

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **Circular 4/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Siniestralidad Laboral.**

Referencia: FIS-C-2011-00004

---

#### **ÍNDICE**

I. Introducción. II. Cuestiones sustantivas. II.1 Delitos de riesgo doloso del artículo 316 del Código Penal. II.1.1 Posibles sujetos responsables del delito de riesgo del artículo 316 del Código Penal. II.1.1.1 El empresario como posible sujeto activo del delito de riesgo de los artículos 316 y 317 del Código Penal. II.1.1.2 La delegación de funciones en el ámbito preventivo laboral. II.1.1.3. Los Servicios de Prevención y su posible responsabilidad. II.1.1.4 Los Recursos Preventivos. II.1.1.5 La concurrencia de empresas: supuestos de contratación y subcontratación. II.1.1.6 Los técnicos en la actividad de construcción. Especial referencia al coordinador de seguridad y salud. II.1.1.7 Especial referencia a los Delegados de Personal y a los miembros de los Comités de Seguridad y Salud. II.1.2 Caracteres y categorías conceptuales. II.1.2.1 Tipo de peligro. II.1.2.2 Concepto del peligro grave. II.1.2.3 Concepto de «facilitar». II.1.2.4 Concepto de «medios necesarios». II.1.2.5 Cuestiones concursales. II.2 Delito de riesgo imprudente del art. 317 del Código Penal. II.3 El artículo 318 del Código Penal. II.4 Infracciones imprudentes. II.4.1, Importancia de la calificación inicial del resultado lesivo. II.4.2 Graduación de la imprudencia: Imprudencia grave y leve. II.4.3 Imprudencia de la víctima. II.4.4 Imprudencia profesional. II.4.5. Valoración médico-legal del resultado lesivo causado en accidente laboral. II.4.6 Enfermedades profesionales. III. Cuestiones procesales. III.1 Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal. III.1.1 Recepción en la Fiscalía de comunicaciones o atestados de las instancias citadas o denuncias de particulares o sindicatos relativas a fallecidos o lesionados en accidente laboral. III.1.2 Comunicaciones de atestados o denuncias relativas a delitos de riesgo. III.2 La intervención del Fiscal en la fase de instrucción. III.2.1 La intervención activa del Fiscal durante la instrucción del procedimiento. III.2.2 Especial referencia a la instrucción de procedimientos seguidos por accidentes laborales sufridos por trabajadores inmigrantes extranjeros. III.2.3 Intervención de la acusación popular – fundamentalmente de los Sindicatos– en los procesos de siniestralidad laboral. III.2.4 Medidas cautelares personales en los procedimientos seguidos como consecuencia de la siniestralidad laboral. III.2.5 Medidas cautelares reales en los procedimientos seguidos como consecuencia de la siniestralidad laboral. III.2.6 Control por los Fiscales de los Autos de archivo, sobreseimiento y declaración de falta de estos procedimientos. III.3 La intervención del Ministerio Fiscal en la fase intermedia. III.3.1 El escrito de petición de sobreseimiento. III.3.2 Control del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado. III.3.3 El escrito de acusación. III.3.3.1 Redacción de los hechos. III.3.3.2 Calificación jurídica. III.3.3.3 La calificación provisional en supuestos de concursos de normas entre delitos de riesgo y delitos de resultado lesivo. III.3.3.4 Homogeneidad o heterogeneidad de los artículos 316 y 317 del Código Penal. III.3.3.5 Determinación de las penas. III.3.3.6 La Responsabilidad civil. III.3.3.7 Intervención en el juicio oral de los Inspectores del Trabajo y los Técnicos de los organismos autónomos. III.4 La intervención del Ministerio Fiscal en el Juicio Oral. III.5 La intervención del Fiscal en la ejecución de las sentencias. III.5.1 La aplicación de los sustitutivos penales de las penas cortas de prisión. III.5.1.1 La suspensión de la pena de prisión. III.5.1.2 La sustitución de la pena de prisión conforme al artículo 88 del Código Penal. III.5.2 La

ejecución de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio. IV. Conclusiones

## I. Introducción

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 11/2005 sobre «La instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la C.E.» constituye el punto de partida que puso en marcha el principio de la especialización del Ministerio Fiscal, como una de las reformas organizativas de mayor calado de la Institución que después tuvo su reflejo legal en la modificación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por Ley 24/2007 de 9 de octubre,

En lo que a la especialidad siniestralidad laboral se refiere, la instauración y desarrollo de sus aspectos organizativos, han sido abordados y resueltos por la Instrucción 5/2007, dictada conjuntamente para esta especialidad y también para las de Seguridad Vial y Extranjería, y por la Instrucción 5/2008, ésta para todas las especialidades, que reconociendo y respetando las peculiaridades de cada una de ellas, permitieron establecer un régimen de funcionamiento uniforme que ha servido de apoyatura y respaldo estatutario a la implantación del diseño de cada una de estas especialidades, tanto en lo que afecta a los órganos centrales integrados en la Fiscalía General del Estado, Fiscales de Sala, Fiscales Adscritos y oficina fiscal, como a la distribución geográfica de lo que se dio en llamar, con acierto y expresividad, Red Nacional de Fiscales Especialistas en cada una de estas materias, que estructuradas a partir de la creación de una Sección Especializada y el nombramiento de un Fiscal Delegado, tienen lógicamente sus sedes en las Fiscalías Provinciales, donde se desarrolla el trabajo más importante de la especialidad, en la medida en que es en ese ámbito donde se producen las actuaciones concretas, preprocesales y procesales, que el Ministerio Fiscal ha ido verificando a lo largo de estos años.

La propia Instrucción 11/2005 preveía expresamente la necesidad de armonizar y uniformar criterios cuando en su quinto y último apartado de «Disposiciones generales», trataba expresamente de las reuniones anuales de Fiscales Especialistas y de las conclusiones que en ellas se adoptaran que, supervisadas por el Fiscal General del Estado, tendrían, y tienen, un valor orientativo, «sin perjuicio -y es en este párrafo dónde se adelantaba la tarea que ahora abordamos- de que en su caso se incorporen con pleno valor vinculante a través de la correspondiente Instrucción o Circular».

La actividad consensuada que ha ido emanando de las Conclusiones adoptadas en las sucesivas reuniones anuales y la formulación de algunas recomendaciones del Fiscal de Sala en escritos dirigidos a las Secciones Especializadas y Fiscales Delegados, ha ido conformando lo que pudiéramos considerar como un cuerpo de doctrina que ahora ha de ser evaluado y pormenorizadamente estudiado para precisar y concretar cuáles de esos aspectos doctrinales y prácticos merecen ser elevados a categoría y convertirse con ello, a través de la presente Circular, en criterio vinculante para la actuación cotidiana de los Sres. Fiscales, sean o no especialistas en la materia.

Por la actual regulación del acceso a la casación, es sumamente difícil que las sentencias penales derivadas de la siniestralidad laboral, tanto por delito de riesgo como por los de resultado lesivo, puedan llegar a generar un pronunciamiento del Tribunal Supremo que oriente la actuación de los Tribunales inferiores. De hecho, la última sentencia del Tribunal Supremo registrada sobre esta materia data del año 2005, lo que supone en definitiva que los criterios de interpretación -especialmente de los extremos más discutidos o discutibles- quedan residenciados en la doctrina de las Audiencias Provinciales, por lo que la pretensión de una cierta interpretación integradora y uniforme, al derivar de tan numerosos órganos jurisdiccionales distintos, se presenta como extraordinariamente complicada y aun punto menos que imposible. De ahí la importancia de que los Fiscales mantengan unas posiciones esencialmente uniformes que puedan orientar; acogidos o rechazados, los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales en los que se suele agotar la vía penal, las Audiencias Provinciales.

Por exigencia de una elemental sistemática y teniendo en cuenta que en todas las reuniones anuales de especialistas se han establecido y desarrollado como temas a tratar y debatir -

además de otros de carácter organizativo y de relaciones institucionales que quedan fuera del propósito y contenido de esta Circular - las que hemos llamados «Cuestiones sustantivas» y «Cuestiones procesales», parece conveniente mantener esa división bifronte y dedicar los dos grandes apartados de esta Circular a esas cuestiones, sin perjuicio de diferenciar dentro de cada uno de ellos, aquellos otros subapartados que permitan una exposición sistemática y manejable que facilite la consulta en el trabajo cotidiano, que es cabalmente uno de los objetivos básicos de esta Circular .

## II. Cuestiones sustantivas

Las previsiones penales que abordan el fenómeno de la siniestralidad laboral se contraen, por un lado, a la punición de los dos delitos de peligro, previstos y penados en los arts. 316 y 317 del Código Penal, en su modalidad dolosa e imprudente respectivamente, única mención que de forma específica se refiere a los derechos de los trabajadores (la tipificación de los riesgos catastróficos del art. 350 CP, aunque teóricamente aplicable en este ámbito, por su excepcionalidad, no merece otra cosa que esta mera referencia) y, por otro, a la punición genérica de los delitos de homicidio imprudente del art. 142 CP y las distintas modalidades delictivas de lesiones imprudentes en función del concreto resultado lesivo producido, del art. 152.1 CP, con la previsión en ambos casos de las figuras agravadas de comisión por imprudencia profesional -art. 142.3 y 152.3 CP-, tratamiento penal de infracciones imprudentes que se completa con la punición de las faltas de homicidio y lesiones imprudentes previstas en los apartados 1, 2 y 3 del art. 621 CP.

### II.1. Delitos de riesgo doloso del art. 316 del Código Penal.

La citada Instrucción 11/2005 F.G.E., entre las líneas doctrinales ya emanadas de la Fiscalía General del Estado para la especialidad de siniestralidad laboral, expresamente señalaba «Promover la aplicación de los delitos de peligro previstos en los arts. 316 y 317, superando las indudables dificultades que presentan». Estas dificultades arrancan de su propia estructura típica, calificada por algún tratadista de «endiablada», pues nos enfrenta con algunas de las cuestiones más debatidas de la dogmática penal, al configurarse como delitos de peligro, de omisión -y aún, de comisión por omisión-, como delitos especiales y como tipos o normas penales en blanco. Escapa al propósito de esta Circular el estudio teórico y análisis pormenorizado de estos caracteres, para centrarse en algunas cuestiones concretas y en los criterios uniformes elementales que permitan abordarlas en la práctica cotidiana.

La remisión a la normativa extrapenal, es una de las constantes de los tipos de riesgo previstos y penados en los arts. 316 y 317 CP, cuya configuración como norma penal en blanco es notoria. Así, junto a la «infracción de prevención de riesgos laborales » como esencial reenvío normativo, sigue la referencia del texto legal a los «legalmente obligados», llamada que, sin duda, constituye uno de los principales problemas que la aplicación práctica de estos preceptos plantea, que, además, determina la configuración de estos delitos como tipos especiales propios y que, no obstante, en la práctica, junto a la autoría directa, admite otras formas de participación, singularmente la de cooperación necesaria. La determinación, pues, de los sujetos de imputación se presenta como una de las cuestiones más problemáticas que exige, por ello, un esfuerzo de selección de unos criterios elementales que permitan unos posicionamientos esencialmente uniformes por parte de los Sres. Fiscales.

#### II.1.1. Sujetos responsables del delito de riesgo del art. 316 del Código Penal

Para la aproximación a la solución de esta cuestión, el punto de partida es evidente. El sujeto «legalmente obligado» a facilitar los medios y medidas es el empresario. Las previsiones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, particularmente los arts. 14.2 y 42.1, apuntan directamente al empresario como principal y primer «legalmente obligado». Pero esta clara referencia normativa no significa que siempre y en todo caso sea el único y último responsable, pues la propia normativa laboral apunta, más o menos directamente, a otros sujetos que pueden concurrir con el empresario en la asunción de responsabilidad penal, bien compartiéndola con él, que será lo más frecuente, o bien incluso excluyéndolo o exonerándole de ella.

Como no es posible ser exhaustivo en la determinación de esos otros autores compatibles o excluyentes de la responsabilidad penal del primer obligado, es preferible optar por unos criterios relativamente seguros respecto de aquellos sujetos intervinientes en los procesos productivos que generan situaciones de riesgo para los trabajadores, que pueden ser considerados «legalmente obligados» a los efectos de los arts. 316 y 317 CP y precisar las exigencias o requisitos para que así sea, sin olvidar, por otro lado, la referencia a los criterios que permiten excluir como regla general a otros determinados sujetos que, aunque relacionados con la seguridad y salud en el trabajo, no les alcanza la «obligación legal» o ésta queda limitada a supuestos muy concretos que merecen calificarse como excepcionales.

Analizaremos, pues, los conceptos y categorías que desarrollamos en los apartados siguientes.

## II.1.1.1. *El empresario como posible sujeto activo del delito de riesgo de los arts. 316 y 317 del Código Penal*

El empresario, sea individual o constituido como persona jurídica, figura, según se ha anticipado, a la cabeza de los sujetos «legalmente obligados». El empresario está obligado a «garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo», tal y como establece el art. 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, lo que de una forma nítida le sitúa como garante de la seguridad de los trabajadores, sin que encontremos en la legislación de prevención precepto alguno que tan claramente asigne una obligación semejante a cualquier otro sujeto. Ello es debido a que corresponde al propio empresario el poder de dirección de la actividad laboral y empresarial, y además es el natural destinatario del beneficio que genera la actividad laboral de los trabajadores, por lo que resulta de todo punto lógico que quien está situado en tan preponderante posición y disfruta de las ventajas que la misma le proporciona, soporte la carga de que dicha actividad laboral, en cuanto sea posible, se realice eliminando o reduciendo los riesgos laborales al mínimo técnicamente aceptable, de manera que se eviten los posibles quebrantos o riesgos para la vida y salud de los trabajadores en que el incumplimiento de la normativa preventivo-laboral podría desembocar. No obstante, ha de evitarse caer en el automatismo de convertir en penalmente responsable a quien, en principio, sólo de una manera formal incumbe la obligación de seguridad respecto de sus trabajadores. Al criterio formal de estar obligado a adoptar medidas de seguridad según la normativa laboral, han de unirse los requisitos materiales de ejercicio de un poder de dirección y autonomía en la toma de decisiones referidas a la seguridad, ya que el empresario ha podido delegar esa esfera, total o parcialmente, en terceras personas.

Por otra parte, en el campo del derecho penal rige el principio de culpabilidad, que en relación con estos tipos penales de riesgo exige generalmente conocimiento preciso de la situación de riesgo que efectivamente se genera con la omisión, o cuanto menos obligación de conocer la situación de riesgo real, y decisión de omitir la actuación a la que está legalmente obligado, es decir la facilitación de las medidas de seguridad en evitación de la situación de riesgo generada en la propia actividad laboral.

## II.1.1.2. *La delegación de funciones en el ámbito preventivo laboral*

La complejidad de la actividad laboral y la amplitud de la obligación que de una forma tan exclusiva atribuyen al empresario los arts. 14.2 y 14.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, determinan que el referido obligado pueda, e incluso en ocasiones deba, recurrir a delegar en otro u otros las obligaciones que sobre él recaen como deudor de seguridad. Para comprender la delegación de funciones en este ámbito hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la obligación legal delegada sigue perteneciendo a la órbita de competencia del delegante, quien, en cualquier momento, puede recabar para sí las facultades delegadas para el cumplimiento de la obligación. La delegación, en segundo lugar, añade, en rigor, una nueva posición de garantía en virtud de la cual sitúa como garante formal al delegado, sin que por ello cancele la que ostenta el delegante, fundamentalmente porque le incumbe un deber de vigilancia y control que le obligaría a sustituir al delegado ante la evidencia del incumplimiento de sus obligaciones. La delegación no exige formalidad alguna, pero sí efectiva transmisión de poderes y facultades propias del delegante al delegado.

En cualquier caso, y en orden a precisar si la delegación exonera de responsabilidad penal al delegante, que es una de las cuestiones más discutidas, habrán de tenerse en cuenta los requisitos que ha venido a establecer una muy abundante doctrina de las Audiencias Provinciales (por todas, SAP de La Coruña, sec. 2ª, nº 134/2008, de 31 de marzo), que exige para ello la concurrencia de los siguientes requisitos: a) deber de elección, en virtud del cual el delegante ha de designar a persona que tenga la capacidad y preparación suficiente para controlar la fuente de peligro; b) deber de instrumentalización, que exige que el empresario delegante ponga a disposición del delegado los medios adecuados y el poder preciso para controlar la fuente de peligro; y c) deber de control, en virtud del cual el delegante debe implementar las medidas de control adecuadas para verificar que el desenvolvimiento de las funciones delegadas se lleva a cabo en la forma en que es exigida por la obligación legal.

### II.1.1.3. *Los Servicios de Prevención y su posible responsabilidad*

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales dedica el Capítulo IV (arts. 30 a 32 bis) a los Servicios de Prevención, cuyo desarrollo ha merecido el dictado del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (reformado por RRDD 780/1998, 688/2005, 604/2006 y 337/2010). Ambas normas citadas determinan que estemos ante una institución normativamente reglada y deberán ser tenidas en cuenta para determinar si los Técnicos pertenecientes a dichos servicios son «legalmente obligados» a los efectos de los arts. 316 y 317 del Código Penal; se trata de comprobar si los miembros de estos servicios de prevención son depositarios *ex lege* de poder de decisión en materia de seguridad, ostentado genuinamente por el empresario o, por el contrario, son asesores obligatorios de éste por decisión de la Ley en esta materia.

La propia Ley de Prevención admite como únicos supuestos en que el empresario puede asumir personalmente las funciones preventivas cuando se trate de empresas de hasta diez trabajadores, en que el empresario desarrolle su actividad de forma habitual y siempre que tenga la capacidad necesaria para cumplir estas funciones, teniendo en cuenta el tipo de actividad de que se trate y el riesgo que de ella derive. Fuera de este caso, el cumplimiento de la Ley por el empresario obliga a éste, bien a designar uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, bien a constituir un servicio de prevención propio, bien a concertar dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa (Art. 30.1 LPRL).

Centrándonos en los Servicios de Prevención, su presencia se explica porque la actividad preventiva y de seguridad laboral exige una determinada formación en la materia de la que puede carecer el empresario. Como se ha dicho, la Ley de Prevención se ocupa de la regulación de estos servicios, así el art. 31.2 de la misma define los servicios de prevención como «el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados », y el art. 31.3 establece que «los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes». De la lectura conjunta de ambos preceptos se deduce que las funciones que la Ley de Prevención atribuye a estos Servicios son de asesoramiento y apoyo.

El Reglamento (R.D. 39/97) por su parte, define en su art. 10.2 los Servicios de Prevención en sus distintas modalidades, señalando que «se entenderá por servicio de prevención propio el conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de las actividades de prevención, y por servicio de prevención ajeno el prestado por una entidad especializada que concierte con la empresa la realización de actividades de prevención, el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgos o ambas actuaciones conjuntamente». Pues bien, pese a que parece establecer un criterio distinto para los servicios de prevención al referir la función de «realización de las actividades de prevención», insiste, como hace la Ley, en el carácter asesor de los servicios de prevención ajenos.

En conclusión, dada la falta de claridad de los preceptos citados, tanto de la Ley de Prevención como del Reglamento de los Servicios de Prevención, debe entenderse que la mera constitución o concertación de un Servicio de Prevención por el empresario no convierte a los miembros de estos servicios en sujetos «legalmente obligados», sin perjuicio de lo cual,

atendiendo al caso concreto, podrán ser responsables cuando se haya producido una auténtica y genuina delegación de funciones conforme a lo expresado en el apartado anterior, lo que podrá ser comprobado mediante el análisis del documento de constitución del servicio de prevención propio, o el contrato de concertación con el servicio de prevención ajeno, siempre y cuando conste asumida voluntariamente la delegación de funciones y además el empresario haya atribuido al servicio de prevención medios suficientes para el desarrollo de la función delegada. Ello es así porque la determinación de quiénes sean en concreto sujetos activos del delito no se rige por criterios formales, sino fácticos, atendiendo a quienes de hecho son los encargados o delegados del empresario.

Por otra parte, hay que añadir que la responsabilidad del técnico puede traer causa de la evaluación de riesgos, pues el último párrafo del art. 19.1 del RD 39/97, señala que «lo anterior se entiende sin perjuicio de la responsabilidad directa que les corresponda a las entidades especializadas en el desarrollo y ejecución de actividades como la evaluación de riesgos, la vigilancia de la salud u otras concertadas» aún siendo un supuesto de difícil concreción, tal responsabilidad podría producirse cuando la evaluación de riesgos sea incompleta o no prevea determinados riesgos específicos por causas imputables directamente al técnico.

No obstante y en todo caso, el Técnico de los Servicios de Prevención, podrá responder de los delitos de resultado lesivo que sean imputables directamente a sus acciones u omisiones, como cualquier otro interviniente en la actividad laboral.

#### II.1.1.4. *Los recursos preventivos*

Distinto del Servicio de Prevención es el recurso preventivo, aunque se encuentra regulado en el mismo Capítulo IV de la Ley de Prevención, pues carece de este perfil asesor del empresario que, como hemos visto, resulta preponderante en el Servicio de Prevención. El recurso preventivo, por disposición expresa del art. 32 bis de la Ley de Prevención, en la que fue introducido por la Ley 54/2003, y del art. 22 bis del R.D. 39/1997, según redacción dada a éste por el R.D. 604/2006, ha de ser una persona con capacidad suficiente y con unos mínimos conocimientos en materia de prevención, recayendo su nombramiento generalmente en un trabajador de la empresa, sin perjuicio de que también pueda recaer la designación como recurso preventivo en un Técnico del Servicio de Prevención propio o ajeno.

Su regulación normativa responde a la idea de que hay determinadas actividades que, bien por la concurrencia de varias empresas o porque son en si mismas excesivamente peligrosas, exigen un mayor control y vigilancia del cumplimiento de las medidas de prevención por parte del empresario. El recurso preventivo, además de capacidad y formación en materia de prevención de riesgos laborales, ha de estar presente en el centro de trabajo, al menos, durante el tiempo en que se desarrolle la actividad peligrosa. En función de los citados preceptos, el empresario viene obligado a designar recurso preventivo en algunos trabajos, entre ellos la construcción, con una función especial de vigilancia en cuanto al cumplimiento de las medidas preventivas. Sin embargo deberá tenerse en cuenta que los aludidos artículos, no atribuyen al recurso preventivo una especial y directa capacidad de decisión en cuanto a las medidas preventivas que deban adoptarse, antes bien, los incumplimientos que puedan ser observados por dicho recurso preventivo, deberán ser puestos en conocimiento del empresario, a quien incumbirá, en todo caso, la adopción de medidas para corregir las disfunciones observadas por dichos recursos preventivos, que, por tanto, como tales, no podrán ser «legalmente obligados». Todo ello sin perjuicio de que, en función de su concreta actuación u omisión pueda serles imputable la producción imprudente de resultados lesivos típicos, al considerarse los delitos imprudentes como infracciones penales comunes y no especiales.

#### II.1.1.5. *La concurrencia de empresas: supuestos de contratación y subcontratación*

La protección de la seguridad y salud de los trabajadores durante la actividad laboral se torna más compleja en aquellos casos en que trabajadores pertenecientes a distintas empresas, cada una con sus propios directivos y sus encargados, desarrollan su trabajo en un mismo entorno, pues los riesgos en estos casos se multiplican. Es por ello que el legislador, en estos supuestos, ha previsto mecanismos específicos que tienden a neutralizar el incremento de riesgos que se produce como consecuencia de la concurrencia de empresas. Así, de una forma específica, es de aplicación el art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y el Real

Decreto 171/2004, de 30 de enero, que desarrolla el anterior, fundamentalmente el supuesto previsto en párrafo 3, del citado art. 24 de la LPRL, en el que se establece que la empresa que «contrata o subcontrata con otra la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales ». El citado precepto concreta una obligación de vigilancia por parte de la empresa contratista respecto de la subcontratista, extendiendo así sus obligaciones en materia de seguridad a trabajadores que le son ajenos, lo que puede determinar que dicha empresa contratista sea responsable cuando se incumpla el deber de vigilancia o cuando la vigilancia no derive en corrección de las medidas de seguridad omitidas.

Especial mención ha de hacerse de la subcontratación en el ámbito de la construcción, a la que resulta de aplicación, además de los preceptos citados, lo dispuesto en el R.D. 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, así como la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, y el R.D. 1109/2007, de 24 de agosto que la desarrolla. En relación con este supuesto, ha de tenerse en cuenta que el R.D. 1627/97, establece disposiciones específicas en cuanto a la obligación que tiene el promotor de designar coordinador de seguridad y salud durante la fase de proyecto o durante la fase de ejecución de la obra, cuando concurren a la realización del proyecto varios proyectistas, o cuando en la ejecución de la obra participen varias contratistas, subcontratistas o autónomos, respectivamente (art. 3). De singular importancia resulta que la normativa citada establezca expresamente que los contratistas y subcontratistas tienen la consideración de empresarios (art. 2.2), en cuya condición les resultará de aplicación cuanto se ha señalado antes (en el apartado B.1.1) en relación con éstos. El Real Decreto 1627/97 obliga a que cada contratista elabore un Plan de Seguridad y Salud (art. 7), que es el instrumento más importante en materia de seguridad en las obras en construcción y que supone el desarrollo del Estudio de Seguridad o el Estudio Básico de Seguridad, que es el documento elaborado en fase de proyecto, incorporado al mismo y redactado por el técnico competente designado por el promotor (art. 6). Refiriéndonos específicamente a las obligaciones de contratistas y subcontratistas, establecidas en el art. 11 del R.D. 1627/97, destaca principalmente la de «cumplir y hacer cumplir a su personal lo establecido en el plan de seguridad y salud al que se refiere el art. 7», y cuando concurren varios contratistas y subcontratistas, se añade -a las aludidas en el citado precepto- la obligación del contratista de vigilar el cumplimiento por parte de los subcontratistas contratados por él de sus obligaciones en materia de prevención y seguridad, cuya omisión consciente o defectuoso cumplimiento puede ser determinante de responsabilidad penal, aun cuando los trabajadores lesionados o, en su caso, los meramente expuestos al riesgo de lesión grave e inminente, sean trabajadores de la empresa subcontratista. Idéntica obligación de vigilancia incumbe al subcontratista respecto del segundo subcontratista contratado por él y de éste respecto de las restantes empresas en la cadena de subcontratación.

En el orden práctico, habrá de tenerse en cuenta que la Ley de Subcontratación establece la obligación de que cada contratista disponga de un libro de subcontratación, que deberá permanecer en todo momento en la obra y cuya incorporación al procedimiento habrá de reclamarse durante la fase de instrucción del procedimiento.

#### *II.1.1.6. Los técnicos en la actividad de construcción. Especial referencia al coordinador de seguridad y salud*

La actividad de la construcción de edificios es una de las que más riesgos comporta para la vida y la salud de los trabajadores. La Directiva 92/57/CEE (cuya transposición a nuestro Derecho se ha operado por el RD 1627/97, al que ya se ha hecho expresa referencia, y que habrá de ser reiterado en mayor medida en este apartado) tiene en cuenta este factor al señalar «que las obras de construcción temporales o móviles constituyen un sector de la actividad que implica riesgos particularmente elevados para los trabajadores». De hecho, un importante número de los procedimientos que acceden a la jurisdicción penal se deben a accidentes o bien a delitos de riesgo producidos en la actividad constructiva. En el presente apartado nos vamos a referir exclusivamente a los técnicos que intervienen en dicha actividad, cuyas titulaciones pueden ser la de Arquitecto, Arquitecto Técnico, Ingeniero o Ingeniero Técnico. Todos ellos, por los conocimientos que les acredita su titulación, así como por los

cargos de dirección que ocupan en las obras, pueden tener un cierto poder, fundamentalmente en orden a evitar las situaciones de peligro, mediante la imperativa comunicación de los riesgos que perciban a los empresarios -especialmente, contratistas y subcontratistas- quienes estarán obligados a transformar estas comunicaciones en medios que tiendan a evitar o disminuir los riesgos mediante las correspondientes medidas de seguridad. Coincide con el criterio expuesto por el Tribunal Supremo, que en su sentencia 1654/2001, de 26 de septiembre, confirma, por los motivos que acabamos de señalar, la condena de un arquitecto técnico como cooperador necesario del delito de riesgo del art. 316 CP.

En orden a valorar las conductas de estos técnicos resulta determinante conocer sus competencias, que vienen establecidas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, que si bien se refiere a la calidad de la edificación, aporta importantes elementos para conocer las funciones de cada uno de los técnicos en la obra. Junto a esta Ley, también hay que acudir al ya reiterado R.D. 1627/1997, cuyo contenido resulta esencial para acotar la función de cada uno de los técnicos, especialmente durante la fase de ejecución de la obra.

Para delimitar las competencias de cada cual, habrán de tenerse en cuenta, además de la titulación que ostente el sujeto, el cargo concreto que ocupa y que puede ser el de Proyectista (dependiendo de la edificación de que se trate, puede ser Arquitecto y Arquitecto Técnico, Ingeniero e Ingeniero Técnico), Director de la Obra (en la generalidad de las obras suele ser desempeñado por Arquitectos o Ingenieros); Director de la Ejecución de la Obra (normalmente ostentado por Ingenieros y Arquitectos Técnicos, aunque nada impide que lo ejerzan los Titulados Superiores); Jefe de Obra, que puede ostentar cualquier poseedor de las titulaciones referidas, si bien se admite también que algún trabajador cualificado sea designado como tal por su experiencia, al señalar el art. II.2 c) de la Ley 38/1999, que «asumirá la representación técnica del constructor en la obra y que por su titulación o experiencia deberá tener la capacitación adecuada de acuerdo con las características y la complejidad de la obra»; y, por último, el de coordinador de seguridad y salud tanto en fase de proyecto, como durante la ejecución de la obra, cuya titulación habrá de ser la de cualquiera de los técnicos mencionados (disposición adicional cuarta de la Ley 38/1999).

De capital importancia resulta el ente colectivo que forma la Dirección Facultativa, que asume las funciones que el R.D. 1627/1997 atribuye al Coordinador de Seguridad y Salud durante la ejecución de la obra, en aquellos supuestos en los que resulta innecesaria su existencia. Esta Dirección Facultativa está integrada por el Director de la obra, el Director de la ejecución de la obra y el Coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, salvo que no fuere necesaria su designación.

El R.D. 1627/1997 contempla la seguridad y salud en las obras incluso en la fase de proyecto, pues se establece la necesidad de que se redacte un Estudio de Seguridad y Salud (art. 5) o un Estudio Básico de Seguridad y Salud (art. 6), que deberá formar parte del Proyecto, conforme al cual, los técnicos aludidos deberán ejecutar, en definitiva, la obra en cuestión, proyecto en el que además debe constar obligatoriamente el visado del colegio profesional correspondiente, conforme a lo previsto en el art. 2 del RD 1000/2010, de 5 agosto, y que ha de contener toda la documentación sobre seguridad y salud. Este instrumento técnico sólo podrá ser redactado por alguno de los facultativos a que se ha hecho referencia, aunque sea habitual que lo redacte el Arquitecto Técnico. Como desarrollo del Estudio de Seguridad se redacta por encargo del contratista el Plan de Seguridad y Salud (art. 7), que ha de ser aprobado por el Coordinador de Seguridad y Salud durante la ejecución de la obra, o por la Dirección Facultativa, si no es necesario el nombramiento de Coordinador, y que habrá de estar permanentemente en la obra a disposición de la propia Dirección Facultativa. Precisamente el cargo de Coordinador de Seguridad y Salud, con facultades, como su propio nombre indica, de coordinación entre los distintos sujetos intervinientes, tiene importantes funciones en materia de seguridad, al hacerle la normativa citada depositario legal del libro de incidencias (art. 13), cuya finalidad es el seguimiento y control del Plan de Seguridad y Salud, que, como se ha dicho, es el instrumento esencial en materia de seguridad. Tanto el Coordinador de Seguridad, como el resto de la Dirección Facultativa tienen acceso a dicho libro de incidencias, en el cual deben hacer las pertinentes anotaciones, reflejando, en su caso, los incumplimientos en materia de seguridad, con indicación o advertencia de las correcciones oportunas, pudiendo

llegar, por su propia autoridad, a paralizar la actividad cuando aprecien «un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores» (art. 14), facultad ésta que puede ser de especial relevancia en orden a valorar su posible responsabilidad penal.

Un último apunte normativo, en relación con los Arquitectos Técnicos, lo supone art. 1 A) 3 del Decreto 265/1971, de 19 de febrero, por el que se regulan las facultades y competencias profesionales de los Arquitectos Técnicos, y que establece entre sus funciones la de «controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad y salud en el trabajo», reiteradamente aplicado por las Audiencias Provinciales, que confirman de forma unánime su vigencia y actualidad.

En atención a lo expuesto, lo adecuado es atender a cada uno de los supuestos concretos prácticos que se presenten, individualizando la posible responsabilidad en referencia a la específica actuación u omisión que haya podido llevar a cabo el técnico o los técnicos intervinientes, sin que la mera titulación o designación del cargo que ostente sea suficiente para ejercitar la acción penal, sea como consecuencia del resultado lesivo producido, o del riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores sufrido. Las competencias de cada uno de ellos, a las que brevemente se ha hecho mención, deberán servir de guía para conocer cuál es la actuación esperada del sujeto y la relación entre la actuación omitida y el riesgo o el resultado producido.

## *II.1.1.7. Especial referencia a los Delegados de Personal y a los miembros de los Comités de Seguridad y Salud*

El Capítulo V de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (arts. 33 a 40) regula bajo la rúbrica «consulta y participación de los trabajadores» los mecanismos de representación de los trabajadores en materia de seguridad y salud y las funciones que les atribuye la Ley. Destaca en esta regulación la normativa sobre los denominados «delegados de prevención», expresión en sí misma equívoca por la inclusión del vocablo «delegado» que hace pensar que nos encontramos ante persona que ostenta algún tipo de facultad o poder en materia de prevención. Pues bien, el art. 35 de la Ley de Prevención establece que «los Delegados de Prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo», lo que contribuye a dar luz sobre su verdadero carácter, que evidentemente es el de ser representantes de los trabajadores, por tanto sin posibilidad de disponer y organizar los medios productivos, la actividad laboral y, en lo que a esta materia atañe, la seguridad en el trabajo, de la que es garante única y exclusivamente el empresario por decisión de la Ley tal y como ha quedado expuesto. Si examinamos las competencias y facultades que se regulan en el art. 36 de la Ley de Prevención, ninguna de ellas alcanza más allá de Ca consulta o información.

Los delegados de personal, y los comités de seguridad y salud no están dedicados a vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud. Se limitan a recibir la información por parte del empresario, a ser consultados por éste, cuando procede, pero se dedican a trabajar en la actividad profesional que les corresponde según el puesto que ocupan en la empresa. Como representantes de los trabajadores son destinatarios de las quejas que éstos les manifiesten sobre la seguridad en el trabajo. Por tanto, su labor de vigilancia se limita a la comprobación personal de las quejas de los trabajadores o de las que ellos puedan personalmente apreciar, transmitiéndolas a la empresa. En consecuencia y en principio, carecen de facultad para adoptar decisiones en materia de seguridad, o para proporcionar medios seguros a los trabajadores, no se les exige para adquirir la condición de delegado ningún tipo de formación en materia preventivo laboral, ni, aunque dispongan de esta formación, les ha sido transferido medio alguno para realizar aquellas funciones. La evidencia sobre el carácter no decisorio de los delegados de prevención se pone de manifiesto cuando ni siquiera son objeto de regulación en el Reglamento de los Servicios de Prevención (R.D. 39/1997).

Es cierto que el art. 21.3 de la Ley de Prevención -al que se remite el art. 36.2 g) de la misma- concede la posibilidad, que recae en el Comité de Seguridad y Salud, de paralizar la actividad de los trabajadores expuestos a un riesgo inminente y grave, pero ésta es una posibilidad subsidiaria del deber de la empresa y paralela de la que se concede en el mismo precepto al trabajador de dejar de realizar su actividad y de abandonar el puesto de trabajo en esos

mismos casos. Por tanto, esta facultad no es ni suficiente, ni autónoma, pudiendo ser calificada como medida autodefensiva.

En atención a todo ello, ha de concluirse que la mera condición de delegados (sindicales) de prevención no convierte a estos en «legalmente obligados» a los efectos del art. 316 del Código Penal.

Independiente de esta condición de delegado de prevención, como cualquier trabajador de la empresa, atendiendo el puesto que ocupa y la facultad de que pueda estar investido por el empresario, en virtud de una auténtica delegación de funciones, tendrá responsabilidad por actos u omisiones propios durante la actividad laboral.

## II.1.2. Caracteres y categorías conceptuales

### II.1.2.1. *Tipo de peligro*

Existe amplio acuerdo en la doctrina y jurisprudencia, en que se trata de un delito de peligro concreto, que se traduce en la exigencia de que la situación de riesgo sea real y efectiva, no meramente posible, como próxima a la lesión de la vida, integridad y salud del trabajador o trabajadores que a él estuvieron expuestos, por lo que en la redacción de hechos 'de los escritos de acusación se debe hacer constar expresamente esta circunstancia, porque ha de ser objeto de prueba en el juicio oral, con identificación nominal, siempre que sea posible, de los sujetos individuales -trabajador o trabajadores- que estuvieron expuestos a esa situación de riesgo, lo que determina, adicionalmente, que estos delitos se configuren como delitos de resultado (jurídico, ciertamente), sujetos por tanto a los mismos criterios de imputación que los de resultado estrictamente material. Esta característica permite considerarlos delitos de comisión por omisión.

### II.1.2.2. *Concepto del peligro grave*

La gravedad del peligro es elemento valorativo del tipo expresamente exigido por el texto legal. Para su estimación, debe servir de referencia el art. 4.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que considera como riesgo grave (e inminente) «aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores».

Los factores que facilitan la formación de este elemento valorativo serán, por tanto, la proximidad o alta probabilidad de que se produzca el resultado lesivo y la previsible severidad del mismo.

En los casos de concurso ideal con el delito de resultado lesivo, la gravedad del peligro queda constatada por la mera producción de ese resultado lesivo -salvo que excepcionalmente se acredite que fue otro riesgo no imputable al legalmente obligado el que explica la producción del resultado lesivo- que, en todo caso, para generar la punición del delito imprudente ha de ser de muerte o lesión grave conforme a las previsiones legales de los arts. 147, 149 y 150 del Código Penal.

### II.1.2.3.- *Concepto de «facilitar»*

La conducta típica en los delitos del art. 316 y 317 CP consiste en “no facilitar” los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas.

La expresión «facilitar», verbo nuclear del tipo, trata de expresar sintéticamente el cumplimiento de todos y cada uno de los deberes que se presentan como correlativos a todos y cada uno de los derechos instrumentales en los que se materializa el genérico derecho de los trabajadores a una protección eficaz en la ejecución de sus respectivos trabajos (art. 14 LPRL), que se traduce, en última instancia, en todas aquellas actividades que posibilitan la eliminación o evitación del riesgo que cada actividad laboral crea y que debe quedar en los límites de lo legal y socialmente permitido.

Estrictamente vinculado a esta conducta de facilitar, se encuentra el concepto de «medios», al que después nos referiremos, pero en cualquier caso, este genérico verbo «facilitar» no se

limita al mero «poner a disposición» de los trabajadores esos medios, sino que, en rigor, se extiende más allá, al comprender asimismo las conductas de controlar, vigilar y verificar que efectivamente se cumplen las medidas de seguridad a las que la dotación de esos medios están destinadas. Se refiere, en definitiva, no sólo a una actividad estática de puesta a disposición, sino también a una actitud dinámica y activa, de verificación y control del cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad facilitadas, velando por su utilización, aunque no sea penalmente exigible el seguimiento de los mínimos detalles en la ejecución de los trabajos.

Este concepto dinámico y activo del verbo «facilitar» ya lo mantuvo el TS en Sentencia 1654/2001 de 26 de septiembre, en la que hablaba de «controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma (de la obra) y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra», criterio asimismo seguido por numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales.

#### II.1.2.4. Concepto de «medios necesarios»

El concepto de «medios necesarios» se extiende a todos los recursos personales, materiales, intelectuales y organizativos que los legalmente obligados han de facilitar para prever, evitar o disminuir los riesgos originados por la actividad laboral de que se trate. La referencia normativo-laboral está esencialmente constituida por el art. 2 de la L.P.R.L. que habla de «la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgo derivados del trabajo», medidas y medios que van desde la evaluación de riesgos y planificación de la propia actividad preventiva, a las obligaciones de proporcionar formación e información al trabajador, pasando por el acondicionamiento de los lugares de trabajo, equipos de protección individual y colectiva, control periódico de la salud del trabajador y cuantas otras medidas personales, intelectuales y organizativas afecten a su seguridad o estén expresamente establecidas en la normativa sectorial que regule la actividad de que se trate.

#### II.1.2.5. Cuestiones concursales

La problemática concursal entre los delitos de riesgo (arts. 316 y 317 CP) y los de resultado lesivo (homicidio y lesiones imprudentes de los arts. 142, 152 y 621 CP) viene determinada básicamente por la naturaleza del bien jurídico protegido en unos y otros preceptos. En efecto, la posición mayoritaria entiende que en los delitos de riesgo de los arts. 316 y 317 CP, el bien jurídico protegido es de naturaleza colectiva o supraindividual que, en última instancia, y dejando aparte diversos matices doctrinales, se concreta en la vida y salud de los trabajadores como colectivo social, en tanto que en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, el bien jurídico protegido es de naturaleza individual y se materializa en la vida y salud de cada trabajador en su estricta condición personal, y, por ende, recibe una protección penal equivalente a la de cualquier otro ciudadano. A partir de esta premisa, será o es frecuente y aun habitual en la práctica que, cuando por incumplimiento de la normativa preventivo-laboral, uno o varios trabajadores resulten afectados en su vida, salud o integridad corporal, la conducta causante de estos resultados lesivos también contenga o haya realizado los elementos típicos del delito de riesgo que se ha concretado en todo, o sólo en parte, en esos determinados resultados lesivos. Los problemas concursales, por tanto, se plantearán cuando por atentar la conducta contemplada a ambos bienes jurídicos, el colectivo y el individual, hayan de tenerse en cuenta para valorar su total contenido de injusto, la aplicación de unos y otros preceptos, los que sancionan los delitos de riesgo y los que califican los de resultado lesivo, concurrencia de infracciones penales, que podría derivar en concurso de normas o en concurso de delitos, en función de los diferentes supuestos que se pueden dar en cada caso concreto.

Estas cuestiones ya fueron abordadas por la Instrucción 1/2001 de 9 de Mayo «sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral», que asumió el cambio en la aplicación de las normas concursales efectuado por la STS 1188/1999 de 14 de julio, al establecer que «cuando como consecuencia de la infracción de las normas de prevención de los riesgos laborales se produzca el resultado que se pretendía evitar con ellas (la muerte o las lesiones del trabajador), el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3 CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva; más cuando -como es el caso de autos- el resultado producido (la muerte de uno de los trabajadores) constituye solamente uno de los

posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (ya que -corrió. dice el Tribunal de instancia- en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra), debe entenderse correcta la tesis asumida por dicho Tribunal de instancia al entender que ha existido un concurso ideal de delitos». Esta doctrina fue reiterada y consolidada por otras sentencias posteriores (STS 1355/2000, 1611/2000 y 2445/2001), e imponía el deber de apreciar concurso ideal de delitos (art. 77 CP) entre el delito de riesgo y el de resultado lesivo en aquellos supuestos en que, además del resultado lesivo producido (muerte o lesiones de uno o más trabajadores), otro u otros estuvieron expuestos a ese mismo riesgo.

Este planteamiento se completa -y así lo hacía la Instrucción citada- con la apreciación del concurso de normas, que quedaría constreñido a aquellos supuestos en los que el trabajador o trabajadores afectados fueron los únicos que estuvieron expuestos a ese riesgo concreto, casos en que conforme a la teoría tradicional -también del Tribunal Supremo y de la propia Instrucción 1/2001- el delito de peligro quedaría consumido o absorbido por el de resultado lesivo en aplicación de la norma del art. 8.3ª CP, conforme a la que «el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél».

No obstante la corrección formal de esta teoría tradicional, es lo cierto que su aplicación a ultranza podrá llevar a la imposición de penas que constituirán una suerte de privilegio para el autor del delito contra la seguridad de los trabajadores, cuando la infracción de resultado lesivo sea sancionada con pena inferior a la del delito de riesgo, lo que cabalmente ocurrirá en los supuestos en que aquél constituya delito de lesiones imprudentes del art. 151.1.1º CP, sancionado con pena de 3 a 6 meses de prisión, de falta de homicidio o lesiones imprudentes (art. 621.1º, 2º y 3º CP) castigadas, todas ellas, con sólo pena de multa, e incluso -aunque no con tanta evidencia- de delito de lesiones imprudentes del art. 151.1.3º CP, sancionado con pena de 6 meses a 2 años de prisión, penas todas ellas inferiores a las previstas en el art. 316 CP para el delito de peligro doloso sancionado con penas de 6 meses a 3 años de prisión y multa adicional, por lo que en todos estos supuestos el autor de este delito de riesgo doloso sería castigado con pena inferior por haber tenido «la fortuna» de que el trabajador que estuvo expuesto a ese riesgo penalmente sancionable resultara con lesiones incardinables en esos tipos de lesiones imprudentes más leves.

Como quiera que no existe un precepto específico que prevea y resuelva esta antinomia -al modo que lo hace el art. 382 CP para los delitos contra la seguridad vial- y para evitar esa situación de privilegio para el infractor, se impone la búsqueda de una solución legal que impida dicha anomalía y que podría encontrarse, bien en considerar que, en estos casos, el precepto que castiga el delito de riesgo, al proteger de forma directa el bien jurídico colectivo, vida y salud del conjunto de los trabajadores, pero también de forma mediata, la vida y salud de cada trabajador -que es lo que en última instancia da sentido al precepto y a la gravedad de la pena que el legislador le ha asignado- debe reputarse tipo más complejo que la infracción de resultado lesivo, que se conforma con la protección del bien jurídico individual, lo que habilitaría su aplicación preferente vía art. 8.3ª CP. Y es que el delito de riesgo, en cuanto que protege a los trabajadores precisamente por su condición de tales, establece un marco punitivo que, en la valoración del legislador, solo puede ser desplazado cuando el resultado concreto acaecido -en el que como hemos dicho, se protege al perjudicado como a cualquier otro ciudadano- represente un desvalor del injusto más intenso y exija por tanto una respuesta punitiva más elevada que la que corresponde al propio delito de riesgo (efecto cierre o clausura del concurso de normas). Será preciso la invocación o cita expresa de la regla aplicada (art. 8.3ª CP) en la conclusión segunda del escrito de calificación, que debería ser objeto de cumplida explicación en el informe del juicio oral.

Todavía dentro del concurso de normas, se puede dar el caso, que no será infrecuente en la práctica, de que hayan sido varios (dos o más) los trabajadores que estuvieron expuestos a ese mismo y concreto riesgo, y todos ellos resultaron afectados en su vida o salud, fallecidos o lesionados, en cuyo supuesto el concurso de normas del delito de riesgo contra la seguridad de los trabajadores lo será con los distintos delitos de resultado lesivo producidos -homicidio o lesiones imprudentes-, que a su vez estarán entre sí en relación de concurso ideal, en virtud del sistema de «crimina culposa» establecido en el Código Penal de 1995, conforme al que habrá que considerar cometidos «tantos delitos como resultados producidos singularmente»

(STS 1600/2002 de 30 de septiembre, por todas). En estos casos, lo normal es que estos delitos de resultado lesivo en concurso ideal, cualquiera que sea su forma de punición, consuman (art. 8.3ª CP) al delito de riesgo, y sólo excepcionalmente cabrá plantearse la cuestión tratada en el párrafo anterior cuando todas las infracciones de resultado lesivo constituyan delitos de lesiones del art. 152.1.1º CP o faltas de lesiones de cualesquiera de los apartados del art. 621 CP.

Por otra parte, el concurso ideal de delitos se apreciará, como se ha anticipado, en todos aquellos supuestos en que, además de la producción del resultado lesivo en uno o más trabajadores, se constate que otro u otros estuvieron expuestos a ese mismo y concreto riesgo, de tal suerte que el resultado producido habrá sido uno de los posibles cubiertos por el grave riesgo creado. Estos casos, que la práctica enseña que son casi la norma, implican la aplicación concurrente de los tipos penales de peligro de los arts. 316 ó 317 CP y los tipos penales de resultado lesivo (arts. 142, 152 y 621 CP), y se resuelven conforme a las normas contenidas en el art. 77 CP aplicables tanto al llamado concurso ideal («caso de que un solo hecho constituya dos o varias infracciones»), que es el caso, como al llamado «concurso medial» («cuando una de ellas -las infracciones- sea medio necesario para cometer la otra»), por lo que conforme a la Jurisprudencia citada e Instrucción 1/2001 F.G.E., la apreciación de la relación concursal no debe plantear problema alguno en su aplicación práctica. No sucede lo propio con las reglas de punición y su aplicación en los diferentes supuestos concursales que pueden plantearse.

En todo caso, conviene partir de una premisa que, aunque a veces imprecisa, debe quedar clara, y que consiste en que de las reglas de punición que establece el art. 77 CP, la del apartado 2 (pena única correspondiente a la mitad superior de la más grave de las previstas), es por definición «la regla», o si se prefiere, la regla principal (STS 11/04/81) o primordial (STS 21/5/1990), y la del apartado 3 (punición por separado) es «la excepción», o si se prefiere, la regla subsidiaria, reglas de punición que se completan con dos limitaciones, una, digamos «por abajo», explícitamente señalada en el propia Ley -inciso último del art. 77.2 CP- que impide la aplicación de la regla principal cuando exceda «de la que represente la suma de la que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones», limitación ésta que en la práctica solo resultará de aplicación en los supuestos que estamos analizando a los casos en los que se aprecien dos o más circunstancias atenuantes o una muy cualificada, como más adelante expondremos; y otra limitación, ésta digamos «por arriba», y no expresa pero sí implícita en el contenido de los propios preceptos citados, conforme a la cual en ningún caso se podrá imponer, ni solicitar, pena que exceda del límite máximo de la más grave de las señaladas para las infracciones en concurso, incluidos aquellos supuestos en que el concurso ideal afecte no sólo al delito de riesgo con el de resultado lesivo, sino también a los supuestos en que las infracciones de resultado lesivo se encuentren, a su vez y entre ellas, en relación de concurso ideal, como, para ejemplificar, sería el caso de concurso ideal entre el delito del art. 316 CP con dos delitos de homicidio imprudente del art. 142 CP y varios más de lesiones imprudentes del art. 152 CP, a su vez todos estos en concurso ideal. En estos supuestos el principio de exacerbación punitiva (art. 77 CP) quedará limitado por el máximo de 4 años de prisión que es el límite superior de la pena más grave de las concurrentes, que sería la del art. 142 CP (1 a 4 años de prisión).

A partir de estos presupuestos legales conviene recordar que los preceptos que entrarán en juego en el concurso ideal entre delitos de riesgo y delitos de resultado lesivo son, de una parte, los arts. 316 y 317 CP y de otra, los arts. 142, 152.1º, 2º y 3º y 621.1º, 2º y 3º CP.

En rigor, debería quedar fuera de toda cuestión el concurso entre delito de riesgo (sea doloso o imprudente) y la falta o faltas de resultado lesivo, cualquiera de las penadas en los tres apartados primeros del art. 621 CP, por cuanto que si el resultado lesivo producido sólo merece la calificación de falta, parece obvio que ni por el contenido de injusto ni por el juicio de reproche social, apreciados uno y otro en conjunto, debe merecer que se plantee la aplicación de la pena de la infracción más grave -que en estos casos siempre sería la del delito de riesgo, habida cuenta la pena de multa con la que se castigan las tres faltas del art. 621 CP- en su mitad superior, porque siempre será más favorable para el penado la punición por separado, quien por los motivos expuestos, no se ha hecho merecedor a otro tratamiento penal que pudiera resultarle más desfavorable. Por tanto, las cuestiones problemáticas se plantearán sólo

en el caso de que los resultados lesivos constituyan delitos de homicidio o lesiones imprudentes.

Verificada esta primera delimitación, el siguiente paso sería determinar cuál de los dos delitos que se integran en el concurso ideal constituye la infracción más gravemente penada, cuestión que queda resuelta si se tiene en cuenta que los delitos, tanto los de riesgo como los de resultado lesivo, están castigados con penas privativas de libertad. Por tanto, resultará más grave la infracción cuyo límite máximo de pena supera al resto de las concurrentes y en el caso de que tengan el mismo límite máximo, aquella cuyo límite mínimo sea superior.

La siguiente cuestión a resolver consistirá en determinar si las penas de los delitos en concurso habrán de compararse en abstracto, es decir, las contempladas en la ley, o en concreto, es decir, las que resulten de tener en cuenta el grado de ejecución y forma de participación así como las circunstancias modificativas, agravantes o atenuantes que puedan concurrir. Aunque la cuestión no es pacífica ni en la jurisprudencia ni en la doctrina, debe prevalecer, como criterio más seguro de interpretación y también más congruente, el segundo de los apuntados, esto es la comparación en concreto, criterio ya seguido por antiguas sentencias del Tribunal Supremo y por Fiscalía General del Estado en la antigua Circular de 10 de enero de 1908 y en la Memoria anual de 1943, y ratificado por la más reciente STS 513/2006, de 5 de mayo, que, en rigor, viene impuesto por la que hemos llamado «limitación por abajo» del último inciso del art. 77.2 CP, por cuanto que la rebaja en uno o dos grados de cada una de las penas en concurso determinará normalmente que la suma de las así resultantes sea inferior a ese límite mínimo de la pena única en su mitad superior, aunque también ésta se rebaje en uno o dos grados. No obstante, conviene tener en cuenta, para acotar esta cuestión, que en los delitos en concurso que manejamos no cabe la tentativa y difícilmente, y sólo en los delitos de riesgo, otra forma de participación que la cooperación necesaria, que legalmente tiene asignada la misma pena que la autoría directa, por lo que la cuestión prácticamente quedará reducida a la determinación de la pena resultante en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes y sólo cuando por concurrir dos o más de ellas o una muy cualificada, haya o pueda imponerse la pena inferior en uno o dos grados, conforme a la regla 4ª del art. 66.1 CP.

A partir de estos presupuestos, la punición de estos casos de concurso ideal debe partir, como planteamiento previo, de la determinación de la pena que por contenido de injusto y reproche social se considera la procedente para cada uno de los delitos en concurso, y si sumadas todas ellas (dos normalmente, tres o más en caso de varios resultados lesivos), la pena resultante está dentro de la mitad superior de la más grave de las contempladas, será esta pena única la que habrá que solicitar en aplicación de la regla principal o preferente del art. 77.2 CP, y sólo en el caso de que la suma de las penas singulares que, por los mismos motivos se consideran procedentes, no exceda del límite inferior de la mitad superior de la pena más grave de los delitos en concurso, habrá que optar por la regla subsidiaria prevista en el art. 77.3 CP, y solicitar las penas por separado, una por cada uno de los delitos o infracciones en concurso.

## **II.2. Delito de riesgo imprudente del art. 317 del Código Penal.**

El art. 317 CP castiga exactamente la misma conducta objetiva que sanciona el art. 316 CP si bien «cuando se corneta por imprudencia grave», por lo que todas las precisiones hechas en el tratamiento del delito de peligro doloso -sujetos «legalmente obligados», conceptos de «peligro grave» «facilitar» «medios necesarios»- son predicables de este correlativo tipo culposo. La razón por la que el legislador del 95 incluyó esta figura no fue ajena a la polémica doctrinal que mantenía que, a partir de la adopción del sistema de «numerus clausus» en los delitos imprudentes (art. 12 C.P.), la no inclusión de este delito de peligro habría dejado un margen importante de impunidad que habría «lastrado notoriamente la protección de la seguridad en el trabajo».

En todo caso y como quiera que en estos delitos el elemento subjetivo ha de ir referido al resultado (jurídico) de riesgo concreto y no, obviamente, al resultado lesivo, en la mayoría de los casos que se presentan en la práctica, este resultado de peligro será abarcado por el dolo, normalmente en la modalidad del dolo eventual, por lo que el tipo imprudente se presenta como residual, a modo de previsión de cierre respecto del doloso del art. 316 CP y, por ello, su apreciación será excepcional, quedando reducida a aquellos casos en que el sujeto «legalmente obligado», siendo consciente del peligro concreto creado por no adoptar las

medidas de seguridad reglamentariamente exigidas, confía racional y fundamentadamente, con base en elementos objetivos y objetivables, en que ese peligro (no el resultado lesivo, obviamente) no llegue a producirse. El supuesto imprudente se producirá, pues y como regla general, cuando se han facilitado medios, pero estos son insuficientes, inadecuados o defectuosos (como precisa la STS 1355/2000 de 26 de julio), y el sujeto «legalmente obligado», que sabe que es así, confía en que la situación de peligro grave, que se representa como posible, no llegue a producirse.

La valoración de la gravedad de la imprudencia se verificará conforme a los criterios generales de imputación acuñados por los Tribunales y especialmente por el Tribunal Supremo, que serán tratados en el apartado de esta Circular dedicado a las infracciones imprudentes de resultado lesivo, al que nos remitimos.

Todavía en el ámbito del delito de riesgo imprudente penado en el art. 317 CP, se ha planteado la cuestión relativa a su homogeneidad o heterogeneidad respecto del delito de riesgo doloso del art. 316 CP. No aparece registrada sentencia alguna del Tribunal Supremo que aborde directamente esta cuestión, que sin embargo sí se ha pronunciado respecto a la homogeneidad/heterogeneidad entre el delito de homicidio doloso y el de homicidio imprudente, por lo que la doctrina asentada para estos supuestos podría ser de aplicación al tema ahora abordado, completada, en cualquier caso, con las sentencias de las Audiencias Provinciales que sí se han pronunciado expresamente sobre esta cuestión.

Sobre estas bases, hay que partir de una afirmación que, aunque resulte evidente, debe hacerse explícita, y es que, formulado escrito de acusación por delito de riesgo imprudente del art. 317 CP, no cabe la condena por delito de riesgo doloso del art. 316 CP porque, en primer lugar, se produce una violación del derecho a un proceso con todas las garantías (STC 75/2003 de 17 de Mayo) y entre ellas, la vulneración del principio acusatorio, y en segundo lugar porque no puede predicarse la homogeneidad, digamos, de abajo a arriba, del delito imprudente respecto del delito doloso.

Más problemático resulta el planteamiento inverso: ¿el delito de peligro imprudente del art. 317 CP es homogéneo respecto del correlativo doloso del art. 316 CP?. Con referencia al parecido problema de la homogeneidad entre homicidio doloso e imprudente, el Tribunal Supremo, aunque en algunas sentencias se inclina por la tesis afirmativa (por todas, STS 2145/2001, de 12 de noviembre), mayoritariamente (por todas, STS 1315/2005 de 10 de noviembre), se inclina por la heterogeneidad entre una y otra infracción por violación del principio acusatorio e, incluso, del principio de defensa.

Pero es lo cierto que en los tipos doloso e imprudente de peligro de los art. 316 y 317 CP, la línea divisoria entre una y otra conducta típica es tan sutil que, a falta de pronunciamientos del Tribunal Supremo, las Audiencias Provinciales no mantienen un criterio uniforme, inclinándose algunas por la homogeneidad (SAP Barcelona, sec. 9ª, 644/2005 de 10 de octubre, SAP Barcelona, sec. 2ª, 855/2006 de 11 de octubre y SAP Zaragoza, sec. 3ª, 539/2008 de 3 de octubre, y Pontevedra (Sección 5ª) 28-11-2008), motivando todas ellas la homogeneidad en la identidad -y por tanto, en el conocimiento- de los elementos fácticos (de los hechos, propiamente) y normativos que permiten fundamentar uno y otro delito, por lo que, entienden, no se produce indefensión alguna, en tanto que otras sentencias de las Audiencias Provinciales proclaman la heterogeneidad entre uno y otro delito, si bien con referencias genéricas a la vulneración del principio acusatorio y a la posible indefensión de ello derivada [SAP Valencia (Sección 3ª) 27-3-2008 y Cádiz (Sección 8ª), 5-12-2008].

A partir de estos presupuestos jurisprudenciales, parece necesario profundizar en la configuración dolosa e imprudente de estos delitos de riesgo que, en rigor, determinan que no sea asumible sin más su equiparación con los delitos de homicidio doloso e imprudente, y, de ahí derivado, la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la heterogeneidad de estos.

En efecto, el dolo o la imprudencia pueden desprenderse de una narración de hechos de los que se infiera uno u otra, pero también pueden ser consecuencia de la diferente concepción que tenga el operador jurídico sobre el dolo o la imprudencia en el delito de riesgo, más concretamente referido a la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente en una y otra

infracción. En este último supuesto puede suceder que la misma narración de hechos sea, para unos, subsumible en el delito del art. 316 CP y, para otros, en el delito del art. 317 CP. En estos casos, no cabe duda de la homogeneidad de las infracciones, por lo que no podría considerarse en modo alguno violado el principio acusatorio, al existir un mismo interés jurídicamente protegido por ambos preceptos e identidad entre los hechos propuestos por la acusación, y, por tanto, conocidos y discutidos en juicio, de los que el acusado ha podido defenderse, y los que finalmente se consideran probados en la sentencia. Resulta esencial para sostener esta tesis el hecho de que la intensidad punitiva es menor en el delito imprudente (la inferior en grado) que en el delito doloso.

Como quiera, en definitiva, que en la delimitación de la conducta dolosa y la conducta imprudente en estos delitos nos movemos casi siempre en la fina línea diferencial que puede existir entre el dolo eventual (que normalmente será el concurrente en el delito doloso) y la culpa consciente (y grave por exigencia legal), parece perfectamente asumible la tesis de la homogeneidad cómo la más adecuada.

Dicho lo cual y ante la disparidad de criterios de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados de lo Penal sobre la cuestión, de mantenerse el criterio de la homogeneidad como único y vinculante en todos los casos, se correría el riesgo de que hechos dignos de represión penal quedarán impunes por el mantenimiento a ultranza de esa posición unitaria, y la posterior apreciación de la heterogeneidad por el órgano jurisdiccional que dicta la sentencia, que sería absolutoria por falta de acusación. Pero tampoco cabe proponer como fórmula de solución, la calificación en forma alternativa del delito doloso y del imprudente, que denotaría una falta de rigor jurídico o de convencimiento en los planteamientos del Fiscal que, con toda probabilidad, se interpretaría por los órganos jurisdiccionales como una especie de invitación o sugerencia, especialmente si se hace de forma sistemática, a la apreciación habitual del delito imprudente por parte del Tribunal, lo que iría en contra de la consideración que ya hemos adelantado de su configuración como residual o excepcional respecto del delito doloso.

Es por todo ello por lo que, como regla general, se pueden establecer como correctas las siguientes pautas:

- En la necesaria individualización del caso concreto, los hechos del escrito de acusación deberán contener los datos y elementos precisos de los que pueda inferirse si el delito de riesgo se ha producido por dolo o por imprudencia grave.
- Generalmente, salvo supuestos fácticamente incompatibles, se entenderá que los tipos de los arts. 316 y 317 CP son homogéneos, por lo que formulada acusación por el delito del art. 316 CP, es posible una eventual condena por el delito del art. 317 CP. Por este motivo no se considera precisa la formulación de conclusiones alternativas.

Ahora bien, para evitar supuestos de improcedente impunidad, en aquellos casos en que, tras la celebración de la prueba en el juicio oral, se pudiera concluir que se trata de un supuesto dudoso o a caballo entre el dolo eventual (art. 316 CP) y la culpa consciente (art. 317 CP) e incluso en los supuestos en los que los Sres. Fiscales conozcan los criterios contrarios de los Tribunales ante los que actúan, conocidamente adscritos a la teoría de la heterogeneidad, al formular las conclusiones definitivas se debería consignar en la conclusión 2ª la calificación que se considere técnicamente correcta, que como se ha dicho generalmente será la dolosa, y la otra como subsidiaria, para posteriormente en el informe explicar que se ha introducido una calificación subsidiaria precisamente para evitar que la eventual apreciación por el órgano de enjuiciamiento de dicha tesis de la heterogeneidad de las calificaciones pueda conducir, por la vía del principio acusatorio, a la impunidad de los hechos. Esta fórmula permite igualmente excluir la posible alegación y, en su caso apreciación, de la vulneración del derecho de defensa, al quedar explícitos en el escrito del Fiscal tanto los presupuestos de hecho como los fundamentos jurídicos que permiten, por un lado, el conocimiento de la doble imputación y la consiguiente articulación de las alegaciones por las defensas, como, por otro, la posible condena que por uno u otro de los tipos expresamente invocados el Tribunal sentenciador pueda dictar.

## II.3. El art. 318 del Código Penal

En aquellos supuestos en que el obligado legal a la aportación de la seguridad en el trabajo es una persona jurídica -dado que ni aún después de la introducción del art. 31 bis en el Código Penal, tras la reforma operada en éste por la Ley Orgánica 5/2010, se ha considerado oportuno por el legislador incorporar el castigo de la persona jurídica en el supuesto de los delitos contra los derechos de los trabajadores- se produce una ampliación de los sujetos activos del tipo, posibilitando la incriminación de los administradores o encargados del servicio, al establecer el art. 318 CP que «cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a las personas jurídicas; se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello».

El precepto transcrito no incorpora en ningún caso una responsabilidad objetiva de los indicados. Tanto el administrador como el encargado del servicio han de tener capacidad de decisión en relación con la seguridad de los trabajadores, conocimiento de la situación de grave riesgo generado por la falta de medidas y asumir, en individual decisión, la falta de corrección de la situación insegura.

Obviando la estéril polémica de la necesidad o no de esta concreta regulación legal, la interpretación del art. 318 CP obliga a la distinción entre administradores y encargados del servicio. En relación con los primeros, hay que tener en cuenta que su responsabilidad viene dada en función del cargo que ocupan en la persona jurídica, pero no sólo de ello, sino que será preciso que se concrete, además, su función en materia de seguridad y la omisión en que haya podido incurrir, así como la relación de causalidad entre la omisión y el riesgo grave para la vida y salud de los trabajadores, pues sólo así se cumplen los requisitos del tipo penal. A todo ello obliga la expresión «que hayan sido responsables de los mismos» (de los hechos), que expresamente prevé el art. 318 CP.

Semejantes exigencias son de aplicación respecto de los «encargados del servicio». La aplicación de esta categoría exige que el sujeto así denominado haya recibido un especial encargo del empresario en materia de seguridad y que disponga de facultades en relación con el trabajo concreto de que se trate, que le permitan adoptar decisiones obligatorias para los trabajadores jerárquicamente vinculados a ese «encargado del servicio». Dicho lo cual, en ningún caso se podrá establecer una identidad entre éstos y el simple encargado o capataz de la empresa, que carece de poder de decisión para determinar el modo de prestar la actividad laboral, y que queda situado como un mero eslabón para garantizar que el trabajo se presta conforme a lo acordado por el empresario, por lo que no podrá integrar en modo alguno la categoría de «encargado del servicio» a los efectos del art. 318 CP, sin perjuicio de que sus actuaciones u omisiones le puedan hacer responsable de los delitos de resultado lesivo que se produzcan en el ámbito de su actividad laboral.

El apartado más polémico del precepto examinado es el que refiere la posibilidad de imputación «a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello», que no deberá considerarse independiente de los administradores y encargados del servicio a los que se acaba de aludir, pues de otra forma, cabría imputar responsabilidad penal a personas que carecen de facultades o poder de decisión, incluso sin relación con la empresa o actividad laboral, lo que supondría una desmesurada extensión de la autoría de este tipo penal.

Para concluir se hace preciso mencionar el párrafo segundo del art. 318 del Código Penal que prevé que «en estos supuestos la Autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código», posibilitando así que se puedan imponer, como consecuencias accesorias, las previstas en los apartados c) a g) del art. 33.7 CP, preceptos -ambos -el art. 33.7 y el art. 129 CP-, modificados por la Ley Orgánica 5/2010. La falta de concordancia entre el nuevo art. 129 del Código Penal -aplicable a las organizaciones o grupos que por carecer de personalidad jurídica no le resulta de aplicación el art. 31 bis- y el mencionado párrafo segundo del art. 318 del Código Penal parece evidente y merecería plantearse su revisión como se postula por la Circular 1/2011 de la FGE.

## II.4. Infracciones imprudentes

Aunque la persecución del delito de riesgo contemplado en los arts. 316 y 317 CP -en sus versiones dolosa o imprudente- viene siendo objeto de una especial atención por parte de las diversas Fiscalías, así como de instrucciones precisas del Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral, lo cierto es que el mayor volumen de procedimientos incoados relativos a la siniestralidad laboral son aquellos en los que el delito de riesgo desemboca en el de resultado lesivo, ya sea el fallecimiento del trabajador (art. 142 CP, art. 621.2 CP) o las lesiones que los mismos sufren (art. 152 CP, art. 621.1 y 3 CP). Una vez iniciada la instrucción del procedimiento, así como en la posterior calificación del mismo, es lo habitual que los Sres. Fiscales dediquen su máxima atención a determinar la existencia del delito de riesgo -dada la dificultad que entraña- así como la imputación de los sujetos responsables.

Sin embargo, el delito de resultado lesivo, y más en concreto, las lesiones imprudentes, tal vez por ser un tipo que se maneja con mayor asiduidad, parece quedar en un segundo plano, sin conceder la importancia que la exacta y precisa calificación de las lesiones sufridas por el trabajador va a tener desde una doble perspectiva. Por una parte, respecto de la penalidad, ya sea mediante la aplicación del concurso ideal de delitos (art. 77 CP) o del concurso de normas (art. 8.3ª CP), en tanto en cuanto la pena a solicitar no será igual según se califiquen las lesiones como tipificadas en los arts. 152.1.1º o 152.1.3º CP o se tipifiquen como de las comprendidas en el art. 152.1.2º CP. En segundo lugar, por la importancia que la correcta determinación de las mismas, la precisa descripción de las secuelas, y, en su caso, las posibles incapacidades que para el ejercicio de la profesión, tienen en la determinación de las cantidades a solicitar por vía de la responsabilidad civil.

La experiencia de estos últimos años muestra que el tipo de lesiones que determina la acusación en la mayoría de los supuestos es el contemplado en el nº 1 del art. 152.1 CP, referido a las lesiones del art. 147.1 CP, disminuyendo de forma significativa el número de escritos de acusación que aplican los tipos agravados contemplados en los nº 2º y 3º del ordinal primero del art. 152 CP. Ello, sin embargo, en algunos casos resulta ciertamente discutible si atendemos, tanto a la propia naturaleza de las lesiones (pérdidas de miembros - fundamentalmente dedos-, deformidades, importantes cicatrices...), como a las secuelas derivadas de las lesiones que en algunos casos pudieran encontrar acomodo dentro de la categoría de graves enfermedades somáticas.

A partir de estos planteamientos previos, los aspectos que merecen destacarse por su importancia práctica, se concretan en los siguientes.

### II.4.1. Importancia de la calificación inicial del resultado lesivo

Con independencia del resultado de muerte, que siempre podrá ser constitutivo de infracción penal, ya derive de una conducta imprudente grave (delito de homicidio imprudente: art. 142 CP) o leve (falta de homicidio imprudente: art. 621.2 CP), la principal cuestión médico-legal que inicialmente se plantea cuando el accidente laboral produzca resultado de lesiones, derivará de la determinación de los presupuestos médicos que permitan la calificación «ab initio» de la lesión resultante como necesitada, además de una primera asistencia, de tratamiento médico o quirúrgico, pues de no ser así, su causación por imprudencia -por grave que ésta sea- quedaría impune (sin perjuicio de la posible valoración de ese resultado lesivo como indicio de un peligro grave para la vida y salud del trabajador afectado que pudiera dar lugar al delito de riesgo, que es otra cuestión) por ser atípica, al no existir precepto alguno que la sancione y por exigencia expresa del art. 12 CP que determina, como es sabido, la punición «cerrada» de las infracciones imprudentes.

Este planteamiento inicial que así expuesto parece claro, se complica en la práctica por seguir prevaleciendo la calificación inicial de las lesiones -también de las causadas en accidente laboral - como graves (e incluso muy graves) y leves. Este es el criterio que suelen seguir casi sin excepción los partes de asistencia de lesiones que emiten los centros hospitalarios y las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales e incluso el que recogen explícitamente las estadísticas que periódicamente publica el Ministerio de Trabajo e Inmigración respecto de las lesiones con baja en accidente laboral.

La cuestión no es baladí en el ámbito de la jurisdicción penal al haberse impuesto en la práctica procesal cierta mecánica de actuación consistente en que, ante un parte de lesiones calificadas como leves, se dicta directamente auto de archivo por atipicidad de la conducta o, en el mejor de los casos, se produce resolución declarando falta los hechos, que prescribirá -y así se suele decir expresamente- si en el plazo legal de seis meses no se reclama por la «persona agraviada o su representante legar' (art. 621.6 CP), al ser las faltas imprudentes perseguibles sólo por denuncia del lesionado.

Como se analizará al tratar las «cuestiones procesales» es preciso, en la medida de lo posible, ejercer un elemental control de las Diligencias Previas que se incoen por lesiones producidas en accidente laboral para impedir que resultados lesivos que merezcan la consideración de graves, sean objeto de una resolución de archivo, sin unas mínimas diligencias de investigación.

## II.4.2. Graduación de la imprudencia: Imprudencia grave y leve

La concreción del tipo aplicable vendrá determinada por la valoración que se haga de la entidad de la imprudencia, pues sólo la calificada como grave podrá dar lugar a los delitos de los arts. 142 y 152 C.P., en tanto que la calificada como leve, podrá integrar, a lo sumo, alguna de las faltas previstas en el art. 621 C.P.

No es fácil trazar una línea divisoria entre la imprudencia grave y la imprudencia leve, ya que los conceptos de gravedad y levedad son un tanto difusos, sin fronteras claras y nítidas, interviniendo en algunos casos en el curso causal conductas de terceros que pueden desplazar la línea divisoria que delimita ambas categorías.

En cualquier caso, es claro que la valoración de la imprudencia como grave o leve pertenece al ámbito de lo estrictamente jurídico y serán, por tanto, los criterios jurisprudenciales fijados por el Tribunal Supremo, los que permitan establecer pautas interpretativas que faciliten esta valoración. La STS nº 211/2007 de 15 de Marzo, sistematiza los criterios que facultan determinar la gravedad de la imprudencia a fin de integrarla en una de estas dos categorías (grave o leve), estableciendo como tales: «a) la mayor o menor falta de diligencia mostrada por el agente en la acción u omisión desencadenante del riesgo, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso; b) la mayor o menor previsibilidad del evento que constituye el resultado; y c) el mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado según las normas socio-culturales vigentes», criterios que reitera la más reciente de 23-02- 2009 (nº 181/2009), marcando el énfasis en la infracción del deber de cuidado la STS nº 256/2006 de 10 de febrero, cuando dice: «radicando la diferenciación entre la gravedad y la no gravedad de la imprudencia en la intensidad de la infracción del deber de cuidado», criterios a los que cabe añadir el señalado en la STS nº 1039/2009 de 27 de octubre, que vincula directamente la importancia o gravedad de la infracción «al grado de riesgo no permitido que ha generado el sujeto con su acción, o a la importancia del riesgo no controlado cuando en el sujeto recae el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico y que afecten a terceras personas».

Pues bien, en los delitos de homicidio y lesiones imprudentes derivados de accidente de trabajo, este deber objetivo de cuidado, como elemento nuclear de la imprudencia, que en general remite al que exige la norma socio-cultural y la específica que reglamentan ciertas y concretas actividades (STS 413/1999, de 18 de Marzo y STS 966/2003 de 4 de Julio), vendrá determinado normalmente por la normativa preventivo-laboral que, por densa, amplia y dispersa, necesariamente habrá que conocer de forma esencial, y que, encabezada por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de Noviembre de 1995, abarca toda la legislación general, sectorial, nacional y aun autonómica, que regula las diversas actividades laborales en las que la conducta negligente de algunos de sus agentes y operadores, puede originar un resultado lesivo para uno o más trabajadores.

Por otro lado y en lo que al «grado de tolerancia del riesgo» y su valoración o reflejo en el ámbito de la siniestralidad laboral se refiere, habrá que tener en cuenta el art. 15.1.0 de la Ley 31/1995 (LPRL) que, dentro de los denominados «principios de acción preventiva», señala que el empresario tiene la obligación de «sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro». Ello supone que la voluntad del legislador respecto al grado de tolerancia sobre el riesgo creado en las relaciones laborales y, sobre todo, en atención a la importancia del bien

jurídico protegido «vida, salud o integridad física de los trabajadores», es ciertamente reducida, ya que todo aquello que pueda generar una situación de peligro para los mismos debe de ser inmediatamente paliado, de forma que el riesgo se anule totalmente o se limite a su mínima expresión. De ello cabe deducir que se reconoce la existencia de situaciones en que el riesgo es imposible de anular, pero aun en esos casos, se debe tender a minimizarlo en la mayor medida posible.

Por último, en cuanto al grado de previsibilidad de la situación de riesgo, vendrá determinado por los conocimientos técnicos, preventivo-laborales y la experiencia profesional que el sujeto activo tenga del sistema de trabajo en el que el riesgo se manifiesta, teniendo presente, en cualquier caso, la postura de la jurisprudencia que viene demandando una mayor exigencia de previsión en tanto en cuanto sea mayor la formación y preparación técnica del sujeto.

### II.4.3. Imprudencia de la víctima

Como se ha venido repitiendo, en el marco de la siniestralidad laboral, una vez acaecido un accidente de trabajo, la norma general es que concurren dos infracciones criminales, por una parte el delito de riesgo -tipificado en los arts. 316 y 317 del Código Penal- y, por otra, el delito de resultado lesivo -arts. 142, 152 ó 621 del Código Penal-. En el primero de los delitos, al proteger un bien jurídico colectivo, la conducta desplegada por el trabajador accidentado no tiene influencia alguna respecto a la apreciación del tipo penal ni tampoco, por ende, respecto de la responsabilidad del sujeto activo. Ello es debido a que la imprudencia -que podríamos llamar sobrevenida- del trabajador no tiene por qué afectar al delito de riesgo ya previamente cometido antes de la producción del accidente con resultado lesivo.

La situación cambia sustancialmente en el caso de que se haya producido el resultado lesivo, pues en estos casos la conducta desplegada por el trabajador sí puede haber tenido alguna incidencia en la producción de dicho resultado lesivo. Es el caso de la denominada doctrinal y jurisprudencialmente «autopuesta en peligro del trabajador» o «principio de la propia responsabilidad». Se trata, en definitiva, de dar respuesta a la posible conexión causal que la acción/es realizadas por el sujeto pasivo -trabajador accidentado- puede tener con el resultado lesivo sufrido por él mismo y si aquellas han sido decisivas para ese resultado o en alguna forma han influido en su producción.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo la posibilidad, tanto en los accidentes de tráfico como en los accidentes laborales, de que el comportamiento imprudente de la víctima pueda tener reflejo en la producción del resultado lesivo, aunque las situaciones sean diferentes en uno u otro supuesto. En la relación laboral, el empresario y el trabajador no se encuentran en situación de paridad, teniendo este último una posición de inferioridad respecto a la de aquél, puesto que uno da las instrucciones y el otro las cumple, uno es deudor de la seguridad y el otro acreedor o receptor de la misma. Los trabajadores están sometidos al poder de dirección del empresario (art. 20 del Estatuto de los Trabajadores), debiendo cumplir aquellos las órdenes que éste les haga llegar (art. 5-c del Estatuto de los Trabajadores); en palabras de la doctrina jurisprudencial -como recoge la SAP de Granada (1ª) nº 665/2008, de 10 de noviembre- «la relación laboral no es horizontal o simétrica, sino vertical o asimétrica al conferirse en exclusiva al empresario el poder de dirección y organización de la estructura empresarial donde se inserta la prestación laboral ». Ello deberá, sin duda, valorarse a la hora de determinar las posibles responsabilidades.

La respuesta que se vaya a dar a la cuestión debatida debe arrancar de dos premisas básicas, una de naturaleza legal y otra de naturaleza jurisprudencial, que determinan la posición de garante que el empresario tiene respecto a la creación de un entorno seguro para sus trabajadores. La primera de ellas la encontramos en el art. 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que establece que «La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». Para encontrar la segunda acudimos a la STS nº 1329/2001, de 5 de septiembre que afirma que «es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo». Ello es así porque en el ámbito de las relaciones laborales el denominado «principio de confianza» -que es considerado jurisprudencialmente como uno de los supuestos de quiebra de la imputación objetiva- se

sustituye por el principio de desconfianza, lo cual en definitiva supone que el deudor de seguridad -empresario o sus delegados- debe desconfiar del comportamiento cuidadoso del trabajador, ya que la habituación de éste al riesgo que supone el desarrollo de su actividad laboral cotidiana y la confianza que esa situación en él genera, hará que aquél deba incrementar las medidas de seguridad y las de vigilancia. Por tanto, o empresario o sus delegados, como principales deudores de seguridad, deberán prever ciertas conductas imprudentes del trabajador, y tan sólo cuando quepa catalogar a éstas de imprevisibles o sean debidas a imprudencia grave o temeraria, podrán aquellos ser eximidos de responsabilidad. Es decir, la imprudencia temeraria de un trabajador en la realización de la actividad laboral marca el límite mínimo sobre el cual el empresario o sus delegados tienen que prever la necesidad de las medidas de seguridad.

Con base en lo expuesto, y de acuerdo con la constante doctrina del Tribunal Supremo, sólo con carácter excepcional la imprudencia del trabajador puede excluir la de los otros posibles intervinientes en la producción del resultado lesivo.

En cualquier caso, es ésta una cuestión que afecta al tipo objetivo, específicamente a la imputación objetiva del resultado -superada la etapa en la que el Tribunal Supremo la encauzaba en el plano de la causalidad, en sede de la teoría de la causa eficiente- y más concretamente al segundo nivel de la imputación objetiva referido a que el riesgo creado, jurídicamente desaprobado, sea el que se concreta en el resultado lesivo. Por tanto, únicamente en los casos en que la realización del resultado sea concreción exclusiva de la conducta peligrosa de la propia víctima (normalmente, a título de imprudencia grave) que ha tenido una intervención decisiva y, además excluyente (autopuesta en peligro o principio de la propia responsabilidad) de los posibles riesgos creados por otros intervinientes, la actuación de éstos debe reputarse accidental y fortuita. Con una salvedad, que el empresario (u otro interviniente creador del riesgo) conozca y tolere esa imprudencia, aún grave, del trabajador, en cuyo caso no procederá su exculpación total, aunque sí podría producirse la degradación de su responsabilidad penal y, en su caso, la modificación del quantum indemnizatorio, solución ésta última que será asimismo de aplicación, en principio, en los supuestos de «conurrencia de culpas», a valorar con extremo cuidado habida cuenta la consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre este punto, como se expondrá al analizar las cuestiones suscitadas en el ámbito de la responsabilidad civil.

#### II.4.4. Imprudencia profesional

Tanto el art. 142 CP como el 152 CP prevén en sus respectivos párrafos terceros una modalidad agravada de homicidio y lesiones imprudentes cualificados por lo que llama «cometido(as) por imprudencia profesional», tipos agravados a los que vincula como pena principal la de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo por un período de «tres a seis años» en el caso de homicidio imprudente y de «uno a cuatro años» en el de lesiones imprudentes.

La aplicación de estos tipos agravados en los casos de accidentes laborales es de especial interés, porque prácticamente en todos los supuestos objeto de enjuiciamiento el presunto responsable lo habrá sido en el ejercicio de una profesión (empresario, arquitecto, aparejador o arquitecto técnico, coordinador de seguridad...), o de un oficio (constructor, jefe de obra...) y por el carácter especialmente aflictivo que la imposición de estas penas puede significar para determinados profesionales, en caso de que resulten condenados, pues difícilmente podrán soslayar el cumplimiento efectivo de esa inhabilitación.

Es por todo ello que la determinación de lo que debe entenderse por «imprudencia profesional» tiene especial relevancia en la aplicación de estas figuras de delito a los accidentes laborales. En rigor, el concepto de «profesionalidad» es general para todos los supuestos de delitos imprudentes en que puedan aplicarse estos subtipos agravados, por lo que parece oportuno recordar aquí algunos de los criterios que el Tribunal Supremo viene utilizando para determinar este concepto normativo. Así, la STS nº 181/2009 de 23 de Febrero, pone el acento en la infracción de la «lex artis» y en la «especial capacitación y preparación para el desempeño de sus actividades profesionales», en tanto que la STS 80/07 de 9 de febrero, define la «lex artis», elemento clave de esta modalidad agravada, como «conjunto de deberes que son propios de esa concreta profesión en el seno de cuyo ejercicio se produce la conducta negligente».

En concreto, en el delito de lesiones imprudentes originadas en accidente laboral, la SAP de Barcelona (sección 8ª) de 19 de junio de 2002 habla del «especial cuidado y prudencia exigibles a las personas cuyas funciones profesionales incluyen velar por el cumplimiento de las medidas de seguridad (laboral)... comportando la inobservancia de tal deber de cuidado una grave infracción de los deberes profesionales que justifica...» la agravación de la respuesta penal.

Estos criterios, que deben establecerse o deducirse claramente de la redacción de la conclusión 1 a de los escritos de acusación, serán decisivos para apreciar en cada caso concreto la «profesionalidad» de la imprudencia que habilita para la aplicación de estos subtipos agravados.

## II.4.5. Valoración médico-legal del resultado lesivo causado en accidente laboral

En el sistema de punición que utiliza el art. 152.1 C.P., y en virtud de la remisión que hace a los correlativos delitos dolosos, resulta determinante de la pena que ha de ser impuesta el hecho de que los resultados lesivos producidos sean muy graves, es decir, que constituyan delito del art. 149 CP, de gravedad especial aunque inferior a la anterior, que den lugar al delito del art. 150 CP, o bien, simplemente graves, es decir, que conformen un delito del art. 147.1 CP.

En consecuencia, al construirse legalmente los delitos de lesiones imprudentes en el art. 152 CP por referencia a los concretos resultados lesivos que determinan la calificación de los respectivos delitos de lesiones dolosas, lo que a su vez explica la mayor o menor gravedad de la pena, la valoración de lo que debe entenderse por tratamiento médico o quirúrgico (además de primera asistencia), pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal o no principal, deformidad grave o simple deformidad, impotencia, esterilidad y grave enfermedad somática o psíquica, que son los criterios valorativos que el Código Penal utiliza para determinar la gravedad del delito y la graduación de la pena en los delitos de lesiones dolosas, son conceptos de idéntica aplicación a los delitos de lesiones imprudentes, habida cuenta que también para éstas, el art. 152 CP en sus tres apartados diferencia la gravedad de las lesiones imprudentes por referencia a los arts. 147.1, 149 y 150 CP en los que se utilizan esos conceptos -de valoración esencialmente médico-legal, aunque modelados por la jurisprudencia- como determinantes del surgimiento de los distintos tipos de lesiones dolosas de mayor o menor contenido de injusto y, por ello, sancionados con mayor o menor pena en función de la producción de unos u otros de esos precisos resultados lesivos, criterios que valen, por ello, tanto para la calificación de los delitos de lesiones dolosas como de los que podríamos llamar correlativos delitos de lesiones imprudentes.

Por ello, es necesario aplicar a la hora de calificar las lesiones derivadas de un accidente de trabajo la doctrina que el Tribunal Supremo viene sentando respecto de las categorías jurídicas anteriormente citadas. A ello debe añadirse una especial reflexión a la hora de valorar las resoluciones administrativas que declaran la existencia de incapacidades laborales y el indicio que ello supone de la potencial existencia de una grave enfermedad somática o psíquica, respecto de la cual la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1999 realizaba algunas consideraciones de especial interés, a las que nos remitimos.

Deberá tenerse en cuenta que, normalmente, las incapacidades declaradas para el ejercicio de la profesión que desarrollaba el trabajador, o de cualquier otra profesión, se fundamentarán en deficiencias de carácter físico -en la mayoría de los casos- o psíquico de carácter permanente que inciden en el desarrollo de la vida del sujeto, lo que deberá particularmente ser valorado a los efectos de proceder a la correcta calificación de las lesiones.

## II.4.6. Enfermedades profesionales

La enfermedad profesional que, como tal, ha dado lugar a una densa e importante jurisprudencia de los tribunales de la jurisdicción social, ha tenido escasa repercusión en las resoluciones de los órganos de la jurisdicción penal, sin duda, porque, a diferencia del accidente de trabajo con resultado lesivo, la aparición de la enfermedad profesional no se produce -no suele producirse- de forma inmediata ante una conducta causalmente determinante, sino que se manifiesta tras un período de tiempo más o menos prolongado de gestación y desarrollo.

Esta distancia temporal entre etiología y manifestación de la enfermedad plantea importantes problemas de imputación objetiva, dificultades que, sin duda, están en el origen de la falta de respuesta penal ante las enfermedades profesionales, siendo así que al ser, en rigor, menoscabos de la salud física o mental, nada empece a que puedan integrar los elementos típicos del delito de lesiones imprudentes derivado de una relación laboral.

Sobre estos presupuestos, parece claro que en estos casos será jurídicamente exigible -y además deberá resultar procesalmente probado- que ha sido una determinada conducta imprudente -básicamente omisiva del deber objetivo de cuidado- la que ha creado o incrementado ese preciso riesgo, que cabalmente se ha concretado en la producción del resultado lesivo -la enfermedad profesional- que, además, debió ser previsible y evitable, cuestiones todas que se complican extraordinariamente cuando los síntomas de la enfermedad se producen tras un cierto período de tiempo después de terminada la realización del trabajo en aquellas condiciones punibles, o, por mejor decir, con posible contenido penalmente relevante.

Y precisamente en la acreditación de estas condiciones punibles se encuentra otra de las dificultades para afirmar la imputación objetiva del resultado lesivo por cuanto que, habida cuenta de ese período de latencia entre acción y resultado, normalmente será exigible una cierta permanencia en el tiempo de la situación de incumplimiento de la normativa preventivo-laboral -es decir, la no adopción de medidas de seguridad y salud adecuadas- para poder encajar dentro de ese espacio temporal la conducta imprudente que estuvo en el origen de la enfermedad profesional.

En estos casos -tal vez con más claridad que en otros- el cumplimiento preciso de las medidas de seguridad e higiene impuestas por la normativa preventivo-laboral vigente en ese período de tiempo, marcará el límite del riesgo permitido y, por ende, la exclusión de la posible responsabilidad penal.

### **III. Cuestiones procesales**

Se pretende en este apartado recoger las líneas elementales de actuación del Fiscal, para conseguir que se constituya en el impulsor y dinamizador de los procedimientos que puedan tramitar por delitos relacionados con la siniestralidad laboral.

A la hora de abordar estas cuestiones, conviene partir de la afirmación de uno de los males endémicos que afecta a estos procedimientos, cual es la lentitud en su tramitación. Aún reconociendo una cierta dificultad formal y de fondo en la investigación de este tipo de infracciones, que trae causa de diferentes circunstancias, algunas de las cuales después se analizarán, es lo cierto que, como se viene exponiendo y analizando en todas las Memorias anuales, la pendencia de los procesos es una de las, podríamos llamar, lacras que pesan sobre estos asuntos y, por ello, uno de las principales retos que tienen los Fiscales Especialistas y que deben abordar con la mayor energía, celo y dinamismo.

#### **III.1. Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal.**

La actuación del Ministerio Fiscal en la fase previa al proceso penal ha sido ampliamente tratada con carácter general por la Circular 1/1989, de la FGE, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, y específicamente en relación con «los delitos contra el orden social», por la Instrucción 7/1991, de 11 de noviembre, en la que se concretan elementales normas de actuación a las que no cabe sino remitirnos para evitar reiteraciones. En esta Circular se pretende abordar los distintos supuestos que suelen darse en la práctica, tratando de ofrecer un planteamiento general ante los mismos.

Con carácter previo a la delimitación de cada uno de los supuestos, a los que se aludirá inmediatamente, conviene recordar la facultad de que está investido el Ministerio Fiscal de dar a la Policía Judicial las instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, conforme señala el párrafo segundo del art. 773.1 de la LECrim., así como la necesidad que existe, cuando de la investigación de siniestros laborales se trata, de que se lleve a cabo una intervención inmediata tendente a evitar la modificación de las condiciones que hayan dado lugar al suceso, así como una actuación coordinada con la Inspección de

Trabajo y Seguridad Social y de colaboración con la misma, tal y como viene a establecerse en el Protocolo Marco de 19 de septiembre de 2007, entre el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración y el Ministerio de Justicia. En virtud de todo ello, es factible impartir las pertinentes instrucciones a la Policía Judicial para instar de la misma una actuación conforme a dicho Protocolo Marco, tendente a la consecución de la necesaria eficacia de la jurisdicción penal.

Por otra parte, y como regla general, ante cualquier comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los Servicios o Institutos Autonómicos de Prevención, atestado de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o denuncia recibida en la Fiscalía sobre materias de Siniestralidad Laboral, lo procedente es incoar Diligencias de Investigación (art. 5 EOMF y 773.2 de LECRIM) y no diligencias informativas, denominación que, como se dirá, podrá reservarse para otros casos.

Dicho lo anterior, procede distinguir los siguientes supuestos:

### III.1.1. Recepción en la Fiscalía de comunicaciones o atestados de las instancias citadas o denuncias de particulares o sindicatos relativas a fallecidos o lesionados en accidente laboral

En estos supuestos, la correcta articulación del objeto del proceso, de modo que quede debidamente ajustado a las complejas exigencias fácticas y típicas que se han examinado en la primera parte de esta Circular, así como, en su caso, la correcta preparación de la acusación, exigen una cuidadosa actividad del Fiscal desde el primer momento en que tenga conocimiento de la *notitia criminis*. Actividad que, en consecuencia, para asegurar dichos objetivos, con carácter general debería configurarse con arreglo a las siguientes pautas:

a) Incoar Diligencias de Investigación en cualquier caso.

b) Averiguar si existe procedimiento abierto sobre el asunto, teniendo en cuenta que lo habrá siempre que se haya producido una muerte como consecuencia del accidente, bien porque sea el propio Juez de Instrucción el que haya procedido al levantamiento del cadáver, conforme a lo dispuesto en los arts. 334 y siguientes de la LECrim., o bien porque lo haya hecho el Sr. Médico Forense autorizado por el Juez de Instrucción, de acuerdo con lo que dispone el art. 778.6 de la misma ley adjetiva. En estos casos puede ser recomendable acudir a la diligencia de levantamiento del cadáver, e instar que se proceda a grabar la inspección ocular.

Si existe procedimiento, deberá procederse a archivar las Diligencias de Investigación, acordando al propio tiempo remitir escrito o denuncia al Juzgado, especificando todas aquellas diligencias de investigación que se consideren precisas para el esclarecimiento de los hechos, tratando así de encauzar y agilizar la tramitación del procedimiento. A la denuncia o al escrito que el Fiscal remita al Juzgado de Instrucción competente se acompañarán, debidamente foliados, todos los datos, documentos e informes que obren unidos a las Diligencias (informe de la Inspección, de los Servicios Autonómicos de Prevención, denuncias, etc.), dejando copia en la Fiscalía (Instrucción 1/2003 F.G.E.).

c) Si no consta que exista procedimiento judicial abierto, resultará procedente llevar a cabo la investigación preliminar que resulte indicada en función de los datos e informes de que se disponga, recabando aquellos otros que se considere imprescindibles, y practicando las elementales diligencias que sean precisas para fundamentar la resolución que proceda, archivo o denuncia ante el juzgado, teniendo en cuenta en este caso lo dicho en el apartado segundo del párrafo anterior.

### III.1.2. Comunicaciones de atestados o denuncias relativas a delitos de riesgo

En este caso, cabría distinguir entre dos posibilidades:

A) Que se refieran exclusivamente a posibles delitos de riesgo, sin que se haya producido accidente de trabajo alguno, y que se trate de aquellos supuestos que sean de sencilla investigación, carentes de complejidad y en los que prácticamente se contenga en el acta o informe de las instituciones señaladas la totalidad de los datos precisos para elaborar la correspondiente denuncia. En este caso lo procedente es seguir las siguientes pautas:

a) Incoar Diligencias de Investigación.

b) Formular la correspondiente denuncia, interesando del Juzgado la práctica de las diligencias necesarias para complementar la investigación y agilizar la tramitación del procedimiento, remitiendo cuantos documentos obren en las Diligencias de Investigación sobre el asunto. Se trataría de no duplicar la práctica de diligencias.

B) Que se refieran a enfermedades profesionales o delitos de riesgo, que exijan, dada su complejidad, una investigación más profunda y especializada . En tal caso los criterios que conviene seguir son los que se exponen a continuación:

a) Incoar Diligencias de Investigación.

b) Ordenar a la Policía Judicial la práctica de cuantas diligencias se consideren necesarias para el esclarecimiento del hecho.

c) Acordar que por el Médico Forense se proceda al reconocimiento del trabajador víctima de enfermedad profesional a fin de comprobar si existe relación entre las consecuencias lesivas y el incumplimiento por el empleador de las medidas en materia de prevención de riesgos laborales que debían garantizar la vida y la salud de los trabajadores.

d) Podrá además requerirse informe ampliatorio, en su caso, del de la Inspección o los Servicios Autonómicos; requerir a las empresas objeto de la investigación para que aporten la documentación que permita valorar el nivel de cumplimiento por las mismas de la normativa preventivo-laboral; recibir, en su caso, las declaraciones de testigos que se consideren pertinentes, así como ordenar la práctica de los informes periciales que se estimen imprescindibles, etc.

e) Oír a los posibles implicados con las garantías propias del imputado, que podrán tomar conocimiento de lo actuado.

f) Por último, concluir las Diligencias de Investigación acordando el archivo de las mismas o la presentación de denuncia o querrela, según proceda, remitiendo, en estos últimos casos, la documentación recopilada e interesando, en su caso, del juzgado, que se lleve a cabo la práctica de cuantas diligencias sean imprescindibles para la instrucción del procedimiento, siempre con la finalidad de facilitar su tramitación y evitar dilaciones.

Con independencia de lo anterior, el último párrafo del art. 5 del Estatuto Orgánico establece que «también podrá el fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye». Estas diligencias podrán recibir otra denominación (informativas, del art. 5 del E.O.M.F., etc.) para diferenciarlas de las Diligencias de Investigación. En relación con la siniestralidad laboral hay funciones asumidas por el Ministerio Fiscal que podrían dar lugar a incoar este tipo de diligencias. Así por ejemplo, las comunicaciones con el Fiscal de Sala Coordinador para facilitar el necesario control por éste de los procedimientos sobre la materia , las comunicaciones entre los Fiscales Delegados y los Fiscales integrantes de la Sección pertenecientes a las Fiscalías de Área o a las Secciones Territoriales de las Fiscalías Provinciales, y, entre otras, las comunicaciones que se hagan a la Autoridad Laboral de la finalización de los procedimientos bien por auto de sobreseimiento, bien por Sentencia, en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 3.2 y 52.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (TRLISOS), o cualesquiera otra que en rigor no supongan actividades de estricta investigación (preprocesales).

### **III.2. La intervención del Fiscal en la fase de instrucción.**

La realidad viene demostrando que los procedimientos que se instruyen por las infracciones derivadas de los delitos de riesgo de los arts. 316 y 317 del Código Penal y/o de los delitos de resultado lesivo producidos como consecuencia de los accidentes laborales , suelen dilatarse en exceso, como se viene reiterando, pudiendo destacar entre las causas más importantes de dicha dilación, la complejidad de la instrucción de los procedimientos, habida cuenta el reiterado reenvío que los preceptos citados hacen a la densa normativa preventivo-laboral , lo que exige, como mínimo, un elemental conocimiento de ésta; la detección tardía de la existencia de estos procedimientos por el Ministerio Fiscal , lo que generalmente suele acontecer por el traslado del Juzgado de Instrucción ya en los trámites de los arts. 779 ó 780

de la LECrim., y una causa de carácter material, aunque no menos importante, cual es el abultado volumen de estos procedimientos que generalmente incita a su relegación por otros de más rápida tramitación, todo lo cual hace aún más necesaria la labor de impulso del Fiscal Especialista.

## III.2.1. La intervención activa del Fiscal durante la instrucción del procedimiento

Es sabido que la legislación procesal atribuye la instrucción de los procedimientos penales al Juzgado de Instrucción, sin embargo el legislador ha venido concediendo al Ministerio Fiscal un protagonismo cada vez mayor, si bien reducido al Procedimiento Abreviado y al Enjuiciamiento Rápido de Determinados Delitos, llegando al punto de señalar en art. 797.1 de la LECrim., que la práctica de las Diligencias Urgentes se llevará a cabo «con la participación activa del Ministerio Fiscal!». La Circular 1/2003 FGE, a la que necesariamente se remite ésta para evitar redundancias, se ocupaba de delimitar el contenido de la expresión recogida en el novedoso precepto. Se trata, en este punto, de señalar algunas actuaciones que pueden llevar a cabo los Fiscales en orden a materializar una verdadera intervención activa y, sobre todo, especializada.

Para favorecer la identificación de los procedimientos, el Fiscal Delegado deberá poner, si no lo ha hecho ya, en conocimiento de todos los Juzgados de Instrucción de la demarcación territorial de que se trate, la existencia de la Sección de Siniestralidad Laboral con el fin de que los Juzgados puedan comunicarle los procedimientos relativos a esta materia que se sigan en los mismos.

Al objeto de facilitar el estudio de los procedimientos, los Fiscales que intervengan en la instrucción de los mismos, pedirán a los Juzgados que formen piezas separadas de documentos acreditativos del cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales, en las que se contenga, entre otros, la Evaluación de Riesgos y el Plan de Riesgos Laborales, al tratarse normalmente de documentos excesivamente voluminosos que dificultan, por ello, un más rápido examen de los procedimientos. Esta medida podría facilitar la formación de un expediente judicial esclarecedor del hecho, mucho más sencillo de ver y estudiar, sin perjuicio de que para su conclusión, sea preciso examinar los antes referidos documentos, imprescindibles para verificar el cumplimiento o incumplimiento por los imputados de la normativa preventivo-laboral.

Una vez que los Fiscales, por cualquier vía, hayan tenido conocimiento de la existencia del procedimiento judicial, procurarán examinar su contenido, generalmente solicitando del Juzgado que se les dé traslado del mismo al objeto de instar la práctica de las diligencias procedentes y, en lo posible, agilizar la investigación. El trámite de instrucción por los Sres. Fiscales es conveniente que sea seguido de un escrito en el que se solicitarían, en cuanto sea factible, la totalidad de las diligencias que son precisas para decidir el destino del procedimiento, es decir, la incoación de Procedimiento Abreviado, o, en su caso, el sobreseimiento, teniendo en cuenta la necesidad de evitar diligencias superfluas y tratando de discriminar en el primer examen de las causas, si ello fuera posible, aquellos procedimientos que manifiestamente carecen de contenido penal, respecto de los cuales se procurará, cuanto antes, pedir al Juzgado que ponga fin al procedimiento judicial al objeto de que pueda, en el plazo más breve posible, reanudarse el procedimiento administrativo sancionador, paralizado por la Autoridad Laboral, conforme a lo que establece el art. 3 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones del Orden Social. En el escrito de petición de diligencias se solicitará, en todo caso, la incorporación al procedimiento de los documentos que acrediten el cumplimiento de la normativa preventivo-laboral por las empresas titulares de la actividad en la que se materializó el riesgo grave o la lesión de la vida o salud de los trabajadores, entre ellos, y como más importantes, la Evaluación de Riesgos, el Plan de Riesgos Laborales, así como el Plan de Seguridad y Salud, el libro de incidencias, el libro de órdenes y el libro de subcontratación, cuando se trate de la actividad de construcción de edificios. Asimismo es recomendable solicitar que se ponga en conocimiento de la Fiscalía el día en que se llevará a cabo la práctica de diligencias que hayan de desarrollarse por el Juzgado, sea por iniciativa de éste o por petición del Ministerio Fiscal, al objeto de que el Fiscal especialista pueda intervenir en la realización de las mismas, bien sea de forma presencial, por video conferencia a tenor de lo que dispone el párrafo cuarto del art. 306 de la LECrim., si no fuera posible, y, como último recurso, mediante la remisión al Juzgado de Instrucción de un escrito conteniendo el pliego de

preguntas que haya de hacerse a los intervinientes en las diligencias en su condición de peritos, testigos o imputados.

III.2.2. Especial referencia a la instrucción de procedimientos seguidos por accidentes laborales sufridos por trabajadores inmigrantes extranjeros

El hecho de que las víctimas de un accidente laboral reúnan, además de su condición de trabajador, la de extranjero, sobre todo y fundamentalmente cuando se trate de extranjeros que carezcan de permiso de residencia y de autorización de trabajo, puede suponer que la investigación haya de ampliarse a la verificación de la concurrencia de los elementos constitutivos de algunas infracciones distintas a las que se refieren de un modo estricto a la siniestralidad laboral y que ya se han mencionado. En concreto cabe que se den los supuestos de contratación de extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones ilegales del inciso segundo del art. 312.2 CP, o bien del delito de tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina del art. 318 bis CP o el de trata de seres humanos del art. 177 bis CP. En estos casos se daría una ampliación del objeto de proceso que exigiría una actuación específica del Ministerio Fiscal dirigida a la indagación de esas otras infracciones.

Así, en primer lugar, es procedente, en estos casos, instar del Juzgado de Instrucción que dirija requerimiento a la Brigada de Extranjería y Documentación a fin de que certifique sobre la existencia o inexistencia de autorización de residencia, tal cual dispone la Circular 2/2006 FGE, si bien en relación con la aplicación del art. 89 del Código Penal. No puede fiarse a la declaración de testigos la acreditación de la situación regular o irregular del extranjero víctima de un accidente laboral, pues, por ejemplo, el art. 312.2, inciso segundo CP, exige que los ciudadanos extranjeros carezcan de permiso de trabajo, lo que constituye un elemento objetivo del tipo, sin el cual es imposible la concurrencia del delito. Por otra parte, no puede olvidarse que la autorización de residencia y de trabajo se concederá conjuntamente, como señala el art. 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

En segundo lugar, habrá de tenerse en cuenta el hecho de que alguno o todos los testigos, sean o no víctimas, tengan la condición de extranjero, fundamentalmente en aquellos casos en que los testigos carezcan del permiso de residencia, porque esta situación favorece que puedan no estar presentes en el juicio oral, bien porque se haya producido una resolución de expulsión del territorio nacional, o bien, simplemente, porque, en su situación de clandestinidad, el sujeto se haga voluntariamente ilocalizable. En estos casos resultará útil instar del Juzgado que se lleve a cabo una diligencia de aseguramiento y preconstitución de la prueba de acuerdo con lo que dispone el art. 777.2 de la LECrim., garantizando la contradicción de las partes en el desarrollo de la diligencia mediante la presencia de los imputados y de los letrados que los mismos designen, tal y como establece el art. 448.1 de la propia LECrim. Posteriormente, en el desarrollo del juicio, ante la posible incomparecencia de los sujetos cuyo testimonio se anticipó en la forma prevista, se instará del Juez de lo Penal la reproducción de la grabación o la lectura de la diligencia de acuerdo con lo que previene el art. 730 de la LECrim.

En tercer lugar, en aplicación de cuanto dispone el art. 59.4 de la citada Ley Orgánica 4/2000, cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que la autoridad gubernativa ha dictado una orden de expulsión, o se ha llevado a cabo la dictada con anterioridad, en relación con un extranjero que sea víctima, perjudicado o testigo en un procedimiento de siniestralidad laboral, es conveniente dirigirse a dicha autoridad gubernativa para instar de la misma, de forma motivada, que se deje sin efecto la expulsión acordada o bien que se autorice el regreso a España de estas personas a fin de que pueda desarrollarse el proceso con la práctica de las diligencias en que hayan de intervenir estos ciudadanos extranjeros, garantizando así la búsqueda de la verdad material, sin merma alguna de los derechos de los imputados.

En cuarto lugar, cuando concurren circunstancias excepcionales, sea, por ejemplo, por las graves lesiones que haya sufrido el trabajador extranjero que carezca de autorización de residencia, o por la situación de abandono en que haya podido quedar tras el accidente, o porque concurren otras similares y graves causas, los Sres. Fiscales instarán de la Administración que se conceda una autorización de residencia temporal por estas mismas razones y para la necesaria colaboración de la víctima con la justicia, a tenor de lo que

establece el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, y el art. 123.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el reglamento de aquella.

En quinto y último lugar, en cualquier caso, pero fundamentalmente en aquellos supuestos que no se haya considerado adecuado instar alguna de las medidas antes expuestas, en el inicio de la investigación de estos procedimientos, habrá de valorarse la posibilidad de instar del Juzgado de Instrucción que se proceda al reconocimiento médico de las víctimas que tengan la condición de extranjeros, así como que se les haga especial ofrecimiento de acciones civiles, incluso valiéndose de intérprete cuando haya duda de que puedan entender perfectamente el idioma español, en previsión de que dichas diligencias pudieran frustrarse si los sujetos vuelven voluntariamente a su país, o resultan ilocalizables para la Administración de Justicia.

III.2.3. Intervención de la acusación popular -fundamentalmente de los Sindicatos- en los procesos de siniestralidad laboral

Abandonada ya la vieja doctrina del Tribunal Supremo según la cual las personas jurídicas no podían ejercitar la acción penal, basada en una aplicación literal del art. 101 de la LECrim., y fundamentalmente del término «ciudadano» que el mismo emplea, resulta absolutamente avalada la posición de que también la persona jurídica ha de quedar comprendida en dicho término, tanto por la más reciente doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 194/1995, de 4 de marzo, y 702/2003, de 30 de mayo, entre otras), como por la del Tribunal Constitucional (SSTC 241/1992, de 21 de Diciembre, y 63/2002, de 11 de Marzo, entre otras). Si tenemos en cuenta que los Sindicatos son personas jurídicas, ninguna duda cabe de que pueden ser parte en estos procesos, más si tenemos en cuenta que son asociaciones, constitucionalmente avaladas por el art. 6 de la Constitución Española, cuya principal misión es la defensa de los trabajadores.

La duda que podría plantearse es si deben tener la consideración de perjudicados y admitirse su personación en concepto de acusación particular, o más acertadamente, como sostenemos, ser considerados como acusación popular, supuesto que por tanto será el normal en la práctica, y en el que se plantea la cuestión de la exigencia de presentación de querrela y prestación de fianza, respecto de la que, si bien es cierto que el art. 761 LECrim. remite al Título II, del libro II de la misma, de donde se desprende que es necesaria la interposición de querrela (art. 270.1) y la prestación de fianza (art. 280) para que «el ciudadano» sea tenido como parte con la posibilidad de ejercitar la acción popular, no obstante, la jurisprudencia ha matizado la necesidad imperativa de querrela cuando se trate de la personación en procedimientos por delitos públicos que ya han sido iniciados, sobre la base de que no está condicionada, en estos casos, la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela (STS 595/1992, de 12 de marzo), señalando la STS 722/1995, de 3 de junio, que «en los supuestos de delitos públicos una vez incoada la causa penal los requisitos exigidos de querrela y prestación de fianza ceden al poderse considerar la personación como simple intervención procesal adhesiva o de coadyuvante». Tanto una como otra sentencia vienen a considerar igualmente que, en estos supuestos, no es necesaria la prestación de fianza.

III.2.4. Medidas cautelares personales en los procedimientos seguidos como consecuencia de la siniestralidad laboral

La ausencia de regulación en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de medidas cautelares alternativas a la prisión, salvo las previstas en el art. 544 bis y 544 ter LECrim. que establecen medidas de alejamiento o incomunicación para los supuestos de investigación de determinados delitos previstos en el art. 57 del Código Penal, o delitos de violencia doméstica o de género respectivamente, determina que este apartado se reduzca a reseñar algunas circunstancias que, de concurrir, podrían conducir a que se valore por los Sres. Fiscales la oportunidad de solicitar medida tan contundente como es la prisión provisional.

En principio, aunque los delitos que suelen entrar en juego ante supuestos de siniestralidad laboral reúnan el requisito de gravedad que establece el art. 503.1.1º de la LECrim., y aun cuando concurra, por estar determinado desde su inicio, el requisito 2º, del mismo artículo, es decir que «aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente (responsable) del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión», no suele darse en estos procedimientos el requisito de la necesidad concretado a través de los

finés legítimos que regula el párrafo 3º del art. 503.1, modificado por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, que reformó la materia para adaptar nuestra antigua ley procesal penal a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sentencias, entre otras, 128/1995, de 26 de julio, y 47/2000, de 27 de febrero, en que el propio Tribunal se autoplanteó la cuestión de inconstitucionalidad.

A pesar de lo expuesto, existen supuestos altamente graves, de explotación laboral, como sucede en aquellos casos de concurrencia de los delitos que nos ocupan con la imposición violenta de condiciones ilegales de trabajo del párrafo tercero del art. 311 CP, o bien con el antes referido supuesto de contratación de extranjeros sin autorización para trabajar imponiéndoles condiciones ilícitas de trabajo, del art. 312.2, inciso segundo CP, que prevé penas de dos a cinco años, o, por último, cuando los delitos a que se ha aludido de siniestralidad laboral concurren con el delito de tráfico ilegal de personas del art. 318 bis CP o de trata de seres humanos del art. 177 bis CP, en cuyos casos, atendida la gravedad de la pena que correspondería a las infracciones investigadas y presuntamente concurrentes, en los momentos iniciales del proceso, para conjurar el riesgo de fuga y asegurar la presencia del imputado en el proceso (art. 503.1.3º, a) de la LEcrim.), los Sres. Fiscales deberán valorar si procede la petición de prisión provisional, o prisión provisional eludible mediante fianza bastante en calidad y cantidad (art. 529 y 531 LEcrim.) para garantizar la sujeción del imputado al proceso.

Idéntica situación se plantea cuando junto a la concurrencia de graves resultados lesivos, muerte de uno o varios trabajadores o lesiones de los mismos de las previstas en el art. 149 del Código Penal, el imputado o los imputados hayan procedido a dificultar la identificación de la víctima, por ejemplo dando un nombre ficticio o perteneciente a otra persona, o en supuestos similares de conductas dirigidas a dificultar la investigación de todas o alguna de las infracciones concurrentes (desaparición de pruebas o de documentación, modificación fraudulenta del escenario del accidente, amenazas a trabajadores en relación con sus posibles declaraciones futuras, necesidad de practicar una entrada y registro), en cuyo caso, se valorará el riesgo de ocultación, alteración o destrucción de prueba (art. 503.1.3º b) LEcrim.) y se tratará de evitarlo con la petición de prisión provisional con o sin fianza, impidiendo así que se consoliden situaciones que entorpecerían una eficaz investigación judicial en relación con los delitos investigados.

### III.2.5. Medidas cautelares reales en los procedimientos seguidos como consecuencia de la siniestralidad laboral

Los Fiscales deberán tener en cuenta que especialmente en estos procedimientos, en cuya gran mayoría se han producido graves resultados lesivos para la vida o la salud de los trabajadores, uno de los objetivos fundamentales que habrá de fijarse será el más completo resarcimiento de las víctimas, o, en su caso, de los perjudicados. En contra de que se consiga este objetivo operan numerosas circunstancias que irían desde la muy reiterada alusión a la excesiva duración de los procesos, hasta el hecho de que la indemnización de la víctima ha jugado un papel excesivo y preponderante en los procedimientos de siniestralidad laboral, de suerte que ha llegado a ser utilizada como moneda de cambio o trueque, mediante la exigencia de que tras la indemnización y, como consecuencia de ésta, se produjera el archivo de las actuaciones, llegando a constituir, en más ocasiones de las debidas, una presión sobre el Ministerio Fiscal, ejercitada no sólo por los propios imputados, sino incluso por las víctimas, que acuciadas generalmente por la necesidad, han apoyado la petición de archivo de las defensas quebrando así la indisponibilidad de la acción penal consagrada por la Ley y vinculante para los Fiscales. En la dirección de salvaguardar los fines del proceso penal, en aquellos supuestos seguidos por muerte o lesiones de uno o varios trabajadores en que el Juzgado de Instrucción no haya decidido de oficio abrir la pieza separada de responsabilidad civil (véase la Circular 1/2003, de la Fiscalía General del Estado), será oportuno instar su apertura (art. 764.1 LEcrim) respecto de los imputados en quienes concurren indicios racionales de criminalidad, cuando existan razones para pensar que hay peligro de infructuosidad, esto es, que durante la tramitación de la causa se producirán circunstancias que previsiblemente impedirán o dificultarán los posibles pronunciamientos civiles de la sentencia penal. Estas circunstancias podrán derivarse, por ejemplo, de carecer el imputado de seguro que cubra la actividad peligrosa, o bien de desarrollarse la actividad en régimen de economía

sumergida o clandestina, o cuando pueda acreditarse que el sujeto no cumple con sus obligaciones con la Seguridad Social o con la Hacienda Pública, entre otras. Al tratarse de garantizar o asegurar el pago de una indemnización de daños y perjuicios, puede ser operativa tanto la fianza como el embargo, en el supuesto en que el sujeto no haga efectiva aquella.

En este punto, cuando el hecho sometido al enjuiciamiento penal provenga de un accidente laboral en el sector de la construcción, en el que acontece con alguna frecuencia que las empresas constructoras se constituyen para un único proceso constructivo, cuando las mismas carezcan de seguro que garantice la actividad, deberá valorarse por los Sres. Fiscales la posibilidad de instar el embargo de alguno o algunos de los pisos pendientes de venta, o incluso de los créditos contra los compradores, como forma de garantizar el cabal cumplimiento de la resolución que en materia civil determine la sentencia definitiva del proceso y, por tanto, el resarcimiento de la víctima o los perjudicados. Por otra parte, dado que estamos en el ámbito del procedimiento abreviado, habrá de tenerse en cuenta que el art. 764.2 de la LECrim. prevé que el sujeto frente a quien se hubiere solicitado o acordado medidas cautelares patrimoniales pueda solicitar del Tribunal que acepte, en sustitución de las mismas, la prestación de caución suficiente para garantizar las responsabilidades que puedan establecerse en la sentencia. Esta remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la forma, permite que el aval sustitutivo de las medidas cautelares aludidas se preste «en dinero en efectivo, por aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate» (art. 529.3, párrafo segundo LEC).

### III.2.6. Control por los Fiscales de los Autos de archivo, sobreseimiento y declaración de falta de estos procedimientos

Un importante número de estos procedimientos se incoan como consecuencia de un parte médico de asistencia en el que se recogen determinadas lesiones sufridas por un trabajador en accidente laboral. Algunos de estos partes, pueden corresponderse con atestados de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin embargo otros constituyen la única vía de conocimiento por el Juzgado de Instrucción de estos hechos presuntamente constitutivos de infracción penal. Salvo que se trate de partes de lesiones leves, cuyo ingente número haría imposible una investigación por las Autoridades Laborales, en los demás casos de lesiones graves, es preciso tratar de comprobar que se han practicado cuantas diligencias se estimen necesarias para determinar la naturaleza de los hechos y la identidad de los presuntos responsables, interponiendo los correspondientes recursos de acuerdo con lo que dispone el art. 766 de la LECrim. cuando se considere infundado el archivo o el sobreseimiento del procedimiento e incorporando al escrito de recurso la petición de las diligencias complementarias que se valoren como necesarias para abordar una investigación judicial completa. Idéntica práctica es recomendable seguir en los habituales supuestos en que el auto declara los hechos como constitutivos de alguna de las faltas del art. 621 CP y se da un plazo de seis meses a la víctima o al perjudicado para presentar la correspondiente denuncia, sin haber practicado una mínima investigación sumarial.

Por otro lado, con carácter general, se considera que el juicio de faltas no es el adecuado para perseguir las infracciones derivadas de la siniestralidad laboral. Ahora bien, en aquellos supuestos en que se estime tras una sopesada reflexión que los resultados lesivos graves sólo pueden ser consecuencia de imprudencia leve y así se haya plasmado por el Juzgado mediante auto conforme a lo dispuesto en el art. 779.1.2ª de la LECrim., sería sumamente conveniente que en el trámite de «visto», o en escrito independiente, el Fiscal precisara la identidad de todos y cada uno de los imputados, de los responsables civiles directos (aseguradoras, generalmente) o subsidiarios que concurren, así como los testigos y peritos que en tal cualidad habrían de comparecer en el juicio oral, de modo que el Juzgado pueda citar de comparecencia al juicio oral a todos y cada uno de los sujetos mencionados, evitando así injustificadas suspensiones de juicios que, dada su complejidad, pueden y suelen producirse.

### III.3. La intervención del Ministerio Fiscal en la fase intermedia

La Circular 1/1989 FGE establecía el punto de arranque de la denominada fase intermedia en la resolución contenida en el art. 790.1 LECrim., hoy art. 780.1, en virtud de la cual el Juez de Instrucción acuerda dar traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y a las

acusaciones personadas para que soliciten la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. Por tanto, la fase intermedia en el Procedimiento Abreviado comprende, la práctica de diligencias complementarias (art. 780.2 LECrim.), solicitud de sobreseimiento (art. 782 LECrim.), escritos de acusación (art. 781 LECrim.), auto de apertura del juicio oral (art. 783 LECrim.), escrito de defensa y posible conformidad (art. 784 LECrim.), y finalmente la determinación del órgano de enjuiciamiento y el traslado de la causa al mismo (art. 784.5 LECrim.).

La importancia de la fase intermedia, que aparece un tanto oscura y difuminada entre la fase de instrucción y la de juicio oral, adquiere una indudable importancia en los procedimientos de siniestralidad laboral, donde tras una, habitualmente dilatada y en muchos casos, complicada y ardua instrucción, llega el momento de adoptar por parte de los Sres. Fiscales decisiones de significativa importancia para el futuro desarrollo del procedimiento, ya sea mediante la relevante petición de sobreseimiento (bien total o parcial, bien provisional o libre) o la más trascendente elaboración del escrito de acusación en el que habrá que determinar con claridad, en aras de la salvaguarda del principio acusatorio, los hechos objeto de acusación, los sujetos responsables, la calificación jurídica, la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las penas cuya imposición se solicita (de dificultad añadida por la habitual existencia de concursos), así como las peticiones que se realizan en el marco de la responsabilidad civil, dados los importantes perjuicios de toda índole que produce, en la mayor parte de los casos, un accidente laboral.

La experiencia de estos últimos años ha puesto de manifiesto cómo la fase de instrucción está dejando de ser el espacio procesal donde los procedimientos de siniestralidad laboral venían sufriendo endémicamente demoras injustificables, para ocupar su lugar la fase intermedia y aun la de juicio oral. La importante y decisiva actuación del Ministerio Fiscal en el impulso de los procedimientos durante la instrucción ha supuesto un incremento incesante, año tras año, de escritos de acusación que no se ha visto reflejado proporcionalmente en el número de sentencias dictadas por los órganos judiciales. Por ello, ese esfuerzo realizado en la fase de instrucción por los Sres. Fiscales debe tener su continuación en la fase intermedia, donde a partir del momento en que se presenta el escrito de acusación y hasta la celebración del juicio oral, el procedimiento parece alejarse un tanto de la capacidad de actuación y del control del Ministerio Fiscal. Ha de hacerse hincapié en la conveniencia de extremar el celo en la actuación dentro de la fase intermedia, evitando por una parte la petición de diligencias superfluas y, por otra, velando para que el procedimiento no sufra demoras injustificadas.

### III.3.1. El escrito de petición de sobreseimiento

El sobreseimiento ha venido siendo considerado tradicionalmente como aquella resolución judicial que, adoptando la forma de auto, produce como efecto principal, bien la terminación del proceso (sobreseimiento libre), bien la paralización del mismo por faltar los requisitos necesarios para proceder a la apertura del juicio oral. Esta resolución judicial puede derivar de una decisión adoptada espontáneamente por el órgano instructor, pero también a raíz de la petición de cualquiera de las partes intervinientes en el proceso. La cada vez más activa participación del Ministerio Fiscal en la investigación y tramitación de los procedimientos de siniestralidad laboral, supone que, en aras del principio de imparcialidad que rige su actuación, en aquellos casos en que de la instrucción del procedimiento se derive la inexistencia del ilícito penal (sobreseimiento libre), o bien la ausencia de datos fácticos que demuestren la perpetración del delito o la posibilidad de dirigir la acusación contra persona determinada (sobreseimiento provisional), se procederá a solicitar el sobreseimiento del procedimiento, evitando dilatar el mismo. Se trata, sin duda, de una actuación de casi semejante trascendencia a la del escrito de acusación, por los efectos que producirá en el caso de ser atendida por el órgano judicial, por lo que el escrito de sobreseimiento deberá de reunir unos mínimos contenidos a los que seguidamente se harán referencia.

La solicitud de sobreseimiento por parte del Ministerio Fiscal, en cualquiera de sus manifestaciones, que se formule en los procedimientos, ya sea como consecuencia del traslado del procedimiento por parte del Juzgado de Instrucción para informe -previo al auto del art. 779.1.4º LECrim-, bien por iniciativa de los Sres. Fiscales, bien una vez que se haya dado traslado de la causa, una vez dictado el auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado, procurará partir de un breve relato de hechos que entiendan han

quedado acreditados durante la instrucción de la causa, así como, en su caso, de los que consideren que no ha sido posible probar.

Asimismo, procurarán los Sres. Fiscales evitar remisiones genéricas al principio de intervención mínima (el cual, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, va dirigido al legislador, y sólo es orientativo para el órgano jurisdiccional), aludiendo de modo concreto a los requisitos del tipo que concurren y especialmente a los que no concurren, a partir de los hechos que se consideren acreditados. Ello supone que cuando se solicite un sobreseimiento parcial porque se entienda que para algunos de los imputados no procede la continuación del procedimiento, se deberá motivar suficientemente el sobreseimiento, en función de sus propias responsabilidades.

### III.3.2. Control del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado

El auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado contemplado en el art. 779.1.4º de la LECrim. se encuadra dentro de la fase de instrucción a la que pone fin. En palabras de la STS 94/2010, de 10 de febrero (FJ 2º), una de las funciones primordiales de la fase de instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso, la cual se llevará a cabo mediante la previa imputación judicial, que permitirá al imputado participar activamente en la fase de instrucción, lo que, a su vez, le permitirá tener conocimiento puntual y preciso sobre aquellos hechos que son objeto de investigación. Cuando el órgano instructor dicta el auto a que se refiere el art. 779.1.4º de la LECrim., realiza una doble valoración sobre el material recopilado durante la instrucción; por una parte, entiende que la fase instructora se encuentra agotada al haberse practicado todas las diligencias necesarias, y por otra, que procede la apertura de la fase intermedia. Por ello, el legislador detalla el contenido que debe incluir el denominado, en la práctica forense como, «auto de procedimiento abreviado»; esto es, la determinación de los hechos punibles y la determinación de la persona o personas a las que se imputan.

Ya la Circular 1/2003 FGE llamaba la atención a los Sres. Fiscales sobre la importancia del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, que bajo ningún concepto puede ser considerado como un auto de mero trámite, exigiendo por lo tanto una especial vigilancia por parte del Ministerio Público cuando se le notifique el mismo. Este auto, como recordaba la citada Circular, vincula a las partes a la hora de formular sus escritos de acusación respecto de las personas a las que el Juez imputa en el mismo, no pudiendo dirigirse la acusación contra personas distintas de las expresamente mencionadas en él. En términos similares se pronuncia la STS nº 179/2007, de 7 de marzo, que afirma que el auto de transformación vincula en cuanto a los hechos imputados y en cuanto las personas responsables, pero no en cuanto las calificaciones jurídicas que efectúe el juez, ya que no tiene naturaleza acusatoria.

La especial y cuidadosa vigilancia que por parte del Ministerio Fiscal se ha de ejercer respecto del contenido del citado auto del art. 779.1.4º LECrim, cobra una particular importancia en los procedimientos de siniestralidad laboral, en los que es habitual que el número de posibles sujetos responsables de los delitos se incremente de forma notoria. Ello obliga a los Sres. Fiscales a ejercer un cuidadoso control sobre el contenido del mismo, fundamentalmente verificando si hay una mínima referencia a los hechos, aunque sea por remisión y, lo que resulta más relevante, si todas las personas que han de resultar acusadas vienen identificadas en el auto en su condición de inculpados. Dicho control exigirá, por tanto, que se interpongan los oportunos recursos cuando no se incluyan todos los hechos y, sobre todo, cuando no se mencione a todos los imputados, ya que el trámite de diligencias complementarias -art. 780.2 LECrim- no es el cauce apropiado (como señalaba la Circular 1/2003) para extender la acusación a personas distintas de las reseñadas en el auto de traslado para calificación. Ello no obsta a que la ampliación de las imputaciones pueda y, aun, deba realizarse con carácter general durante la fase de instrucción del procedimiento, mediante las oportunas solicitudes que los Sres. Fiscales -que deben realizar un seguimiento directo del procedimiento- formulen al Juez instructor.

Respecto de la necesidad de que en el auto vengán designados nominalmente la totalidad de los responsables civiles directos y subsidiarios, sean o no imputados, si bien parece plausible

que el auto los refiera, no resulta imprescindible (STS 121/2011, de 3 de marzo, y, entre otros autos, el de la AP Vizcaya, sec. 1ª, 03/02/2006). Será en el auto de apertura del juicio oral en el que necesariamente deberá designarse a los responsables civiles.

### III.3.3. El escrito de acusación

La Circular 1/1989 FGE indicaba que el escrito de acusación adoptará la forma del de calificación, conteniendo todas las conclusiones a que se refiere el art. 650 de la LECrim. Se establecía en la misma que los escritos de acusación se encabezarán con la petición de apertura de juicio oral y la determinación del órgano competente para celebrarlo, así como la identificación de la persona o personas contra quien se dirige la acusación. En el caso de procedimientos de siniestralidad laboral en los que durante la fase de instrucción, y dependiendo de la complejidad del mismo, hubiera varios imputados, no será inusual que los Sres. Fiscales, una vez dictado el auto de transformación de diligencias previas en procedimiento abreviado, y al proceder a evacuar el trámite a que alude el art. 780.1 de la LECrim., tras el análisis del material recogido durante la instrucción proceda a formular escrito de acusación contra determinados imputados, entendiendo que procede solicitar el sobreseimiento respecto de los otros. En tal caso, se deberá identificar también en el encabezamiento del escrito de acusación la persona o personas respecto de la cual se solicita el sobreseimiento, sin perjuicio de que posteriormente en «otrosí» se justifiquen los motivos en que se fundamenta.

La elaboración del escrito de calificación en el supuesto de procedimientos de siniestralidad laboral requiere, dada la peculiaridad de los mismos, que por los Sres. Fiscales se tengan en cuenta una serie de directrices que faciliten la labor de aquel Fiscal que acuda a la celebración del juicio oral, todo ello sin perjuicio de lo establecido en la Circular 1/89.

La importancia del escrito de acusación deriva del hecho de que es el elemento fundamental a través del cual se procede a la delimitación del objeto del proceso, todo aquello que no conste en el mismo no podrá ser objeto de debate en el juicio oral, y por tanto, no será susceptible de sustentar una acusación, sin olvidar que el contenido del escrito de acusación constituye una garantía para el acusado, ya que mediante la lectura del mismo tiene cabal conocimiento de cuál es la acusación que contra él se dirige.

Para un mejor análisis partiremos de la siguiente estructura:

#### III.3.3.1. Redacción de los hechos

Es indispensable que la redacción del escrito de calificación, incluya un detallado relato del hecho, en el que se especifiquen todas las situaciones o circunstancias que impliquen infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, que han tenido influencia en el grave riesgo creado y, en su caso, en el resultado lesivo sufrido por los trabajadores o que permitan fundamentar la conducta de dejación, por parte de los responsables, de sus obligaciones en relación a la seguridad de los trabajadores. Por tanto, habrá de individualizarse con la mayor precisión posible, el cargo, funciones y obligaciones que tengan atribuidas en materia de seguridad y salud laboral y que constituyen la base de la acusación, sin que pueda realizarse una genérica imputación a todos ellos, ni tampoco una mera enumeración indiscriminada de los que resulten acusados.

En los casos en que, conforme a lo expuesto supra, se aprecie la existencia de un concurso ideal entre el delito de riesgo de los arts. 316 ó 317 CP y el de resultado lesivo producido, se deberá mencionar nominalmente en la conclusión primera del escrito de acusación, si es posible, los trabajadores que, estando expuestos al riesgo, no han sufrido resultado lesivo alguno, y cuando la designación de éstos no puedan realizarse de forma nominal, por no constar los datos en el procedimiento, deberá en todo caso hacerse constar expresamente, aunque sea de forma genérica, que otros trabajadores estuvieron expuestos al mismo riesgo a los efectos de poder fundamentar la aplicación del concurso ideal de delitos.

Insistiendo en el delito de resultado lesivo, dada la existencia en muchos casos, de importantes lesiones con las secuelas que frecuentemente conllevan y la responsabilidad civil que de ellos derivan, se recuerda la necesidad de mencionar en el relato de hechos a las compañías aseguradoras y, si es posible, el número de póliza y la limitación cuantitativa de la misma.

Especial importancia tiene la descripción de las secuelas en el relato de hechos, lo que cobra una especial trascendencia desde el momento en que las mismas puedan suponer la aplicación de uno u otro tipo de lesiones tipificadas en el art. 152 CP, con la diferente penalidad que se deriva de los mismos.

En aquellos casos en que, como consecuencia de las secuelas padecidas por los trabajadores, éstas les impidan continuar con el desarrollo de su actividad laboral habitual, o bien de cualquier otra actividad, se tendrá en cuenta la existencia en el procedimiento de las resoluciones administrativas en las que se declara a los trabajadores en situación de incapacidad. El art. 137 de la LGSS establece el concepto de qué debe entenderse por incapacidad permanente, describiendo como situaciones encuadrables en la misma la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, la incapacidad permanente total para la profesión habitual, la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y la gran invalidez. Por ello, se considera conveniente que la posible incapacidad -ya sea total o parcial- que para el ejercicio de su profesión o de cualquier otra profesión haya sufrido el trabajador como consecuencia de las lesiones padecidas, tenga reflejo en el relato fáctico de la calificación debido a los efectos que tendrán posteriormente en las cantidades solicitadas en concepto de responsabilidad civil, a lo que se hará referencia más adelante en el apartado a ésta dedicado, y, en su caso, en la tipificación de las lesiones.

### III.3.3.2. *Calificación jurídica*

El art. 650 de la LECrim., al enumerar las conclusiones que debe contener el escrito de calificación, se refiere en el ordinal segundo a la «calificación legal de los mismos hechos, determinando el delito que constituyen». Ello supone que al gravitar las conductas relativas a la siniestralidad laboral (dejamos al margen por su escasa aplicación el art. 350 CP) en los arts. 316, 317 y 318 CP respecto del delito de riesgo, y en los arts. 142, 152 y 621 CP para los de resultado lesivo en que se concreten las conductas de riesgo, éstos serían los preceptos a que se harían mención al calificar jurídicamente los hechos. Sin embargo, como quiera que en el caso del delito de riesgo, sea doloso o imprudente, nos encontramos ante una norma penal en blanco, para la correcta configuración del tipo delictivo, sería aconsejable que dichos preceptos del Código Penal fueran relacionados en esta conclusión segunda con la normativa que en materia de prevención de riesgos laborales resulte infringida, que normalmente estará reflejada en el Acta o informe de la Inspección de Trabajo, referencia normativa que también deberá reflejarse en los casos en que, por aplicación del concurso de normas, el delito de riesgo queda consumido por el delito imprudente de resultado lesivo.

### III.3.3.3. *La calificación provisional en supuestos de concursos de normas entre delitos de riesgo y delitos de resultado lesivo*

Ya se ha hecho amplia referencia a la problemática concursal entre el delito de riesgo del art. 316 CP y las infracciones de resultado lesivo (arts. 142, 152 y 621 CP), por lo que este apartado debe limitarse a señalar la importancia de reflejar con la mayor precisión en la conclusión segunda del escrito de acusación, la configuración formal del tipo de concurso que se aprecie, que será determinante de la solicitud de la pena que se formule en la conclusión quinta. Y es que no se puede olvidar que, de ordinario, en la mayor parte de los accidentes laborales con resultado lesivo que dan lugar a formular escrito de acusación, subyace la infracción de determinados preceptos de la normativa preventivo-laboral que, por su propia entidad y trascendencia, ya habrán implicado un riesgo grave para la vida o salud del trabajador o trabajadores afectados, fallecidos o lesionados, e incluso de otros que, expuestos a ese mismo riesgo, tuvieron la fortuna de resultar ilesos, por lo que la apreciación de uno u otro tipo de concurso será la hipótesis habitual de trabajo cuando se formule escrito de acusación por resultados lesivos derivados de un accidente laboral .

Por todo ello, los supuestos concursales entre el delito de riesgo y los de resultado lesivo que deben quedar reflejados en la conclusión segunda del escrito de acusación, son los siguientes:

A) Que la situación de peligro se haya producido exclusivamente respecto de aquel o aquellos trabajadores que resultaron afectados por el resultado lesivo en que se ha plasmado el riesgo. En este caso, será de aplicación el concurso de normas, resolviéndose, con carácter general, conforme al art. 8.3ª CP, por el principio de absorción o consunción, siendo el delito de

resultado lesivo el que normalmente absorberá o consumirá al de peligro, como una manifestación lógica de la progresión delictiva. Ahora bien, en estos casos y desde una óptica estrictamente formal, deberá reflejarse -para cumplimentar con todo rigor el principio acusatorio- en la conclusión segunda de la calificación provisional las dos infracciones en concurso, aunque sólo una de ellas resulte definitivamente de aplicación en virtud de la norma concursal que corresponda, que también deberá citarse expresamente. Adicionalmente, de esta forma se evitaría la eventual sentencia absolutoria por falta de acusación en caso de que el órgano de enjuiciamiento considere no probado el delito de resultado lesivo y sí el delito de riesgo, como ya se ha hecho en alguna sentencia.

La fórmula a utilizar podría ser, a título de ejemplo, «los hechos son constitutivos de un delito contra la vida y salud de los trabajadores del art. 316 CP y de un delito de homicidio imprudente del art. 142, a penar sólo el último de los citados, en aplicación de lo dispuesto en el art. 8.3 del CP».

Sin embargo, si el delito de resultado es más leve que el delito de peligro, en función de la pena, se aplicará la correspondiente a este último, conforme a lo expuesto supra en las cuestiones sustantivas, debiendo procurar en cualquier caso que quede claramente explícita la solución aplicada en la conclusión segunda con fórmula semejante a la anteriormente expuesta.

B) Que la concreta situación de peligro haya alcanzado a otros trabajadores que, no obstante, resultaron ilesos o con lesiones atípicas penalmente, esto es, cuando el resultado que acaece (la muerte o lesión grave de uno o varios trabajadores) es tan sólo uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad. Estos casos, conforme a la doctrina sentada por la reiterada STS 1188/99 de 14 de julio y en la Instrucción 1/2001 FGE, se resolverán como concurso ideal, cuidando de precisarlo así en la conclusión segunda de la calificación provisional, en la que también conviene precisar la regla de punición (art. 77.2 o art. 77.3 CP) que sustentará la pena o penas concretas que se solicitarán en la conclusión quinta.

C) Que la situación que se presente sea aquella en la que hayan resultado afectados (fallecidos o lesionados) todos los trabajadores -más de uno- que han estado expuestos a la situación de riesgo, con lo cual, junto al delito de riesgo de los arts. 316 ó 317 CP concurrirá más de un delito de resultado lesivo. En este caso, los delitos de resultado se encontrarán entre ellos en régimen de concurso ideal (art. 77 CP) y éstos en relación de concurso de normas con el delito de peligro del art. 316 ó 317 CP. Esta aplicación normativa igualmente debe quedar explícita en la conclusión segunda del escrito de acusación.

#### III.3.3.4. *Homogeneidad o heterogeneidad de los arts. 316 y 317 del Código Penal*

En la necesaria individualización del caso concreto, los hechos del escrito de acusación deberán contener los datos y elementos precisos de los que pueda inferirse si el delito de riesgo se ha producido por dolo o por imprudencia.

Como quiera que esta cuestión se ha tratado con mayor extensión entre las cuestiones sustantivas conviene precisar ahora como aspectos esencialmente formales o procesales que, con carácter general, salvo supuestos incompatibles, los tipos de los arts. 316 y 317 del CP son homogéneos, por lo que, formulada acusación por el delito del art. 316 CP, es posible una eventual condena por el delito del art. 317 CP. Por este motivo no se considera precisa la formulación de conclusiones alternativas. Sin embargo, en aquellos supuestos en que, tras la celebración de la prueba en el Juicio Oral, se pudiera concluir que nos encontramos en un supuesto dudoso, a caballo entre el dolo eventual y la culpa consciente, al elevar las conclusiones a definitivas se buscará una fórmula que refleje suficientemente esta dificultad, en la forma en que se dijo en el apartado II.2 de la parte sustantiva.

#### III.3.3.5. *Determinación de las penas*

En esta materia resulta conveniente hacer dos precisiones dentro de estas cuestiones procesales, cuales son las relativas a la fijación de la petición de la pena de multa y a la petición como pena accesoria de la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio.

a) Fijación de la petición de la pena de multa.

En la individualización de la pena de multa deberá tenerse en cuenta la disponibilidad económica de cada uno de los acusados, como señala el art. 50.5 CP. Cuando no se hayan practicado durante la instrucción del procedimiento las necesarias diligencias para averiguar la capacidad económica de los sujetos, pero ésta pueda deducirse del cargo que cada uno de ellos ocupa en la empresa, se atenderá entre otros, a este dato. En cualquier caso, cuando se entienda que la inexistencia de elementos de juicio sobre la disponibilidad económica impide una individualización al alza de la pena de multa, se evitará vaciar de contenido penal la misma solicitando penas mínimas que sólo serían aplicables en supuestos de indigencia o miseria (Auto del Tribunal Supremo nº 677/2008, de 10 de julio).

b) La petición como accesoria de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del cargo, profesión u oficio.

El art. 56.1.3º CP, al regular entre otras penas privativas de derechos, la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión u oficio, la condiciona, como no puede ser de otra forma, a la relación directa entre el ejercicio de la profesión u oficio de que se trate y el delito cometido. A partir de esta exigencia legal, es preciso reconocer que los delitos de peligro de los arts. 316 y 317 CP -castigados ambos con pena privativa de libertad- están vinculados, incluso podríamos decir que hasta por imperativo legal, a una determinada profesión u oficio, ya que, en efecto, el «legalmente obligado» lo es siempre en su condición de profesional o practicante de un oficio del que deriva cabalmente esa obligación legal de facilitar los medios necesarios para un trabajo seguro. Así ocurre con el «legalmente obligado» por antonomasia que es el empresario, esto es, de profesión empresario, pero también con los otros posibles sujetos activos del delito -a los que nos hemos referido en otro apartado- que lo son precisamente en función de su profesión -arquitectos, ingenieros, y otros técnicos de distinta titulación-, o de su oficio -jefe de obras, encargados ...-, condición profesional o de oficio, de las que, en rigor, deriva lo que alguna sentencia denomina «posición semejante a la de garantía», en la medida en que ostentan capacidad de decisión sobre los medios y medidas que afectan directamente a la seguridad de los trabajadores.

Es por ello que la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio resulta particularmente indicada -casi sugerida por el propio precepto, podíamos añadir- para estos delitos de peligro que atentan contra la vida y salud de los trabajadores. Por lo que, en principio y como regla general, resultará procedente su solicitud como pena accesoria en los escritos de acusación que se formulen por los delitos de peligro de los arts. 316 y 317 CP, y sin perjuicio de la valoración de las circunstancias o motivos de diferente índole del caso concreto que, desaconsejen su petición.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de las mismas penas de inhabilitación para profesión, oficio o cargo que en los respectivos apartados 3º de los arts. 142 y 152 C.P. se prevén como pena principal para los subtipos agravados de imprudencia profesional, que tienen su marco penal exactamente determinado en la ley (tres a seis años para el homicidio imprudente y uno a cuatro años para las lesiones imprudentes), la duración de esta misma pena como accesoria, por imperativo del art. 33.6 CP, será la misma que la de la pena principal.

Consecuencia lógica de la aplicación de este criterio punitivo, es que en aquellos casos de concurso de normas en los que por aplicación del principio de absorción del art. 8.3 CP, el delito de riesgo queda consumido por el de resultado lesivo, homicidio o lesiones imprudentes (art. 142.1 y 152.1 CP), procederá asimismo solicitar la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio como accesoria de la pena privativa de libertad que como principal se interesa.

En cualquier caso, deberán de especificarse el alcance individual que deba tener la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio, sin que puedan formularse peticiones genéricas de inhabilitación especial para todos los acusados. En este sentido es preciso tener en cuenta lo resuelto en la conclusión segunda de la Consulta 2/2000 FGE que concluía «Habrà de solicitarse la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, especificando concretamente cuál o cuales son los derechos a que alcanza la inhabilitación, únicamente cuando éstos hayan tenido

relación directa con el delito y el penado se haya aprovechado de ellos para cometerlos», que será, por tanto, de plena aplicación en estos casos.

### III.3.3.6. *La responsabilidad civil*

La petición de responsabilidad civil en el escrito de acusación dimanante de un procedimiento de siniestralidad laboral es de máxima importancia, tanto para las víctimas como para los perjudicados, dada las importantes secuelas que pueden causar las lesiones en los trabajadores, así como los perjuicios que sufren los afectados por el fallecimiento del trabajador. Su concreción debe ajustarse a la doctrina que emana tanto del Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales. En torno a la responsabilidad civil se hacen las siguientes observaciones sobre las cuestiones de mayor relevancia que han de ser valoradas en el momento de redactar las conclusiones provisionales y definitivas en los procedimientos de siniestralidad laboral.

El delito de riesgo contemplado en los arts. 316 y 317 CP, por su propia naturaleza, en principio, no produce daño o lesión alguna en los trabajadores, por lo que con carácter general no cabrá apreciar la existencia de responsabilidad civil derivada de los mismos. Excepcionalmente, los resultados dañosos o lesivos atípicos (concretamente, la lesión leve de un trabajador expuesto al riesgo penalmente relevante) podrían constituir perjuicio derivado del hecho punible y, conforme al art. 116.1 CP, motivar la correspondiente indemnización civil. Por su parte las infracciones de resultado lesivo -ya sean lesiones o fallecimientos- es evidente que generan responsabilidad civil, que será exigible a los sujetos activos de forma directa y solidaria cualquiera que sea su condición, incluidos los simples empleados o trabajadores si resultaren responsables de las mismas, aunque éstos, como se ha dicho, no puedan ser autores del delito de riesgo.

En el caso de los empresarios sociales, y en los supuestos en que los delitos se hayan cometido, bien en sus locales o empresas, bien por sus representantes o dependientes, la responsabilidad civil, por aplicación de lo establecido en los arts. 120.3 y 120.4 CP, será subsidiaria.

Cada día es más frecuente, a diferencia de lo que sucedía en tiempo pasados no muy lejanos, que la mayor parte de los agentes que intervienen en el sistema productivo (empresarios sociales, empresarios individuales o profesionales liberales) tengan asegurados los riesgos derivados de cualquier accidente laboral, lo que supone la entrada de las compañías aseguradoras dentro del círculo de los responsables civiles. Por ello, respecto de las aseguradoras, que garanticen la cobertura de los riesgos por la actividad en la que se ha producido el daño o lesión, su responsabilidad será directa, a tenor de lo dispuesto en el art. 117 CP, y alcanzará hasta el límite de la cobertura que se establezca en la póliza.

No se debe olvidar que en el ámbito de las relaciones laborales es habitual que en los convenios colectivos de empresa se acuerde un seguro para los trabajadores que nada tiene que ver con las Mutuas de Accidentes de Trabajo ni con la prevención de riesgos laborales. Son los denominados «Seguros de Convenio». Por ello, cuando durante la instrucción de un procedimiento se haya comprobado la existencia de uno de estos denominados «Seguros de Convenio», entendidos como aquellos seguros colectivos que fijan con carácter objetivo indemnizaciones por muerte o lesiones de los trabajadores en accidente laboral, independientemente de la existencia o no de culpa, dado su carácter de mejora laboral, las cantidades recibidas por las víctimas o perjudicados en consideración al mismo, no podrán deducirse de las cantidades que correspondan para resarcir los daños y perjuicios producidos como consecuencia del evento dañoso sean o no constitutivos de infracción penal (SAP La Coruña, sec. 2ª, 163/2008, de 24 de abril; SAP Alicante, sec. 3ª 212/2008, de 9 de abril), y en ningún caso estas aseguradoras serán consideradas como responsables civiles directos en virtud del referido seguro de convenio (SAP Baleares, sec. 1ª, 246/2000, de 1 de diciembre).

Las cantidades percibidas por el trabajador como prestaciones de la Seguridad Social, incluido el recargo de prestaciones, son compatibles con la indemnización recibida por las lesiones sufridas como se desprende de las sentencias dictadas al respecto por gran número de Audiencias (SAP de Valladolid, sec. 4ª, nº 344/2010 de 6 de septiembre, SAP Granada, sec. 1ª, 2/2009, de 16 de enero, SAP Huesca, sec. 1ª, nº 213/2008, de 22 de diciembre, entre otras).

En consecuencia, no se deducirán para el cálculo de la indemnización las cantidades que el lesionado o perjudicado reciba como prestación de la Seguridad Social.

La siguiente cuestión que ha de abordarse es la relativa a la aplicación o no del conocido como Baremo de Tráfico (RD Legislativo 8/2004). Es conocida la pacífica praxis judicial que defiende que el mismo es aplicable únicamente a los accidentes de tráfico, no siendo por tanto de aplicación obligatoria a los accidentes laborales; sin embargo, en aras de la seguridad jurídica, tanto la Fiscalía General de Estado en la Instrucción 7/1991, como el Tribunal Supremo (STS 2445/01, 22 de diciembre), han considerado que el Juez podrá aplicar el Baremo de Tráfico con carácter orientativo y en tal sentido se manifiestan las distintas Audiencias Provinciales (SAP de Jaén nº 112/2010 de 10 de mayo, SAP de Ciudad Real, sec. 1ª, nº 103/2009, de 30 de septiembre, SAP de Zaragoza, sec. 3ª, nº 461/2008, de 21 de julio). No obstante, teniendo en cuenta las especiales circunstancias de los accidentes de trabajo, a diferencia de los accidentes de tráfico, que normalmente se producen en una actividad voluntaria por parte de quienes los sufren, la Red de Especialistas consideró razonable en las Jornadas de León de 2007, que las cantidades fijadas en el Baremo de Tráfico se incrementen orientativamente entre el 20% y el 50%.

A la hora de aplicar el Baremo de Tráfico al que se viene haciendo referencia, la mayor parte de las Audiencias Provinciales se inclinan por considerar que estamos ante una deuda de valor (por todas, SAP de Madrid, sec. 2ª nº 279/2006) y han aplicado, en consecuencia, el baremo vigente en el momento de dictar sentencia. En consonancia con ello, se aplicará el baremo vigente en el momento de la calificación y no en el momento del hecho. Últimamente hay Audiencias Provinciales que tienen en cuenta el criterio sentado en las SSTs (Sala 1ª) 429 y 430, de 10 de abril de 2007, que se pronuncian por un sistema mixto, exigiendo la aplicación del baremo vigente en el momento del hecho en cuanto a la determinación de las circunstancias concurrentes en la víctima (edad, trabajo, beneficiarios, etc.), mientras que el valor del punto y las concretas cantidades aplicable por día de sanidad serían las que contemple el baremo vigente en el momento de emisión del parte de sanidad médico forense de las lesiones, por lo que resulta aconsejable que si los órganos jurisdiccionales del respectivo territorio, esencialmente la Audiencia Provincial, han adoptado este sistema de determinación de la indemnización, los Sres. Fiscales ajusten a él sus peticiones indemnizatorias.

En la producción del resultado lesivo derivado de un accidente laboral, los Sres. Fiscales pueden encontrarse con situaciones en las que la conducta de la víctima haya concurrido a la producción del resultado. En tales casos, esta contribución causal, tal y como ha venido afirmando el Tribunal Supremo, deberá tenerse en cuenta para moderar el quantum indemnizatorio equitativamente. Sin embargo, ha de valorarse que no se considera contribución causal al resultado la falta de petición del trabajador en orden a que se adoptara la medida de seguridad omitida, o que el trabajador debiera haberse negado a trabajar en tales condiciones (STS nº 1853/2001, de 17 de octubre).

En cuanto a la aplicación del interés moratorio a los condenados y responsables civiles directos o subsidiarios, salvo las aseguradoras, será el legal tal y como se recoge en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cuestión diferente es la del interés aplicable a las Compañías Aseguradoras, respecto a las cuales ha de tenerse en cuenta el art. 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. En supuestos de mora, por no haberse hecho efectivo el pago de la responsabilidad por el asegurador en el plazo superior a los dos años, se discutía si el 20% en que debe incrementarse la cantidad resultante se ha de aplicar desde la fecha del accidente o desde que transcurren los dos años. La sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 251/2007, de 1 de marzo -seguida posteriormente por otras de la misma Sala (por todas, STS nº 336/2011, de 19 de mayo)- zanja la polémica existente, estableciendo el criterio de que «durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento», criterio éste seguido por diversas sentencias de Audiencias Provinciales (SAP Murcia (3ª), nº 318/2010, de 17 de diciembre, SAP Toledo (2ª), nº 66/2010, de 14 de julio, entre otras). Esta posición es igualmente mantenida por la Sala IV del Tribunal

Supremo en su sentencia de 16 de mayo de 2007 -dictada en Sala General-que se decanta por la tesis de la existencia de «tramos y tipos diferenciados», siguiendo, por tanto, la interpretación sentada por la Sala I del Tribunal Supremo. Por ello se estima que esta es la interpretación que debe seguirse en los casos en que proceda la imposición del interés moratorio a las compañías de seguros.

Finalmente, dentro de los sujetos civilmente responsables, la responsabilidad civil del promotor (persona física o jurídica) plantea ciertas peculiaridades que se traducen en diversas posibilidades.

En los supuestos de promotor contratista (lo será siempre que contrate directamente trabajadores autónomos para la realización de la obra o determinados trabajos de la misma), la regla general será la de considerar al mismo responsable civil subsidiario conforme a lo que establece el art. 120.4 CP, tanto en aquellos supuestos en que hayan resultado condenados empleados, dependientes o profesionales designados por el promotor, como en el supuesto en que, absueltos éstos, resulten condenados empleados o dependientes de subcontratistas contratados por él, en este caso con fundamento en la labor de vigilancia sobre la ejecución del plan de seguridad por él redactado y que le incumbe como empresario principal.

En los casos del simple promotor dedicado a promocionar la construcción de viviendas, será responsable civil subsidiario (art. 120.4 CP) en aquellos supuestos en que resulten condenados los técnicos de la dirección facultativa por él designados. Cuando éstos resulten absueltos, sólo cabe su condena como responsable civil subsidiario (art. 120.4 CP) cuando se haya reservado facultades de control o las tenga realmente por intervenir en la organización o dirección del trabajo.

Por último, en el supuesto de que sea el particular (padre de familia) quien contrata la construcción o reparación de su vivienda con un contratista, por regla general no será responsable civil directo ni subsidiario, por los resultados lesivos que se produzcan como consecuencia de la omisión de las normas sobre prevención de riesgos laborales por el contratista.

### III.3.3.7. *Intervención en el juicio oral de los Inspectores del Trabajo y los Técnicos de los organismos autónomos*

Para la elaboración de sus respectivos informes, tanto los Inspectores de Trabajo, como los Técnicos de los diversos órganos dependientes de las Comunidades Autónomas, acuden al lugar del suceso, y realizan minuciosas inspecciones oculares, entrevistan a responsables de las empresas, a compañeros del trabajador o trabajadores involucrados en el accidente, e incluso a los propios afectados cuando es posible, lo que implica que además de los conocimientos científicos que poseen por su cualificación técnica, y de los que se van a servir para elaborar su dictamen pericial, que deberá quedar incorporado al procedimiento, han adquirido conocimiento de hechos percibidos por ellos directamente, que les confieren la cualidad de testigos. Ello supone que durante la celebración del juicio oral resulte de interés interrogarles sobre dichos datos percibidos por ellos de forma directa y que, en rigor, escapan a su condición de peritos. Para evitar la posible denegación por parte del órgano enjuiciador de dicha posibilidad, se considera que el cauce adecuado será el de acudir a la novedosa figura que se regula en el art. 370.4 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, esto es, el testigo-perito.

En las calificaciones y escritos de acusación, resultará por regla general necesario proponer la citación al juicio oral de los Inspectores de Trabajo y los Técnicos de los correspondientes Organismos Autónomos en su doble condición de testigos y peritos, concretando esta condición, el objeto de la pericia. Es asimismo sumamente conveniente, al proponer la citación de los Inspectores de Trabajo, que se identifique el acta de infracción de la que deriva su actuación, lo cual facilitará la labor de los mismos en el acto del juicio oral, al tener cabal conocimiento del concreto hecho que requiere su declaración y/o pericia.

## III.4. **La intervención del Ministerio Fiscal en el Juicio Oral.**

La exasperante lentitud en la tramitación de los procesos de siniestralidad laboral a que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior se mantiene a la hora de proceder a la celebración del

juicio oral. Tanto la determinación de la fecha de señalamiento, una vez que el mismo es remitido por el Juzgado de Instrucción al órgano de enjuiciamiento, como las habituales y reiteradas suspensiones de las vistas suponen que los plazos para la obtención de la sentencia se demoren excesivamente en el tiempo. Por ello, se deben evitar suspensiones innecesarias de las vistas, resultando adecuado oponerse a aquellas que no estén justificadas por los motivos estrictos que se recogen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como en la interpretación que de las mismas haga el Tribunal Supremo.

La celebración del juicio oral en el caso de procedimientos de siniestralidad laboral, puede suponer en determinados casos un plus de dificultad dada la especialidad que la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales supone, así como las especiales obligaciones y responsabilidades que los diferentes sujetos intervinientes tienen en el proceso productivo, en gran parte, derivado del reenvío normativo que una y otras normalmente exigen. Por ello, la Instrucción 5/2007 FGE estableció que la Sección de Siniestralidad Laboral «intervendrá ante los órganos jurisdiccionales penales en la fase de enjuiciamiento de los procesos sobre delitos o faltas relativos a siniestralidad laboral», regla ciertamente de difícil aplicación práctica en no pocas Fiscalías, pero que aconseja, al menos, la intervención de los Fiscales Especialistas en los juicios de mayor trascendencia y complejidad.

Especial cuidado y vigilancia merece el tratamiento práctico de las conformidades en esta fase de juicio oral. A tales efectos, debe ser guía fundamental de la actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la siniestralidad laboral, frente a la tendencia a la privatización de estas infracciones penales, siempre latente y que puede llevar a que la persecución penal quede subordinada a no haberse alcanzado un pacto indemnizatorio entre acusados y perjudicados, que el Fiscal debe ejercitar la acción penal superando la posición de inferioridad estructural en la que por la propia naturaleza de la relación laboral se sitúa el trabajador, por lo que los pactos transaccionales no pueden llevar a degradaciones a falta ni a retiradas de acusación. Únicamente tras celebrar el juicio oral y en supuestos excepcionales, valorando el resultado de las pruebas practicadas en dicho acto y ponderando los intereses en presencia, especialmente los que impliquen la absoluta desprotección civil del perjudicado o perjudicados, podrá plantearse la degradación de la infracción imprudente a falta, siendo conveniente, en estos casos, la dación de cuenta de la modificación y su motivación al Fiscal Jefe y al Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral, al remitirle la oportuna copia de las sentencias recaídas.

### **III.5. La intervención del Fiscal en la ejecución de las sentencias.**

La eficacia del derecho penal exige que las conductas criminales sean descubiertas y sancionadas por los Tribunales, pero también, y muy primordialmente, que las penas que son impuestas en sentencia firme se cumplan, favoreciendo así la ejecución de los fines de la prevención general y especial.

De entre todas las cuestiones a las que tienen que atender los Sres. Fiscales durante la ejecución de las sentencias penales en el ámbito de la siniestralidad laboral, dos son las que precisan de tratamiento específico con el fin de unificar criterios que faciliten la intervención del Ministerio Fiscal. En primer lugar, los substitutivos penales, pues tanto por la gravedad de las penas que recaen en estos procedimientos, como por los sujetos a quienes afectan, es habitual que se suspendan o sustituyan las penas impuestas, y, en segundo lugar, la posible imposición de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio, sea como pena principal, sea como pena accesoria, hace preciso que se aborde la ejecución y el control de su cumplimiento.

#### **III.5.1. La aplicación de los substitutivos penales de las penas cortas de prisión**

La referencia a los substitutivos penales se limita a las dos posibilidades más comunes en este tipo de procedimiento, la suspensión de condena y la sustitución de las penas privativas de libertad.

##### **III.5.1.1. La suspensión de la pena de prisión**

Puede decirse que la regla general en estos procedimientos es que la pena privativa de libertad que se imponga, por su cuantía, no supere los dos años de prisión, sea en una pena única, o

sea como consecuencia de la aplicación de dos penas por separado, cuando se haya apreciado el concurso ideal de delitos. Si a ello unimos que es excepcional que los penados por estos delitos hayan sido previamente condenados en cualquier tipo de proceso, podemos concluir que, tras la firmeza de la sentencia, la primera cuestión que se suscita es la concesión a los penados de los beneficios de la suspensión de condena.

Tienen plena validez y vigencia cuantas cuestiones son tratadas tanto en la Consulta 4/1999, como en la Circular 1/2005, ambas de la Fiscalía General del Estado, por lo que no se aludirá a cuestiones resueltas en éstas, como son el concepto de delincuente primario, la posibilidad de aplicar la suspensión en los supuestos de concurso de delitos, o el hecho de que no habrá de computarse la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa para valorar la concurrencia del requisito de los dos años de privación de libertad que establece el art. 81.2ª CP. Únicamente se hará referencia a las especificidades que plantean los procedimientos de siniestralidad laboral. A ellas nos referimos a continuación.

Para cumplimentar los informes sobre suspensión de condena, habrá que atender, como en cualquier otro proceso, a la verificación de las condiciones que establecen los arts. 80 y 81 CP, y específicamente, a la comprobación de si existe en trámite algún otro procedimiento contra el mismo sujeto por hechos relacionados con la siniestralidad laboral, teniendo en cuenta en este supuesto los datos de que puedan disponer los propios Fiscales de Siniestralidad Laboral y valorando los elementos que concurren, fundamentalmente si se deduce de los procedimientos en trámite la desidia y el desinterés del sujeto por el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, como indicio de la peligrosidad del penado en esta materia; asimismo será oportuno comprobar, con estricto rigor, que se han satisfecho las responsabilidades civiles que se hayan originado, y, en caso contrario, habrá de promoverse la persecución de los bienes de los condenados así como evitar validar formales declaraciones de insolvencia, y oponerse a la concesión de la suspensión de condena cuando las actitudes del sujeto hayan podido ser claramente obstruccionistas al cumplimiento de las obligaciones civiles dimanantes de los hechos por los que ha resultado condenado.

Del mismo modo, procede interesar de los Juzgados o Tribunales sentenciadores que se condicione la suspensión al cumplimiento de la obligación de que el penado participe en programas formativo-laborales de prevención de riesgos laborales, en aplicación de lo dispuesto en el art. 83.1.5ª CP. El incumplimiento reiterado de esta condición podrá dar lugar a que se interese la revocación de la suspensión de la ejecución de la condena, tal y como señala el art. 84.2.c) CP, y a que se inste la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta y suspendida.

Por último, hay que recordar que la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no determina la suspensión de la ejecución de las penas accesorias, y, específicamente, de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio, cuando ésta haya sido impuesta en la sentencia, tal y como dejó sentado el Tribunal Supremo en la sentencia 950/1999, de 19 de Julio. En consecuencia, el Fiscal deberá instar la ejecución de las penas accesorias en los términos en que después se mencionarán.

### III.5.1.2. *La sustitución de la pena de prisión conforme al art. 88 del Código Penal*

En este punto se dan por reproducidas cuantas cuestiones son abordadas y tratadas en la Circular 1/2005 FGE, con el fin de evitar reiteraciones.

Esta materia, que ha sido objeto de alguna modificación por la reforma operada en el Código Penal por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, se regula en el art. 88.1 del Código Penal, en cuyos párrafos primero y segundo se alude a dos supuestos, así como a una regla especial para los casos en que el sujeto haya sido condenado por violencia de género en su párrafo tercero.

El primer supuesto regulado es la sustitución de las penas de prisión que no excedan de un año, dentro del cual, por la Ley Orgánica 5/2010, antes mencionada, se regula un subsupuesto relativo a las penas de prisión que no excedan de seis meses, cuya única peculiaridad es la posibilidad de sustituir la pena de prisión por la pena de localización permanente.

El segundo caso, regulado en el párrafo segundo del art. 88.1 CP, se refiere a la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad que no excedan de los dos años de prisión.

Tanto en uno como en otro supuesto, el prisma desde el que los Sres. Fiscales han de valorar la sustitución es el de la necesidad de que se ejecute la pena desde el punto de vista preventivo, atendiendo a «las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado», por lo que la actitud del sujeto frente a la víctima y a los perjudicados, y su iniciativa para el resarcimiento de los daños producidos, son circunstancias de imprescindible acreditación para formular informe favorable a la sustitución. En ambos casos son impondibles alguna o algunas de las obligaciones que se prevén en el art. 83 CP, por lo que en relación con ello y de igual manera que en la suspensión de la condena, cuando se informe favorablemente la sustitución de las penas privativas de libertad, es conveniente interesar que se imponga al reo la obligación de que participe en programas formativo-laborales de prevención de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en el art. 83.1.5ª CP.

Una cuestión importante que se suscita, es si cabe la sustitución en aquellos casos en que se han impuesto varias penas, cada una de las cuales no supera aisladamente el año o los dos años de prisión; aunque sumadas superen esta cuantía. En atención a la redacción legal, que difiere de la que recoge el art. 81.1.2ª CP -que establece como requisito para la concesión de la suspensión «que la pena impuesta o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años»-, debe entenderse que el legislador ha considerado no impeditivo el hecho de que la suma de las penas impuestas pueda superar el año o los dos años de prisión, por lo que lo adecuado es tener únicamente en cuenta para aplicar el instituto de la sustitución en estos procesos que cada una de las penas impuestas no supere aisladamente considerada el límite del año o de los dos años de prisión.

En cualquier caso, deberá valorarse cada uno de los supuestos según su distinta regulación, pues mientras el contemplado en el párrafo primero del art. 88.1 CP, es decir, cuando la pena impuesta que ha de ser sustituida no supera el año de prisión, puede considerarse como el supuesto tipo de sustitución, al que se puede acceder siempre que se cumplan los requisitos generales ya expuestos, el segundo supuesto, cuando la pena impuesta supera el año de prisión, pero no alcanza los dos años, se regula como excepcional, tal y como señala el párrafo segundo del art. 88.1 CP, por lo que deberán constar acreditadas circunstancias que comporten una actuación del penado de carácter muy positivo en orden a la ejecución de la totalidad de los pronunciamientos de la sentencia, especialmente en cuanto al resarcimiento de las víctimas y perjudicados. Más rigor es razonable observar cuando se trate del supuesto en que las penas impuestas, sumadas, superan los dos años de prisión, aun cuando no los superen aisladamente, en cuyo caso lo adecuado generalmente será oponerse a la sustitución tratando así de evitar que quede la sentencia privada de todo contenido sancionador, procurando, en cuanto sea posible, y cuando la excepcionalidad del supuesto aconseje el informe favorable, elevar consulta al Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral con carácter previo a la emisión del informe sobre sustitución.

La sustitución se podrá llevar a cabo por pena de multa, o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, salvo que se trate de penas que no superen los seis meses de prisión, en cuyo caso se podrán sustituir por pena de localización permanente. En relación con la sustitución por multa, ha. de tenerse en cuenta lo ya expuesto supra sobre la fijación de la pena de multa, tratando de individualizar la petición atendiendo a los medios económicos de que disponga el condenado, así como de evitar que mediante la fijación de penas ínfimas, sólo aplicables a supuestos de indigencia, se vacíe el contenido de la pena. Por otra parte, se tratará de evitar la imposición como sustitutiva de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad por tiempo que pueda superar el año de prisión, tal y como señala la Circular 2/2004 FGE.

III.5.2. La ejecución de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio

En los procedimientos relativos a la siniestralidad laboral puede imponerse la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio como pena principal en los supuestos de homicidio y lesiones por imprudencia profesional (arts. 142.3 y 152.3 CP), o como pena accesoria (art. 56.1.3ª CP), lo que normalmente será postulado en los escritos de acusación en relación con el delito de riesgo de los arts. 316 y 317 CP, tal cual se ha razonado en apartados anteriores. Distinguiremos cada uno de los supuestos para concluir mencionando

los problemas comunes que suscita la ejecución de esta importante pena privativa de derechos.

Cuando la pena de inhabilitación especial haya sido impuesta como pena principal, se interesará del Juzgado o Tribunal sentenciador que se practique la liquidación de condena, previo requerimiento al penado para que se abstenga de ejercer el oficio o cargo para el que haya sido inhabilitado, teniendo en cuenta que tal oficio o cargo, tal y como se ha sostenido antes, puede o no coincidir con la profesión de sujeto, o, en cualquier caso, tener una amplitud que abarque la totalidad o parte de la profesión de éste. Este requerimiento servirá de fecha inicial para la liquidación.

Cuando la pena de inhabilitación especial haya sido impuesta como pena accesoria de los delitos de riesgo, hay que distinguir los siguientes supuestos:

a. Si no se suspende la ejecución de la pena principal de prisión, la liquidación de la pena accesoria de inhabilitación especial coincidirá con la liquidación de la pena principal y deberá venir precedida del mismo requerimiento de que se abstenga de ejercer el oficio o cargo para el que fue inhabilitado.

b. Si se suspende la ejecución de la pena de prisión: la liquidación, previo requerimiento al penado en los términos antes señalados, deberá practicarse partiendo de la fecha en que se otorga la suspensión de la ejecución de la pena principal.

En todo caso, se procurará que la liquidación, cualquiera que sea la forma en que ha sido practicada, se comunique a los penados, así como que se oficie a los Colegios Profesionales correspondientes, cuando los oficios o cargos para los que hayan sido inhabilitados pertenezcan a una profesión que disponga de Colegio Profesional, como forma de garantizar el control de la ejecución.

La dificultad se multiplica cuando se trata de controlar penas de inhabilitación especial impuesta a empresarios, en cuyo caso, habrá de estarse a lo previsto en el Protocolo Marco de 19 de septiembre de 2007.

#### IV. Conclusiones

Primera.- El tratamiento que el Código Penal dedica a la siniestralidad laboral plantea importantes problemas en su aplicación práctica, lo que justifica sobradamente la necesidad de que dentro del Ministerio Fiscal exista una Red Nacional de Fiscales Especialistas en Siniestralidad Laboral que estén en condiciones de dar respuesta a esa exigencia social.

Segunda.- El reenvío normativo a la legislación laboral, y la habitual concurrencia de distintas conductas de diferentes personas en la producción de esos resultados exigen del Ministerio Fiscal, ante todo, un esfuerzo de presencia y seguimiento de los procedimientos penales que se incoan por estas infracciones, debiendo constituirse en el impulsor y dinamizador de su tramitación.

En esta materia es preciso huir de atribuciones de responsabilidad puramente formales o basadas en la mera ostentación de determinados cargos que, a pesar de su denominación, carezcan de todo tipo de obligaciones y responsabilidades en el ámbito de la seguridad laboral.

Tercera.- El sujeto «legalmente obligado» a actuar en el ámbito preventivo laboral es por antonomasia el empresario, sobre el que recae esencialmente la deuda de seguridad en el trabajo, lo que le convierte en el primer y principal obligado. Esto no obsta a que pueda haber otras personas que concurren con él en esa obligación legal de seguridad, bien compartiéndola o incluso exonerándole de ella.

En principio, los técnicos de los servicios de prevención sólo ejercen funciones de asesoramiento y apoyo; los recursos preventivos son normalmente trabajadores designados por el empresario con meras labores de vigilancia sin capacidad de mando, y los delegados sindicales de prevención, como representantes que son de los trabajadores, carecen en rigor de capacidad o poder de decisión en el ámbito preventivo laboral, por lo que, salvo excepciones derivadas de otras circunstancias concurrentes, todos ellos, en su citada

condición, no podrán ser considerados legalmente obligados a los efectos de los arts. 316 y 317 CP, como delitos especiales que son.

No obstante, pueden responder de los resultados lesivos derivados de su conducta imprudente cuando sea penalmente relevante.

Cuarta.- La configuración del art. 316 CP, como delito de peligro grave y concreto, exige, de un lado, verificar la gravedad de dicho peligro, que derivará fundamentalmente de la proximidad o alta probabilidad de la producción del resultado lesivo, y de la severidad que éste habría alcanzado de haberse producido, y por otro, que la situación de peligro afecte a determinadas personas que real y efectivamente estuvieron expuestas al mismo.

Las expresiones «infracción de las normas de prevención de riesgos», «legalmente obligados», «medios necesarios» y «medidas de seguridad e higiene» son expresivas del carácter de norma penal en blanco que tienen los preceptos de los arts. 316 y 317 CP, por lo que será necesario para construir el supuesto de hecho del tipo penal acudir a la normativa encabezada por la LPRL y, por remisión de ésta, a la densa regulación preventivo-laboral complementaria.

La interpretación del verbo nuclear del tipo, «no facilitar», que determina su carácter omisivo, debe entenderse en sentido dinámico, comprendiendo dentro de la conducta típica no solo la entrega o puesta a disposición de los medios y medidas reglamentariamente exigibles, sino también el control de su uso y la vigilancia de su efectividad.

Quinta.- El delito de riesgo imprudente del art. 317 CP sanciona la misma conducta objetiva que el art. 316 CP si bien «cuando se comete por imprudencia grave». En la práctica, el resultado jurídico de riesgo concreto que ha de concurrir en estos delitos, en la mayoría de los casos será abarcado por el dolo, normalmente en la modalidad de dolo eventual, por lo que se considera que el tipo imprudente se presenta como residual para aquellos casos excepcionales en que el sujeto ha proporcionado medidas de seguridad, pero éstas son insuficientes o defectuosas, a pesar de lo cual el autor confía en que la situación de peligro grave, que se representa como posible, no llegue a producirse.

Respecto de la homogeneidad o heterogeneidad entre los arts. 316 y 317 CP, se considera que, generalmente, salvo supuestos fácticamente incompatibles, ambos tipos son homogéneos por lo que, formulada acusación por el delito del art. 316 CP, es posible una eventual condena por el delito del art. 317 CP. En previsión de posibles supuestos de improcedente impunidad por no alegación expresa del tipo imprudente, que el órgano de enjuiciamiento estime aplicable, y para evitarla, se podrá utilizar una fórmula de calificación subsidiaria, que invocando ambos preceptos, cumpla con el principio acusatorio, respetando, al mismo tiempo, el derecho de defensa.

En cualquier caso, la acusación formulada únicamente por el delito del art. 317 CP, excluye la posible condena por el delito doloso del art. 316 CP.

Sexta.- Será muy frecuente en la práctica que se planteen situaciones de concurrencia del delito de riesgo y de los de resultado lesivo cometidos por imprudencia, lo que dará lugar a la aplicación de los preceptos del CP que regulan el concurso de normas y el concurso ideal de delitos, planteándose una variedad de posibles soluciones legales a esas distintas combinaciones de infracciones, que los Sres. Fiscales habrán de resolver conforme a las pautas apuntadas en la presente Circular, reflejando en todo caso con la mayor precisión en la conclusión segunda del escrito de acusación no solo los preceptos sustantivos que conforman el concurso, sino también el precepto que resuelve el tipo de concurso aplicado y la regla legal que determina las concretas penas solicitadas en la conclusión quinta.

Séptima.- El art. 318 CP supone en la práctica una ampliación del sujeto activo del tipo, restringido en el art. 316 CP a los «legalmente obligados», al señalar como responsables de los delitos cometidos por las personas jurídicas a los administradores y encargados del servicio. Tanto unos como otros habrán de ostentar poder de decisión inmediato y efectivo en cuanto a las medidas de seguridad omitidas y, en consecuencia, capacidad para evitar el riesgo grave creado para la vida y salud de los trabajadores. Es por ello que no puede entenderse comprendido en la categoría de encargado del servicio al simple capataz con meras funciones de ordenación del trabajo. La referencia legal «a quienes, conociéndolos y pudiendo

remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello» no permite incluir como imputados a sujetos distintos de los administradores y encargados del servicio.

La aplicación de las medidas del art. 129 CP sólo podrá instarse cuando el representante o encargado del servicio haya actuado por cuenta de la persona jurídica y en su provecho, o con falta de control por parte de los órganos directivos.

Octava.- Los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta, por su especificidad, los criterios y soluciones propuestos en esta Circular para los casos en que concurra la imprudencia de la víctima, así como para las particularidades que derivan de la imprudencia profesional y las que afectan a las enfermedades profesionales.

En el ámbito procesal, los Sres. Fiscales Especialistas en Siniestralidad Laboral, procurarán la implantación de un elemental sistema de control de los procedimientos penales incoados por lesiones graves producidos en accidente laboral que trate de evitar su sistemático archivo sin haberse practicado una mínima investigación procesal.

Novena.- Las comunicaciones de las autoridades laborales así como los atestados policiales y las denuncias de entidades o particulares referidas a posibles infracciones penales que deriven de la siniestralidad laboral, generalmente darán lugar a la incoación de Diligencias de Investigación, conforme a los arts. 5 EOMF y 773.2 LECrim., en las que se acordarán y practicarán las imprescindibles para valorar el posible contenido penal de los hechos a que aquellos se refieren.

La resolución adoptada habrá de comunicarse, en todo caso, al denunciante, y con especial prontitud a la Autoridad Laboral, cuando la resolución sea de archivo, a los efectos de facilitar la rápida continuación del procedimiento administrativo sancionador dejado en suspenso, conforme al art. 3.2 de la LISOS.

Décima.- La intervención activa del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción debe estar dirigida a impulsar la tramitación de la causa, evitando en la medida de lo posible la pendencia y demora que suelen producirse en estos procedimientos, lo que aconseja un permanente control de su situación procesal, completado con la solicitud de las elementales diligencias que sea preciso practicar, evitando cualesquiera otras que sean retardatorias o que puedan practicarse en el acto del juicio oral; solicitando, en todo caso, que quede incorporada al procedimiento la documentación que pueda acreditar el cumplimiento o no de la normativa laboral por parte de los responsables de las empresas titulares de la actividad y procurando la intervención directa del Fiscal en la práctica de las diligencias más relevantes para la correcta valoración de la concurrencia de los elementos fácticos y jurídicos de la infracción penal investigada.

Undécima.- Cuando la víctima del accidente de trabajo sea un ciudadano extranjero, y sobre todo cuando carezca de permiso de residencia, los Sres. Fiscales al inicio del procedimiento, procurarán que se una al mismo certificación de la Autoridad Gubernativa que acredite su situación, Asimismo, en previsión de que los sujetos puedan devenir ilocalizables, por haberse trasladado a su país, o por su propia condición de clandestinidad, deberán tratar de que se les reciba declaración preconstituyendo la prueba de acuerdo con lo previsto en el art. 777.2 de la LECrim., con las garantías que prevé el art. 448.1 del mismo texto procesal penal. Cuando se estime imprescindible la presencia del testigo extranjero en el juicio oral y se tenga conocimiento de que pesa sobre él una resolución de expulsión, es conveniente dirigir una exposición razonada a la Autoridad Gubernativa a fin de que se suspenda la misma en los términos del art. 59.4 de la L.O. 4/2000. Igualmente podrá dirigirse a la misma Autoridad, cuando por concurrir circunstancias excepcionales, sea por las graves lesiones que haya sufrido el trabajador, o por la situación de abandono en que haya podido quedar tras el accidente, o porque concurren otras similares y graves causas, a fin de que se conceda un permiso temporal de residencia conforme a lo que dispone el art. 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, y el art. 123.1 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el reglamento de aquella.

Duodécima.- Las circunstancias que suelen concurrir en los procedimientos de siniestralidad laboral hacen generalmente innecesaria la adopción de medidas cautelares de carácter personal. Sin embargo, en aquellos supuestos de especial gravedad, sea por la entidad de los

resultados producidos, sea por la conducta de los presuntos responsables obstruccionista de los derechos de los trabajadores, o coactiva de la persona de los mismos, y especialmente cuando, además de los preceptos específicos relativos a la siniestralidad laboral, se estimen además concurrentes otros delitos como la imposición abusiva de condiciones de trabajo (arts. 311 y 312.2, párrafo segundo CP), inmigración ilegal (art. 318 bis CP) o trata de seres humanos (art. 177 bis CP), deberá valorarse la posibilidad de interesar del Juzgado de instrucción la medida de prisión provisional, con o sin fianza, de aquellos imputados respecto de los que se aprecie riesgo de fuga o en relación con los cuales y por los motivos expuestos existan indicios de que podrían alterar, destruir u ocultar las fuentes de prueba de los hechos investigados.

Decimotercera.- Las importantes secuelas personales que suelen derivar de los accidentes laborales, determinan que el resarcimiento de las víctimas sea una de las prioridades a conseguir a la conclusión de la causa. Al objeto de garantizar la efectividad del resarcimiento se procurará dedicarle una especial atención desde el comienzo de la instrucción del procedimiento, solicitando la incorporación a la causa de las pólizas de seguros que den cobertura a los siniestros laborales y, cuando las empresas presuntamente responsables carezcan de aseguramiento, valorando las circunstancias concurrentes, tales como la volatilidad de dichas empresas o la existencia de riesgo de insolvencia, será oportuno instar cuanto antes del Juzgado de instrucción la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil, en la que se tramiten las fianzas o embargos precisos que garanticen la efectividad de los pronunciamientos en esta materia.

Decimocuarta.- La trascendencia procesal de la petición de sobreseimiento en cualquiera de sus modalidades, exige una elemental motivación que procurará partir de un breve relato de los hechos que se consideren acreditados y especialmente de aquellos otros que no lo han sido, que se completará con un conciso razonamiento jurídico, evitando remisiones genéricas al principio de intervención mínima. En los casos en que el sobreseimiento se solicite sólo respecto de alguno o algunos de los imputados, y sin perjuicio de hacerlo constar así en el encabezamiento del escrito de acusación, las motivaciones concretas de dicha petición se formularán en el correspondiente «otrosí».

Decimoquinta.- La conclusión primera del escrito de acusación deberá incluir un detallado relato de los hechos objeto de acusación así como de las funciones y obligaciones que en materia de seguridad ostentan los distintos acusados, y las acciones u omisiones en que se manifiesta su incumplimiento. Asimismo, se deberá mencionar nominalmente, no sólo al trabajador o trabajadores que resultaron lesionados, sino también, en su caso y cuando ello sea posible, a los que, habiendo estado expuestos al mismo riesgo grave, resultaron ilesos.

En la conclusión segunda, será aconsejable que los tipos penales cuya aplicación se invoca se relacionen con aquellos que contienen la normativa preventivo-laboral infringida, debiendo asimismo quedar perfectamente reflejados los supuestos concursales apreciados entre el delito de riesgo y los delitos de resultado lesivo, de conformidad con los criterios señalados en la presente Circular.

En la conclusión quinta, procede solicitar como regla general, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio que haya estado relacionado con la omisión en materia de seguridad derivada de la conducta de cada uno de los acusados, como pena accesoria, evitando peticiones genéricas respecto de todos ellos.

Decimosexta.- En la determinación de las indemnizaciones por los resultados lesivos sufridos por las víctimas de los accidentes laborales, se tendrá en cuenta, con carácter orientativo, el baremo que regula las indemnizaciones establecidas para los supuestos de accidentes de tráfico, si bien aplicando un factor corrector y eligiendo el baremo aplicable de acuerdo con lo especificado en la presente Circular.

Las indemnizaciones fijadas como responsabilidad civil en el proceso penal, al ser consecuencia del delito o la falta, se entenderán compatibles con las prestaciones que el trabajador lesionado perciba o haya percibido por parte de la Seguridad Social.

La cuantía de la indemnización que se solicite deberá incrementarse en el interés legal desde la fecha de la sentencia (art. 576 LEC) respecto de los acusados, en tanto que cuando exista aseguramiento voluntario, en aplicación del art. 117 CP, que establece la responsabilidad civil

directa de la aseguradora, la petición incluirá los intereses moratorios que procedan conforme al art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Decimoséptima.- Los Sres. Fiscales procurarán evitar suspensiones innecesarias e injustificadas de los juicios orales tratando con rigor la aplicación de las causas de suspensión legalmente establecidas.

Teniendo en cuenta la especificidad de esta materia, resulta aconsejable que sean los Fiscales integrantes de las Secciones de Siniestralidad Laboral los que intervengan en la celebración de los juicios, al menos en los de mayor trascendencia y complejidad.

Las conformidades en esta materia deberán acordarse respetando en la medida de lo posible las pautas contenidas en esta Circular.

Decimoctava.- En la fase de ejecución de la sentencia, cuando por concurrir los requisitos legales, se conceda el beneficio de la suspensión de condena, los Sres. Fiscales deberán tener en cuenta que la suspensión de la pena de privación de libertad no implica la suspensión de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio, cuya ejecución deberá instar en todo caso.

Para la sustitución de condena del art. 88 CP, se tendrá en cuenta que los límites de uno y dos años de prisión que establece el citado precepto se refieren a cada una de las penas impuestas, aunque sumadas superen el mencionado límite. No obstante, cuando la suma de las penas impuestas supere los dos años de prisión, con carácter previo a pronunciamiento favorable a dicha sustitución, los Sres. Fiscales procurarán elevar consulta al Fiscal de Sala Coordinador de Siniestralidad Laboral.

La ejecución de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio, haya sido impuesta como pena principal o como pena accesoria, exigirá que, previamente a su liquidación, por el Juzgado se formule requerimiento al reo para que se abstenga de llevarla a cabo durante el tiempo de la condena. Asimismo, en aquellos supuestos en que la profesión u oficio del condenado disponga de Colegio Profesional, deberá remitírsele comunicación en que se contenga la liquidación de la condena. En uno y otro caso, los Sres. Fiscales procurarán instarlo así del Juzgado o Tribunal, y respecto del control de la pena impuesta a los empresarios, se estará a lo previsto en el Protocolo Marco de 19 de septiembre de 2007.