

O PROBLEMA DA AUTORÍA NO DELITO CONTRA A SEGURIDADE NO TRABALLO

José A. Varela Agrelo

Maxistrado do Xulgado do Social nº 4 de Lugo

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN

II. PRIMEIRA APROXIMACIÓN. UN EMPRESARIO E UNHA VULNERACIÓN DA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RISCOS

III. A CUESTIÓN DA DELEGACIÓN DO RISCO

IV. A CONDUCTA OMISIVA DE NON FACILITAR OS MEDIOS DE SEGURIDADE

V. SUPOSTOS POLÉMICOS:

a) A subcontrata

b) As empresas de traballo temporal

c) Os técnicos de prevención alleos

VI. CONCLUSIÓN

I. PRESENTACIÓN

Vivimos nunha “Sociedade arriscada”, caracterizada polo incremento do risco propiciado polo estadio actual de desenvolvemento.¹

Na tarefa de minimización do risco decidimos incorporar a achega do Dereito Penal (Dereito Penal do Risco), acollendo novos principios xurídicos, descoñecidos ata non hai moito, como o denominado “Principio de Precaución”.²

Cando o Dereito Penal opera neste ámbito adoita acudir á técnica dos denominados delitos de perigo. Non é necesario que se produza un resultado danoso para que se actualice o delito. Abonda que a conduta (activa ou omisiva) xere o perigo para que o delito se consume. Dito noutros termos, nos delitos de perigo o resultado esixible para a súa produción é a situación de perigo para o ben xurídico protexido.³

Supón esta técnica un adiantamento da barreira defensiva do Estado, que aínda que criticada por algúns, faise indispensable para a protección de determinados bens colectivos e especialmente valiosos.

Entre estes tipos penais atopa o coñecido como delito contra a seguridade no traballo do art. 316 do Código Penal que di:

“Os que con infracción das normas de prevención de riscos laborais e estando legalmente obrigados, non faciliten os medios necesarios para que os traballadores desempeñen a súa actividade coas medidas de seguridade e hixiene axeitadas, de forma que poñan así en perigo grave a súa vida, saúde ou integridade física, serán castigados coas penas de prisión de seis meses a tres anos e multa de seis a doce meses”.

Acoutando a tarefa que afrontamos nestas liñas concretámonos a examinar a parcela do suxeito activo, tratando de indagar os que poden estar incluídos na dicción legal, pois a experiencia revelounos que se trata dunha cuestión polémica que xera con frecuencia posicións moi enfrontadas.⁴

II. PRIMEIRA APROXIMACIÓN. UN EMPRESARIO E UNHA VULNERACIÓN DA NORMATIVA DE PREVENCIÓN DE RISCOS

Ademais de ser un delito de risco, o tipo penal que comentamos é unha norma penal en branco; poderíamos dicir que é unha norma penal dobremente en branco, pois para indagar esta primeira esixencia faise preciso acudir á normativa extrapenal, para comprobar se existe regulación do sector laboral de que se trate, así como comprobar cales son os medios regulamentarios alí previstos en orde a preservar a vida, saúde e integridade física dos traballadores.⁵

1 **BECK**, Ulrich, *“La sociedad del riesgo”*, Edit. Paidós Ibérica SA, 1998.

2 **Romeo Casabona**, Carlos María *“El principio de precaución en las actividades de riesgo”*. Cuadernos de Derecho Judicial III. Madrid 2002

3 Sobre a técnica dos delitos de perigo, **SUBIJANA ZUNZUNEGUI**, Ignacio José. *“Prevención de Riesgos Laborales y Derecho Penal”*. Rev. Poder Judicial nº 64 Pax. 83 e ss.

4 En xeral sobre a cuestión Vid **DEL RÍO FERNÁNDEZ**, Lorenzo J. *“La autoría en organizaciones complejas”*. Cuadernos de Derecho judicial IX, Madrid, 1999.

5 A coñecida **STC 120/1990** homologa a constitucionalidade desta técnica precisando as condicións que han de concorrer e que cumpre o tipo penal analizado.

Pois ben, a Lei Básica en materia de Prevención de Riscos -a Lei 31/1995, parte de que na relación laboral, existe un dereito dos traballadores a unha protección eficaz en materia de seguridade e saúde no traballo e correlativamente un deber do empresario de protección dos traballadores fronte aos riscos laborais.

A partir desta fundamental premisa que se concreta en que o empresario é debedor de seguridade e o traballador acreedor das condicións axeitadas para iso, se efectúa unha expresa descrición de cómo se configura o marco legal da obriga empresarial. Non se esgota este deber en facilitar medios de protección, senón tamén en informar e formar sobre prevención, vixiar a saúde, suspender a actividade en determinados casos, etc.

No que agora interesa, a situación da obriga “*ex lege*” radica no empresario, que é tanto como admitir a posibilidade de traducir o termo como a “comparece física ou xurídica que ostenta a titularidade da empresa”.

A empresa como tal, é dicir a entidade mercantil é, entón, suxeito activo posible dunha infracción nesta materia. Así se desprende do art. 42 da Lei 31/1995 cando fala de “empresarios” y “empresas”, e non de persoas físicas responsables.

Pero é ben sabido que non acontece o mesmo cando a responsabilidade a depurar supera o ámbito do administrativo, e aínda sendo pública, alcanza categoría de responsabilidade penal. Opera entón o coñecido aforismo “*societas delinquere non potest*” que obriga o intérprete a indagar sobre a persoa física que por o “dominio do risco” merece o reproche penal.

Podemos entón afirmar dende esta primeira aproximación, que o suxeito activo do tipo penal do art. 316 será unha persoa física que incumpriña algunha norma de prevención de riscos e que estivese legalmente obrigado.

Nas denominadas microempresas esa identificación entre titular empresarial e debedor de seguridade será doada.

A cuestión faise máis complexa en supostos de medianas e grandes empresas nas que poden existir múltiples centros de traballo afastados da sede social, delegación de funcións, e concorrencia de persoas responsables de prover as medidas axeitadas de seguridade.⁶

III. A CUESTIÓN DA DELEGACIÓN DO RISCO

Os termos abertos da dicción legal ...”os que ... estando legalmente obrigado ...”, que non concreta un carácter profesional do suxeito, abre a cuestión da posibilidade de delegación.

Non pode pensarse que a delegación sexa en todo caso un mecanismo de elusión, pois en moitos casos a necesidade de acudir a este é unha esixencia do propio tamaño da empresa e da división dos traballos e centros nos que se sitúan.⁷

6 A Lei 54/2003 do 12 de decembro insiste, non obstante, en a “*necesaria integración da prevención no proceso productivo e na liña xerárquica da empresa*”.

7 Hai que recordar que a citada Lei 54/2003 que modifica o Texto Refundido sobre Infraccións e Sancións na orde social aprobada por Real Decreto legislativo 5/2000 do 4 de agosto, engade un parágrafo ao apartado 3 do art. 42 da LISOS coa seguinte redacción: “*Os pactos que teñan por obxecto a elusión en fraude de lei, das responsabilidades establecidas neste apartado son nulos e non producirán efecto ningún*”.

Por iso, tanto a doutrina como a xurisprudencia viñeron recoñecendo carta de natureza ao instituto da delegación, sen prexuízo de excluír a súa aplicación cando se perciba que constitúe unha fraude ou vía de escape da aplicación da esixencia de responsabilidade.⁸

En xeral pode afirmarse que a delegación precisa de dous elementos:

- a) que se realice en persoas capacitadas para a función que se lles encomenda
- b) que se faciliten ao delegado os medios necesarios para o desempeño da súa función.

O propio Código Penal, no art. 318 que complementa o art 316, acláranos que:

“Cando os feitos previstos nos artigos anteriores se atribúisen a persoas xurídicas, imporase a pena sinalada aos administradores ou encargados do servizo que foran responsables destes e a quen, coñecéndoos e podendo remedialo, non adoptasen medidas para iso.”.

Do texto legal transcrito despréndese implicitamente esa posible delegación, se ben con carácter non excluínste da responsabilidade do dilixente. Habemos de situarnos entón na perspectiva que nos facilita o Dereito Penal do feito, afastándonos dos principios que enmarcan do denominado Dereito Penal de autor.

Dende a anterior perspectiva, se a delegación faise en persoa idónea á que se dota da información da situación ao tempo que se lle facilitan os medios económicos e técnico suficientes, a competencia orixinaria do delegante vese modulada ao quedar reducida a unha responsabilidade residual que consistiría na mera supervisión ou vixilancia do delegado para comprobar se cumpre co deber que se lle asigna para no seu caso corruxilo ou mesmo o remover do cargo.⁹

Acontece, sen embargo, que para que esta responsabilidade residual do delegante alcance relevancia penal habería de acreditarse unha actuación dolosa deste, é dicir, con coñecemento da infracción da normativa de prevención e da correlativa situación de perigo que iso leva consigo. Este elemento subxectivo do inxusto producirá na práctica un difícil encaixe desta participación do delegante na comisión do delito do art. 316.

Podería, en suma, concluírse este epígrafe recordando a doutrina da sentenza 653/1994, do 26 de marzo da Sala Segunda do Tribunal Supremo, que recoñece que *“... non é humanamente posible que os que deben exercer a súa posición de garante, que require, pola súa natureza unha distribución de funcións, poidan realizar persoalmente tódalas operacións necesarias para o cumprimento do deber. Por iso, o Ordenamento Xurídico recoñece o valor exonerante da responsabilidade á delegación da posición de garante, cando tal delegación se efectúa en persoas capacitadas para a función e que dispoñen dos medios necesarios para a execución dos labores que corresponden ao deber de actuar...”*

8 A posibilidade de delegación é estudada, entre outros, por **Rodríguez Mesa**. *“Unas notas acerca de la responsabilidad penal en materia de siniestralidad laboral”*. Revista de Derecho Social 21/2003. Edit. Bomarzo.

9 Neste sentido o art. 16 de a **Lei de Prevención de Riscos Laborais** na súa redacción por Lei 54/2003, sinala no seu punto 2.b *“... o empresario deberá asegurarse da efectiva execución das actividades preventivas incluídas na planificación, efectuando para iso un o seu seguimento continuo”*.

IV. A CONDUCTA OMISIVA DE NON FACILITAR OS MEDIOS

Chegamos xa ao núcleo da conduta típica. Ante todo, é de salientar que a mesma non é un “*facere*”, senón un “*non facere*”. Trátase dunha omisión que provoca un perigo, e tal omisión consiste en facilitar as medidas de seguridade e hixiene axeitadas.

A pesar da claridade da dicción legal, viñéronse producindo dúas tendencias doutrinarias á hora de intelegir o concepto de “*non facilitar*”¹⁰:

a) segundo a concepción estrita “non facilitar” non pode abranguer máis alá da ausencia dos medios físicos ou instrumentos materiais en que se concreten as medidas de seguridade: cintos, correas, cascos, redes, varandas, máscaras, etc

b) pola contra, dende unha perspectiva máis ampla, non solo non facilita quen non proporciona tales medios, senón tamén o que coa súa conduta propicia, consente, ou promove dalgunha forma tal omisión.

Entendemos que é aquela e non esta a posición mais correcta dende o punto de vista da técnica-xurídica, pois non cabe facer a interpretación extensiva dun precepto penal e ademais non é necesario, pois existen outros títulos de imputación diferentes en onde radica o reproche penal que poidan merecer condutas de profesionais chamados a ostentar competencias en materia de prevención de riscos, pero non a facilitar as medidas de seguridade.

Un suposto paradigmático do que estamos a comentar é o do Arquitecto Técnico, a que a Gabe atribúelle funcións de coordinación en materia de seguridade pero que non ten capacidade para facilitar os medios pois non é o “empresario”.

No suposto de feito da sentenza 236/2003 de 19.09.03 da Secc. 1.^a da Audiencia Provincial de Lugo da que fun relator, condénase ao contratista e subcontratista polo tipo penal do art. 316, pero ao Arquitecto Técnico, impútaselle a título de imprudencia, por redactar o Plan de Seguridade que incluía as medidas de precaución omitidas e permitir logo coa súa conduta o desenvolvemento da actividade constructiva sen esixir o seu cumprimento.

É, neste sentido, moi didáctica a comparación do actual tipo do art. 316 co antigo que 348 bis a) que incluía no suxeito activo aos que non esixisen que se adoptasen as medidas, quedando limitado o texto agora vixente dende o C. Penal de 1995 unicamente aos que “non faciliten”. Operouse entón unha importante redución do ámbito conceptual do suxeito activo. Se antes eran posibles suxeitos, o Inspector de Traballo, ou o Arquitecto Técnico coordinador de seguridade que podendo esixir a adopción das medidas coa súa conduta pasiva deixaban de facelo, unicamente poden cometer agora o delito os que non facilitaren estando obrigados tales medidas omisión que como se vén mantendo só se pode imputar ao empresario ou delegado deste parcela empresarial nas condicións expostas ao falar da delegación.

10 Unha cita destas dúas tendencias efectúase na relevante sent. 880/03 da Secc. 17^a da Audiencia Provincial de Madrid de data 06.10.03- Relator: **Fernández Entralgo**, Jesús.

V. OUTROS SUPOSTOS POLÉMICOS

a) As subcontratas

Xa a propia Lei 31/1995 do 8 de novembro, de Prevención de Riscos Laborais no seu art. 42, tras falar da responsabilidade penal ou administrativa en que pode incurrir o empresario por incumprimento das súas obrigas en materia de prevención de riscos laborais, engádenos que:

“A empresa principal responderá solidariamente cos contratistas e subcontratistas a que se refire o apartado 3 do art. 24 do cumprimento, durante o período da contrata, das obrigas impostas por esta lei en relación cos traballadores que aqueles ocupen nos centros de traballo da empresa principal, sempre que a infracción se producira no centro de traballo do devandito empresario principal”.

De tal texto poden desprenderse as seguintes conclusións:

a) A conduta omisiva en materia de seguridade e hixiene dun empresario subcontratista pode xerar respecto a este unha responsabilidade administrativa ou penal se como consecuencia desa infracción da normativa sectorial en materia de seguridade se puxesen en perigo grave a vida, saúde ou integridade física dos seus operarios

b) Esa responsabilidade, mesmo penal, é compatible e non elimina a do empresario que contratou con esa empresa, pois este principal non pode desentenderse de que na empresa que lle presta o servizo se cumpran as medidas de seguridade, pois o art. 24.3 da LPRL imponse unha obriga de vixilancia do cumprimento e o art. 42.2 inclúelle como responsable solidario co subcontratista, nos termos que no devandito precepto se salientan.

Un estudio superficial da xurisprudencia emanada sobre o art. 316 pon rapidamente en evidencia que, na práctica xudicial, son frecuentes os supostos de aplicación desta responsabilidade “concorrente” ao apreciarse que as esixencias do tipo se cumpren en máis dunha persoa.¹¹

Polo tanto, o responsable dunha empresa subcontratista pode ser suxeito activo, sen que iso exclúa a autoría mediata do responsable da empresa que lle contratou.

b) As empresas de traballo temporal

O art. 42.2 2 da Lei 31/1995 establece que: “Nas relacións de traballo das empresas de traballo temporal, a empresa usuaria será responsable da protección en materia de seguridade e saúde no traballo nos termos do art. 16 da Lei 16/1994 do 1 de xullo”.

Neste artigo establécese a obriga á empresa usuaria de que con carácter previo a iniciar da prestación de servizos, a empresa usuaria deberá informar ao traballador sobre os riscos derivados do seu posto de traballo, así como as medidas de protección e prevención contra estes.

Na sentenza de 11 de xuño de 2002 da Secc. 6.^a da A.P. de Barcelona analizouse un suposto de falecemento dun traballador que fora contratado por medio dunha ETT.

11 Un caso concreto de subcontratación neste ámbito é o analizado pola sentenza da Audiencia Provincial de Valladolid-Secc. 4.^a de 30.01.2004 n.^o 45/2004. Relator: **RUIZ ROMERO, José Luis**.

Deste suposto e dos inequívocos termos legais transcritos resulta claro que a contratación a través dunha ETT, non libera o empresario da denominada empresa usuaria da responsabilidade nas condicións de traballo, responsabilidade que inclúe expresamente unha INFORMACIÓN PREVIA dos riscos.

Agora ben, que a empresa usuaria apareza, en todo caso, como garante de seguridade, non significa que a ETT quede liberada de calquera obriga con respecto á saúde e seguridade dos seus traballadores. A ETT será responsable do cumprimento das obrigas en materia de formación e vixilancia para a saúde que se establecen nos apartados 2 e 3 do Art. 28 da LPRL.

Sen embargo, unha cousa é ser debedor dunha obriga xenérica de seguridade e outra ser suxeito activo do art. 316 do C.P., polo que entendemos que o empresario titular da ETT non é posible que sexa imputado polo devandito delito, sen prexuízo claro está doutro tipo de responsabilidades.

c) Os técnicos de prevención alleos¹²

Tanto a Lei 31/1995 como o Regulamento 39/1997, do 19 de xaneiro, prevén que o empresario, en cumprimento das obrigas preventivas que se lle encomendan, pode acudir a un servizo de prevención alleo.

Dende a entrada en vigor da Lei viñeron aparecendo novas empresas o obxecto social das cales é precisamente prestar o servizo de prevención laboral ás empresas que prevé a Lei. A participación que iso supón nunha tarefa de interese público cal é a seguridade e hixiene no traballo levou ao lexislador a esixir unha logo da acreditación pola Administración Laboral e Sanitaria da idoneidade da empresa para tal función. Ademais, as Mutuas de Accidentes de Traballo e Enfermidades Profesionais poderán desenvolver para as empresas a elas asociadas as funcións correspondentes os servizos de prevención.

Así as cousas, a dúbida que agora interesa disipar é se a contratación por parte dun empresario dun servizo de prevención supón liberación de responsabilidade do empresario e conseguinte endoso desta ao responsable da empresa ou servizo de prevención contratada.

Os técnicos de prevención alleos non poden ser suxeitos activos do delito do art. 316 e 317 do Código Penal, aínda que como calquera outro profesional poden ser criminalmente responsable de delito ou falta a título de imprudencia. Así acontecería se se produce un resultado danoso: morte, lesión, enfermidade profesional, etc e da investigación resulta que estes profesionais infrinxiron un deber de coidado e como consecuencia de tal acción ou omisión prodúcese o evento danoso.

Non poden cometer, en cambio, o delito especial do art. 316 porque non son os chamados a facilitar medidas de seguridade senón unicamente a organizar a actividade preventiva proporcionando ao empresario asesoramento e apoio. Polo tanto, non poden identificarse nin se igualar ámbolos dous niveis de actividade. Unha cousa é organizar a actividade preventiva, avaliando riscos, establecendo prioridades, facilitando formación e información, vixiando a saúde, etc., e outra mais específica e concreta é dotar materialmente os traballadores dos medios de seguridade necesarios para que a actividade labo-

12 **Lousada Arochena.** "Las responsabilidades de los técnicos de prevención". Revista Derecho Social 22/2003. Edit. Bomarzo.

ral se desenvolva nas debidas condicións de seguridade. Por máis que un servizo de prevención detecte un risco e diga o necesario para previlo, compete á empresa principal prover dos instrumentos precisos para que sexa evitado.

Pode afirmarse entón, que o empresario responde nun estadio anterior cando se xera o perigo grave como consecuencia da súa omisión preventiva. Polo contra, os técnicos de prevención alleos só responderían no suposto de actualización dun risco, é dicir, producido un resultado danoso, se infrinxirían algún deber de coidado (neglixencia profesional) e exista un nexo de causalidade entre a súa conduta inadecuada e o dano producido.

En definitiva, a contratación dun servizo de prevención alleo non libera o empresario que o contrata das súas obrigas preventivas, podendo incorrer no delito que analizamos, sen prexuízo da concorrente responsabilidade que a título de imprudencia puidesen incorrer os técnicos de prevención alleos contratados.

Esta interpretación de mera lóxica-xurídica atendendo aos instrumentos da normativa penal que analizamos vén avalada no ámbito extra-penal da norma básica en materia de prevención polo art. 14.4 da Lei 31/1995 que formalmente expresa esa ausencia de liberación do empresario polo feito de contratar algún servizo de prevención.

VI. CONCLUSIÓNS

Estamos ante un delito especial o suxeito activo do cal unicamente pode ser o empresario.

Dentro da empresa haberá de indagarse quen é o titular do dominio do risco para situar a responsabilidade penal.

A delegación das funcións preventivas non liberan ao empresario das súas propias obrigas; unicamente modulan as mesmas ao esixir unha supervisión do delegante sobre a actuación do delegado, aínda que na práctica será moi difícil incardinar ao delegante no tipo penal analizado.

A conduta omisiva que esixe a norma que consiste en non facilitar as medidas de seguridade exclúe da posibilidade de que cometan este delito:

- a) Aos Arquitectos e Arquitectos Técnicos
- b) Aos Inspectores de Traballo
- c) Aos titulares de Empresas de Traballo Temporal
- d) Aos Técnicos Responsables dos Servizos de Prevención Alleos.

Pola contra, ademais do empresario, poden compartir a imputación penal por un delito desta clase:

a) Os contratistas e subcontratistas polas situacións de perigo grave xeradas durante o desenvolvemento da actividade laboral para unha empresa contratante.

b) Os encargados ou delegados do empresario no Centro de Traballo de que se trate sempre que tivesen a cualificación técnica e os medios necesarios suficientes e necesarios para o desenvolvemento do seu labor.

Por último, convén resaltar que a cultura preventiva que se pretende instaurar coa Lei de Prevención de Riscos comporta que as Administracións Públicas deben intentar que empape todo o tecido empresarial e laboral a idea de que convén a tódolos implica-

dos ser conscientes da importancia do ben xurídico que está en xogo, pois a vida, a saúde e a integridade física son dereitas non só fundamentais, senón soporte do resto dos demais desexos de benestar da persoa.