la importancia del daño, tanto desde el punto de vista social cuanto desde la perspectiva del Derecho.

a) Conducta típica

a') La contravención de las reglas de seguridad establecidas.

La conducta típica ha de constituir, por acción u omisión, una contravención de las reglas de seguridad establecidas. Para que pueda apreciarse el delito no basta, pues, con que se descuiden cualesquiera precauciones, si no se hallan impuestas por reglas, esto es, por normas jurídicas.

El precepto no exige ningún rango determinado a dichas reglas: basta que sean válidas y se hallen vigentes. Nos hallamos, pues, ante una ley pena; en blanco, que remite a la normativa pertinente.

Pero, sí requiere que se trate de reglas de desigualdad, esto es, de reglas tendentes a precaver el peligro derivado de las sustancias o aparatos peligrosos a que luego se hace mención.

b') El ámbito de la contravención.

La contravención, examinada en el epígrafe anterior, ha de acaecer «en la fabricación, manipulación, transporte o tenencia de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, radioactivas, tóxicas o asfixiantes o cualquiera otras materias o artificios que puedan causar estragos».

Se refiere, pues, a cualquier clase de conductas relativas a cualquier clase de objetos que, normalmente, posean la capacidad de causar estragos.

El hecho típico, así descrito, adolece de un grado importante de indeterminación. Sin embargo, preciso es reconocer, de una parte, que, si se acepta la necesidad de tutela respecto de los hechos contemplados en la norma que se analiza, ha de otorgarse, inevitablemente, sobre la base de una cierta «porosidad» del presupuesto; pues, dados los constantes avances técnicos, un sistema cerrado de enumeración resultaría inoperante; y, de otra, que el legislador ha tratado de delimitar el ámbito de lo punible exigiendo, no sólo la existencia de reglamentaciones de seguridad que rijan la actividad de que se trate, sino también ciertas características, relativas al objeto de la misma, que permiten diferenciarlo adecuadamente.

Estas características no consisten en una u otra configuración sensible, sino en la capacidad de causar estragos, esto es, males de gravísima entidad (matanzas, ruinas,

asolamientos, etc.): doctrina y jurisprudencia definen los estragos, regulados en el artículo 554 del Código Penal por el poder destructivo de los medios utilizados y por la magnitud de los daños, que aquí han de proyectarse, como veremos a continuación, sobre las personas.

b) Contenido de injusto.

La omisión de las medidas de seguridad establecidas en el manejo de los objetos a que se ha hecho referencia anteriormente representa ya un peligro abstracto para personas y bienes.

Pero, el legislador no se ha contentado con tal, clase de riesgo para elevar la infracción a la categoría de delito, sino que ha exigido, además, la puesta en peligro concreto de la vida, la integridad o la salud de las personas.

Naturalmente, dicho peligro ha de ser consecuencia de la infracción de las normas de seguridad de modo que, si dicha conexión falta (porque el peligro creado obedezca a otras causas independientes, de modo que hubiera acaecido también si la normativa de seguridad se hubiese cumplido), puede afirmarse que el injusto del hecho no deriva de la acción típica y no es, por lo tanto, punible.

c) Culpabilidad

La infracción de las normas de seguridad puede ser dolosa o culposa, así como la creación del peligro.

En cambio, la presencia de cualquier clase de intención (directa o eventual) de producir el resultado, convertiría el hecho en tentativa (o frustración) referida a cada uno de los múltiples resultados posibles, deseados o asumidos.

d) Penalidad

La pena (arresto mayor o multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas) es relativamente benigna, tanto en el orden personal cuanto en el patrimonial. Tanto es así, que no debe, en absoluto, descartarse la idea de que cualquier desgracia, especialmente significativa haga surgir, en el futuro, la demanda de un castigo más severo.

Se trata de una figura concebida en términos muy semejantes a los de la examinada anteriormente y sancionada con la misma penal.

Sólo que aquí, dado que las actividades que contempla (apertura de pozos o excavaciones, construcción de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o conservación, acondicionamiento o mantenimiento de los mismos) no son, a diferencia de lo que ocurría con las reseñadas en el párrafo anterior, esencialmente peligrosas, la delimitación del peligro se lleva a cabo a través de la infracción de las reglas de seguridad.

En efecto, para que concurra el tipo no basta con que se infrinjan de cualquier modo las reglas de seguridad, sino que la inobservancia de las mismas ha de ser de tal naturaleza que pueda ocasionar resultados catastróficos (que es otro modo de nombrar los estragos).

Ha de insistirse en algo que ya se apuntó al estudiar la figura anterior: no basta con que la contravención de las reglas de seguridad origine una posibilidad remota y atípica de

catástrofe ha de poder ser considerada como resultado normal de la infracción para que pueda estimarse cometido el delito.

Por lo demás, todas las consideraciones efectuadas anteriormente en orden al peligro concreto, al culpabilidad y a la pena han de reproducirse aquí.

Únicamente cabe expresar cierta preocupación por el hecho de que una parte nada desdeñable de las obras y edificaciones del país está concebido y realizado antes y, por consiguiente, al margen, de las actuales prescripciones en materia de seguridad. Parece, por consiguiente, que es ineludible iniciar un programa de adaptación, que representará un considerable gasto público y privado. Confiar de modo exclusivo al tipo penal la tutela de los intereses que trata de proteger sería ilusorio y no representaría un uso legítimo de la pena, sino una lamentable «huida» a ella. (Tomado literalmente de BOIX REIG, Javier. Obra citada).

ARTICULO 427

Una de las interpretaciones de este artículo más extendidas y para nosotros aceptable en la actualidad, proviene de ARROYO.

Para dicho autor, la única y mejor manera de dotar a este precepto de algún contenido es, considerarlo como un tipo que requiere que el sujeto activo cause dolosamente, con dolo eventual, la lesión a la salud de los trabajadores, mediante una dolosa, con dolo directo, infracción de las Leyes y Reglamentos de Seguridad e Higiene en el Trabajo. En definitiva se requiere, que el autor infrinja dolosamente las normas de seguridad y además cubra con su dolo la eventual producción de un resultado lesivo, aceptando esta situación, caso de, producirse.

No obstante, cabe también la imprudencia en este delito, cuando el agente no infrinja dolosamente las leyes laborales, o cuando haciéndolo, no quepa apreciar dolo eventual con respecto al, resultado lesivo ocasionado. Aquí, por tanto, estarán en relación el 427 con el 565.

De este entendimiento deviene también su configuración como tipo penal que castiga efectivos atentados contra la integridad y seguridad de los trabajadores, cumpliendo una especial función de advertencia sobre el problema de las responsabilidades penales en los accidentes de trabajo.

Con respecto al artículo 348 bis a) antes examinado, presenta tres variaciones sustanciales.

Autor: a diferencia del 348 bis a) que consiste en la infracción del deber de seguridad en el trabajo, y en consecuencia afecta_ a un círculo restringido de personas, a quienes se les imputa este deber, el empresario y sus encargados, como se sabe, el artículo 427 admite un círculo más amplio de sujetos activos, pues las normas de seguridad pueden ser infringidas también aquí por personas distintas a las antes citadas, y ajenas por tanto al deber de seguridad.

La distinción entre ambos radica en que para los sujetos ajenos al deber de seguridad, la responsabilidad tendrá lugar sólo mediante, conducta activa, o en comisión por omisión, si incurrieron en posición de garante debido a su actuar precedente.

Conducta: se diversifican estos tipos también, en que el art. 348 bis a) se consuma del consiguiente peligro para los trabajadores, mientras que en el 427 se requiere la efectiva producción (que no peligro) de un resultado lesivo.

Resultado: el artículo 427 requiere un «quebranto apreciable» en la salud e integridad física de los trabajadores. Este referencia a la «salud» de los trabajadores, concepto más amplio que la «mera integridad física», marca por tanto otra disparidad con el 348 bis a), al extender su tutela más allá de la mera integridad física, como en cambio limitaba el 348 bis a).

No obstante debe señalarse que la referencia a los artículos 420 y 421 hace que este tipo penal proteja no contra cualquier «quebranto apreciable», sino únicamente frente a los quebrantos que constituyan el presupuesto de los mencionados 420 y 421 (este último desde luego, de difícil realización en sus apartados primero y tercero), quedando este artículo entonces como un tipo penal dotado de una función meramente ejemplarizadora o «de advertencia», por lo que, acertadamente, y aparte de estas características, la doctrina aboga por su supresión, dada, en último término, su innecesariedad (Vid. igualmente sobre este artículo TERRADILLOS/BAYLOS, p. 111 y ss).

Que no es ajeno a esto último el propio Tribunal Supremo, lo prueba la inexistencia de jurisprudencia sobre dicho artículo, pues incluso la única existente a su respecto, hace una aplicación inadecuada de él.

Vid. al respecto Sentencia 13 de mayo de 1969.

RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY. Imprudencia.- Obras.- Sentencia por la que se declara no haber lugar al recurso interpuesto por E M E y J I A contra Sentencia de la Audiencia de Madrid, en causa seguida a los mismos por el delito de lesiones. En sus CONSIDERANDOS se establece:

La infracción reglamentaria cometida, habida cuenta de lo dispuesto en un artículo 77 en relación con los artículos 70, 71 y 72 del Reglamento de Seguridad del Trabajo de 30 de mayo de 1952, no permite acoger la tesis de la carencia de importancia de las infracciones cometidas, dado también que consta se prescindió en la construcción de una zanja de hacer las inclinaciones en los taludes, y prescindir de las entibaciones y revestimientos, cosa importante.

RESULTANDO que el fundamento de hecho de la sentencia recurrida copiado literalmente dice; Primer Resultando probado y así se declara: que en Madrid el día 3 de agosto de 1966, los procesados, mayores de 18 años, sin antecedentes penales, que como Aparejador y Encargado de Obras, dirigían las que la Empresa XXX a cuyo servicio trabajaban, realizaba en el Paseo de los Melancólicos para canalización del Manzanares, como en una zanja para un colector de 4.50 a 5 metros de profundidad, sólo estibarón la parte superior, sin hacer las inclinaciones necesarias en los taludes, ni la estibación ni revestimientos debidos, como ordena el Reglamento de Seguridad del Trabajo en la Construcción, de 20 de mayo de 1952, y más teniendo en cuenta que a unos 30 metros un rodillo vibrante trabajaba para compactar la tierra, siendo causa de haber un

desprendimiento de tierras. en la zanja de dicha, alcanzando a los obreros B S C, F C, D S P y F G P, que como consecuencia de ello sufrieron lesiones que han curado, respectivamente a los 9, 9, 1 y 150 días de asistencia médica, sin defecto ni deformidad.

RESULTANDO que la expresada sentencia se estimó que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de lesiones por infracción de las Leyes de Trabajo comprendido en el artículo 427 y sancionado en el artículo 420 número 4º del Código Penal, que de dicho delito son responsables siguiente pronunciamiento: Fallamos que debemos condenar y condenamos a los procesados como responsables en concepto de autores de un delito de lesiones por infracción de las Leyes de Trabajo, sin circunstancias, a la pena a cada uno de los procesados, de dos meses y un día de arresto mayor y 5.000 pesetas de multa o el arresto sustitutorio de un mes en caso de impago, con sus accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas por mitad, y de la indemnización de este modo: los procesados indemnizarán con carácter solidario y por mitad, en la cantidad de 2.700 pesetas a B C y F M C, en 500 pesetas a D S P y en 10.000 pesetas a F G P y en caso de insolvencia de los procesados dichas indemnizaciones serán hechas efectivas por la Empresa XXX, como entidad responsable civil subsidiaria. Para el cumplimiento de la pena se le abona todo el tiempo de prisión provisional sufrida por esta causa. Y aprobamos el auto de solvencia del procesado E M y del responsable civil subsidiario consultado por el Instructor. Y reclámese la pieza de responsabilidad civil del procesado J I. Habiéndose emitido por los tres Médicos que asistieron a los lesionados el parte correspondiente al que venían obligados, conforme al artículo 262, en relación con el 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se les impone a cada uno la multa de 250 pesetas.

RESULTANDO que el presente recurso se ampara en el siguiente motivo de casación: Único admitido. Primero. Amparado en el número 19 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción por indebida aplicación de los artículos 427 y 420 número 4º, del Código Penal, dado que los hechos declarados probados, no configuran el delito previsto y penado en los artículos que cita como infringidos.

RESULTANDO que el Ministerio Fiscal se instruyó del recurso y en el acto de la vista lo impugnó.

CONSIDERANDO que el único motivo admitido de recurso, se refiere a la supuesta infracción del artículo 427 en relación con el 420 del Código Penal, fundado en que no concurren en el caso de autos los supuestos para encajar los hechos declarados probados en el precepto del artículo 427, pues no ha habido un quebranto grave- de las disposiciones de Trabajo, ni ello ha causado quebranto apreciable en la salud o integridad corporal de los obreros interesados, teniendo, en cuenta que en la redacción anterior del similar precepto sustantivo, penal, se necesitaba para que se tuviese por existente la figura delictiva expresada que la infracción fuera reiterada y dolosa; argumentación que no puede ser acogida a los efectos del recurso formulado, porque la infracción reglamentaria cometida, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 77 en relación con los artículos 70, 71 y 72 del Reglamento de Seguridad del Trabajo, de 30 de mayo de 1952, a que se refiere el Considerando primero de la sentencia Impugnada, no permite acoger la tesis de la carencia de importancia de las infracciones cometidas, dado también lo que consta en la relación fáctica que esta consigna, al referirse a que se prescindió en la construcción de la zanja a que la relación se refiere, de hacer las Inclinaciones en los taludes, y prescindir de las

entibaciones y revestimientos, cosa importante, agravada por el extremo de estar trabajando a unos 30 metros de distancia de dicha obra, un rodillo vibratorio para compactar, todo lo cual originó un desprendimiento de los terrenos en los que trabajaban los operarios que resultaron accidentados.

CONSIDERANDO que por otra parte tampoco puede decirse fundadamente que las lesiones causadas fueron inapreciables en el sentido a que los preceptos legales se refieren, porque si bien dos de los operarios tuvieron lesiones de duración cifrada en escasos días de duración, otro de los lesionados, sufrió lesiones que tardaron en curar 150 días alcanzando con ello la categoría de lesiones de carácter grave, según las mismas normas que suministra el Código Penal, y que en consecuencia no permiten en modo alguno admitir el recurso, que debe ser rechazado con los pronunciamientos inherentes a tal declaración.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por los recurrentes, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 11 de febrero de 1967, en causa seguida a los mismos por el delito de lesiones; condenándolos al pago de las costas de este recurso por mitad, y a la pérdida de los depósitos constituidos a los que se les dará el destino legal.

BIBLIOGRAFIA BASICA

- Artículos 348 bis a) y 427: ARROYO ZAPATERO, Luis. “Manual de Derecho penal del Trabajo” Edit. Praxis. 1988; TERRADILLOS, Juan y BAY LOS Antonio. “Derecho penal del Trabajo” Edit. Trotta. 1990.
- Artículo 348 bis b) -segundo párrafo:. BOIX REIG, Javier. “Derecho Penal. Parte Especial”. Libro colectivo. Edit. Tirant lo: Blanch. 1990; artículo de autor desconocido publicado en la Revista informativa de Bibliografía jurídica, TAPIA. Octubre. 1990.