

**RESPONSABILIDADES
EN MATERIA DE
SEGURIDAD Y SALUD
EN FASE DE
EJECUCIÓN DE OBRA.
EVOLUCIÓN DE LA
JURISPRUDENCIA EN
MATERIA DE
PREVENCIÓN Y
SEGURIDAD**

LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ
Presidente Audiencia Provincial de Cádiz

I. LA CONSTRUCCIÓN COMO ACTIVIDAD FUENTE DE RIEGOS

La responsabilidad por riesgos en el sector de la construcción se ha convertido en los últimos años en un tema de máxima actualidad tanto por la importancia de los bienes jurídicos afectados como por su incidencia cuantitativa -las actividades de construcción -sector a la cabeza de la siniestralidad laboral-. Realmente alertantes son las estadísticas que año tras año ponen de relieve el elevado índice de siniestralidad laboral a consecuencia del incumplimiento de la correspondiente normativa sectorial.

Desde hace treinta años, sociólogos y juristas alemanes se vienen preocupando de un fenómeno que denominan "*Risikogesellschaft*": la "sociedad de riesgos". Vivimos en una "sociedad peligrosa (arriesgada)". La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales constituye un buen ejemplo de respuesta jurídica encaminada a reducir o eliminar las fuentes de riesgo en determinadas actividades peligrosas, por una vía preventiva no penal, que implica a todos cuantos intervienen en el proceso constructor.

En este contexto y problemática surge la **responsabilidad penal de los agentes intervinientes en la edificación**, ya que no es fácil analizar la situación jurídica actual en materia constructiva y la delimitación de las responsabilidades cuando se produce la judicialización de un conflicto de esta materia. Las dificultades operan, además, por una diversidad de factores: multiplicidad de intervinientes, de funciones con difícil definición y estanqueidad, de responsabilidades, diversidad práctica (caso por caso en cada conflicto) y, en fin, difícil uniformidad jurisprudencial.

Además, con otra problemática añadida, cual es la propia y compleja normativa reguladora de la materia, el entramado de preceptos reglamentarios, la avalancha de normas relativas a la construcción, difícilmente ayuda a resolver los problemas derivados ¹.

Pues bien, a la hora de referirnos a la posición de la jurisprudencia a la hora de analizar las actuaciones profesionales de constructores, arquitectos o arquitectos técnicos, así como definir con claridad cuándo existe responsabilidad penal y cuándo no puede acudir a la vía penal, sino a la civil, en su caso, debemos partir de unas premisas iniciales, que poco a poco va calando en nuestros tribunales.

¹ Carlos Jaén Toscano (Presidente del Consejo Andaluz COAATS): "*Arquitectos técnicos comprometidos con la prevención: sí pero...*". Es justa la indignación porque se pretenda criminalizar, desde determinadas instancias, nuestro quehacer profesional. Nuestra actitud comprometida no es el mero resultado de una imposición reglamentaria, en paralelo a la evolución legislativa, no es sólo una imposición normativa y una actitud institucional, sino un compromiso personal de los arquitectos técnicos, con una sincera preocupación por la materia. Ahora bien, una cosa es estar comprometidos y otra muy distinta ser responsables de todo y por todo. Se hace preciso una redefinición de los cometidos a desempeñar por cada cual en materia de prevención, quizá una nueva lectura de la norma.

En primer lugar, que no puede criminalizarse toda actuación profesional, en base al principio de intervención mínima. En lo penal, es preciso, además y con carácter previo, imputar objetivamente el resultado a un comportamiento personal; posteriormente, entrar en la calificación de ese comportamiento como doloso o imprudente. Se trata, en definitiva, de establecer, en primer lugar, la relevancia causal del comportamiento del deudor de seguridad. En este punto, los principios acuñados por la doctrina y jurisprudencia (causación o incremento del riesgo, o fin de protección de la norma) pueden llevar, seguramente, a resultados más afinados que la vinculación mecánica entre infracción y resultado. Como dice cierta jurisprudencia, *"lo esencial consiste en determinar si ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o aminorado"*.

Es, a partir de ese momento, cuando se puede cuestionar si existe vulneración de la norma de cuidado. Para lo que, como recordaba la Fiscalía General del Estado, *"hemos de tener en cuenta la profusión normativa que incide en este ámbito, de rango legal y reglamentario. Incluso se admite que las disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo contenidas en los convenios colectivos pueden integrar el deber objetivo de cuidado. En todo caso, como se ha resaltado por la doctrina, si bien la reglamentación técnica extrapenal cumple una función indiciaria del contenido del deber de cuidado y por tanto su violación será también indicio de antijuricidad penal, el tránsito de esta normativa al Código Penal no puede resultar automático pues de ser así nunca habría lugar a exigir responsabilidades administrativas"*.

Es, pues, imprescindible constatar el plus de antijuricidad específicamente penal.

II. COMPLEJIDAD NORMATIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD LABORAL. AMBIGÜEDAD DE LAS NORMAS PROFESIONALES

A parte de la LPRL, el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción constituye la norma fundamental en este ámbito ². Sin embargo, resultan también obligadas algunas referencias puntuales a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, pues, aunque su art. 1.2 establece que «las obligaciones y responsabilidades relativas a la prevención de riesgos laborales en las obras de edificación se regirán por su legislación específica», define los conceptos y otras obligaciones de los técnicos intervinientes en el proceso constructivo, extremos que resulta necesario integrar en la normativa de seguridad laboral ³. Y, en fin, sin ánimo de exhaustividad, también hay que traer a colación la Ley 12/1986, de 1 de abril, el Decreto 265/1971 y los Reales Decretos 555/86, 84/90 y 604/06.

El RD 1627/1997 distribuye obligaciones y competencias en materia de seguridad e higiene en el trabajo constructivo entre el empresario -promotor u otros contratistas- y los demás *técnicos* intervinientes. Entre estos últimos se encuentran necesariamente el «proyectista» y la «dirección facultativa» y con carácter contingente el «coordinador en materia de seguridad y salud», persona que deberá nombrar el promotor sólo cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 3 de la norma, bien durante la elaboración del proyecto, bien durante la ejecución de la obra.

A) El promotor viene obligado ya en la fase de redacción del proyecto a elaborar un documento en el que se relacionen los riesgos evitables e inevitables y las medidas técnicas correlativas, amén de otros pormenores referidos a la seguridad e higiene en la obra. Dicho documento, que alcanza diferente extensión y denominación -estudio de seguridad y salud o estudio básico de seguridad y salud-, dependiendo de cuáles sean las circunstancias de la obra, ha de ser elaborado por un técnico competente designado por el promotor o, en su caso, por el coordinador (arts. 5 y 6).

B) A su vez, ese estudio ha de ser aplicado y desarrollado por cada contratista a través de un plan de seguridad y salud en el trabajo aprobado por la dirección facultativa o el coordinador en su caso (art. 7). El art. 2 se refiere al «coordinador de seguridad y salud» y a la «dirección facultativa» encargada

² El Anexo IV de esta norma contiene una guía de «Disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deberán aplicarse en las obras». Sin embargo, ha de tenerse en cuenta la pervivencia de las Secciones 3ª a 14ª del Capítulo XVI de la Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica de 28 de agosto de 1970 ya derogada. Tal resurrección fue posible en virtud de lo dispuesto en la disposición final única del Convenio General del Sector de la Construcción de 28 de enero de 1998 (BOE de 4 de junio de 1998).

³ No obstante, los ámbitos de aplicación de ambas normas no son idénticos. Las obras de construcción vienen referidas a la relación no exhaustiva contenida en el Anexo I del RD 1627/1997, en tanto que el concepto de edificación viene referido a las especificaciones enumeradas en el art. 2 de la Ley 38/1999.

de la dirección y del control de la ejecución de la obra como técnicos competentes designados por el promotor. No repara, sin embargo, en la titulación, grado, ni cualificación profesional de tales técnicos. Con posterioridad, la Disposición adicional cuarta de la Ley 38/1999 fijó como titularidades académicas habilitantes para ello las de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero e ingeniero técnico.

Pero la distribución competencial entre arquitectos y arquitectos técnicos o aparejadores no ofrece en la actualidad un panorama del todo claro, ya que la ambigüedad de las normas profesionales favorece interpretaciones interesadas en favor de la arrogación competencial cuando ésta tiene efectos favorables, y en sentido contrario cuando convierte al profesional en sujeto responsable.

En la bibliografía especializada se enfatiza –con extrañeza– que, mientras las funciones y responsabilidades de los arquitectos técnicos aparecen legalmente concretadas, las de los superiores no se encuentran igualmente delimitadas. Se entiende que el arquitecto es un técnico de superior cualificación profesional que el aparejador, que asume la alta dirección del proceso constructivo ⁴. Desde esa superioridad se le asigna a efectos penales una función de vigilancia e inspección de mayor calibre que la del aparejador. Por su parte, el aparejador se ha considerado como un mando intermedio entre el arquitecto y el constructor, aunque dependiente en cierto grado del primero, visión reduccionista que no alcanza a comprender su verdadera autonomía operativa como auxiliar al servicio de la obra y no al servicio del arquitecto.

La Ley 12/1986, de 1 de abril, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los arquitectos e ingenieros técnicos nada aclaró respecto a la atribución de competencias en materia de seguridad laboral. La única norma que mantiene previsiones particulares en esta materia es el Decreto 265/1971, de 19 de febrero, que impone a los aparejadores o arquitectos técnicos la función 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 en el trabajo -art.1.A).3-, disposición que a menudo se ha invocado -con nulo efecto- para descargar sobre los aparejadores cualquier responsabilidad de los arquitectos superiores. Tampoco la Ley 38/1999 ha despejado las dudas en el ámbito de la seguridad laboral.

Acudiendo a la Ley 12/1986, de 1 de abril, que regula las atribuciones profesionales de los Arquitectos Técnicos e Ingenieros Técnicos, se puede, por exclusión, inferir una definición del Arquitecto Superior como el "profesional técnico con capacidad legal plena para programar y proyectar

⁴ Vid. art. 3.1 del Decreto 462/1971, de 11 de marzo, según redacción dada por el RD 129/1985, de 20 de enero.
© LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ

obras de arquitectura y la alta inspección y vigilancia general del proceso material constructivo", siendo competentes, en exclusiva, para la confección de proyectos arquitectónicos y de configuración arquitectónica.

Su competencia implica la alta inspección de la ejecución de la obra, singularmente por lo que toca a la cimentación y a la estructura (como puso de relieve la SAP Mallorca 8 febrero 1989), quedando la dirección y vigilancia del resto de la actividad ejecutiva del proyecto a cargo del arquitecto técnico o aparejador.

III. LA NUEVA FILOSOFÍA EN MATERIA DE SEGURIDAD LABORAL

En cualquier caso, es obligado partir de una nueva filosofía en materia de seguridad laboral, presidida por la necesidad de que los trabajadores de una obra en construcción desempeñen su actividad con las debidas medidas de seguridad e higiene como elemento finalista. Se recuerda, al respecto, que el bien que se protege no es sólo la integridad de los trabajadores, sino la propia seguridad en el trabajo como valor colectivo constitucionalmente proclamado (entre otros, en el art. 40.2 C.E.).

Ahora bien, a nivel de responsabilidades hay que recordar que:

- En aplicación del estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo, el *contratista o Constructor principal* de la obra quedará obligado a elaborar un plan de seguridad e higiene en el que se analicen, estudien, desarrollen y complementen, en función de su propio sistema de ejecución de la obra, las previsiones contenidas en el estudio citado (art. 4.1 RD 555/1986).

- Es responsabilidad del *contratista o Constructor* la ejecución correcta de las medidas preventivas fijadas en el plan de Seguridad e Higiene, respondiendo solidariamente de las consecuencias que se deriven de la inobservancia de las medidas previstas en el plan, el contratista o Constructor principal con los subcontratistas o similares que en la obra existieran, respecto a las inobservancias que fueren a los segundos imputables (art. 8 RD 555/1986).

- Cuando como consecuencia de las actuaciones que le corresponden la *dirección facultativa* observase incumplimiento en relación con las medidas de seguridad e higiene prescritas, dicha dirección facultativa advertirá al constructor, dejando constancia de tales incumplimientos en el libro al que se

refiere el art. 6. Así, corresponden al arquitecto superior las más altas funciones en la dirección y ejecución de la obra.

- Asimismo, es obligado recordar una modificación bastante tajante a la hora de atribuir a los arquitectos técnicos la redacción del estudio de seguridad, integrándolos a estos efectos en la dirección facultativa de la obra. El RD 84/1990, de 19 de enero, que modifica el RD 555/1986 (cuyo art. 1 implantaba la obligatoriedad de la inclusión de un estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo en los proyectos de edificación y obras públicas), da nueva redacción al último párrafo del art. 1.1, añadiendo el siguiente texto: *No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior en el supuesto específico de obras de arquitectura el Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo será firmado por un arquitecto técnico, al que corresponderá su seguimiento en obra y que a tal fin se integrará en la dirección facultativa, sin perjuicio de las demás funciones profesionales que pudieran corresponderle en la misma.*

- La necesidad de que se cumplimente debidamente el libro de órdenes y asistencias. Estaba previsto en el Decreto 462/1971, de 11 de marzo, por el que se dictan normas sobre la redacción de proyectos y la dirección de obras de edificación cuyo art. 4 literalmente dice: *en toda obra de edificación, será obligatorio el Libro de Órdenes y Asistencias, en el que los Técnicos superior y medio deberán reseñar las incidencias, órdenes y asistencias que se produzcan en el desarrollo de la obra.* Pero es la LOE la que con claridad incluye esta responsabilidad en el arquitecto técnico al definirlo en el marco de sus obligaciones en el art. 13 de la misma.

IV. TRAYECTORIA JURISPRUDENCIAL

IV. 1 El principio jurisprudencial de corresponsabilidad.

Antes de la existencia del RD 1627/1997 la jurisprudencia contemplaba a todos los técnicos y auxiliares de la construcción bajo la circunstancia común del ejercicio de un mando. Se dice que, a diferencia de los encargados, existen otros sujetos como los técnicos de las actividades de construcción que concurren a la actividad empresarial con un poder de dirección propio y distinto del que ejerce el empresario, aunque sólo ejercitable en la medida en que resulte aceptado contractualmente por éste. Su poder directivo resulta imprescindible para el buen ejercicio de su arte o profesión y es inherente al cúmulo de competencias que les son atribuidas legalmente, entre las que se incluyen las relativas a la seguridad en el trabajo. Su aportación al siniestro laboral se entiende como un déficit de profesionalidad en el ejercicio de su facultad de mando. De ahí que en este ámbito la imprudencia laboral pueda concebirse como imprudencia profesional, ya que tales sujetos por sus

conocimientos, experiencias y aptitudes tienen una mayor capacidad de previsión del riesgo y más posibilidades de controlarlo.

La literalidad de algunos pronunciamientos jurisprudenciales es ilustrativa: «*la vigilancia acerca de que se umplan todas las medidas de seguridad reglamentariamente establecidas viene impuesta con carácter general a todos los que ejercen cargos de mando, desde el arquitecto al simple encargado*» (STS 11 de julio de 1980). Por ello exigía indistintamente el cumplimiento del deber de cuidado en relación con la seguridad laboral a «*cuantos dirigen y se hallan al cuidado de una obra*» (STS 1692/1992, 15 de julio) ⁵.

Consecuentemente postulaba «*una responsabilidad en cascada en virtud de la cual conjuntamente sin exclusiones incompatibles distintos técnicos en mayor o menor competencia profesional coadyuvan al resultado*» [STS de 3 de febrero de 1992]. Concretamente, en relación con arquitectos y aparejadores la jurisprudencia objetivaba el deber de cuidado sin reparar en atribuciones formales de rango reglamentario, teniendo por no exclusiva la competencia de los segundos en materia de seguridad laboral.

Se habla, así, acerca de una doctrina jurisprudencial consolidada alusiva a que entre todos los que intervienen en el proceso de construcción se genera una relación de corresponsabilidad que impone que en cada uno de ellos, un deber de control de la corrección de la actuación ajena, sin perjuicio del de desarrollar su propia y específica tarea observando el cuidado exigido objetivamente por normas jurídicas y, en todo caso, por las que lo fijan de acuerdo con las pautas de práctica correcta (*ortopraxis*) generalmente admitidos en el ámbito de su actuación profesional (*lex artis*), aplicadas a las circunstancias del caso (*lex artis ad hoc*).

La Sentencia 12/1995, de 18 de enero, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, formula, en términos muy enérgicos, el principio general de corresponsabilidad de todos los que intervienen en la construcción, con funciones de mando, respecto de las consecuencias lesivas derivadas de riesgos laborales, prevenibles y evitables, pero no evitadas:

"Hay un principio fundamental en relación con la seguridad en el trabajo, plenamente arraigado ahora en la conciencia de nuestra sociedad, cada vez más firme en los países civilizados, e inspirador de la legislación vigente en esta materia, en virtud del cual toda persona que ejerce un mando de cualquier clase en la organización de las tareas de unos trabajadores tiene como misión primordial el velar por el cumplimiento de las normas de seguridad anteponiéndolas a cualquier otra consideración. Una elemental escala de valores nos dice que la vida e integridad física de las personas se encuentra por encima de cualesquiera otros, singularmente por encima de los de contenido económico. ...", sin dudar,

⁵ Ese criterio se ha reproducido en sentencias más recientes como la STS (2.ª) 1611/2000, de 19 de octubre.
© LORENZO DEL RÍO FERNÁNDEZ

si fuere necesario, en paralizar la obra hasta que quede debidamente garantizada la seguridad de cuantos en ella trabajan”.

En el mismo riguroso sentido se pronuncian las Sentencias de 21 de marzo y 7 de julio de 1980, y 7 de noviembre de 1991.

En cambio, a propósito de la responsabilidad penal por daños causados por defectos de la obra, esa generalización se atenúa considerablemente ⁶.

Se puede concluir que el arquitecto director de la ejecución de la obra (arquitecto técnico, anteriormente aparejador) se convierte en el centro de gravedad de la garantía de seguridad de la obra; sin embargo, ello no implica un descargo de responsabilidad del arquitecto superior, a quien se constituye en un deber de comprobar que el técnico realiza competentemente su desempeño.

La STS 12/1995 lo recoge con claridad: *«si en una obra hay alguien debidamente titulado que la dirige técnicamente, como ocurre con el arquitecto director de su ejecución, es de toda evidencia que a él incumbe, como máximo responsable, velar por el cumplimiento de las normas relativas a la seguridad de las personas que allí desarrollan sus tareas sin que pueda servir de excusa el que haya una reglamentación (D 265/71) que específicamente encomiende esta función al aparejador o arquitecto técnico. Tal obligación específica del aparejador no excusa la genérica del arquitecto superior, quien, si ha de dirigir la ejecución de la obra, en esa dirección, como tarea primordial, tiene la del cumplimiento de lo establecido en beneficio de la seguridad de los trabajadores. Así hemos de entender lo dispuesto en el antes citado art. 10 de la Ordenanza General de 9 de mayo de 1971 [de Higiene y Seguridad en el Trabajo, antecesora de la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales]. Y así lo viene entendiendo reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala (SS 5 julio 1955, 16 noviembre 1960, 22 octubre 1964, 11 noviembre 1965, 2 febrero 1967, 28 marzo 1967, 13 junio 1967, 15 octubre 1969, 2 noviembre 1972, 21 mayo 1973, 23 octubre 1973, 29 noviembre 1974, 15 octubre 1976, 27 marzo 1979, 7 julio 1980, 22 diciembre 1984, 30 diciembre 1985, 15 mayo 1989, 7 diciembre 1989, 21 diciembre 1989, 9 abril 1990, 7 noviembre 1991, 3 febrero 1992, 16 junio 1992, 15 julio 1992 y 26 octubre 1993)».*

En el caso resuelto por dicha sentencia el arquitecto director de la obra adujo que *"ignoraba que el personal utilizara el montacargas, al no haberlo presenciado ni ser informado de palabra o por escrito por el aparejador o por los dos restantes procesados"*. El Tribunal Supremo pone en duda este desconocimiento, aceptado por la

⁶ La Sentencia de 5 de febrero de 1991 confirmó la absolución del Arquitecto Director Técnico de la obra, en cuanto a los daños causados a consecuencia de la mala instalación de unas placas de escayola en la tabiquería interior del mismo. Las razones de la decisión fueron las siguientes: a) La empresa constructora subcontrató esta parte de la ejecución de la obra con otra, en la que delegó su realización, b) La empresa subcontratada optó por la colocación de placas de escayola, material autorizado por el Director Técnico, sin valorar aquella técnica, que desconocía, c) El cambio no podía reputarse sustancial a efectos de calidad y seguridad en la construcción de tales tabiques, d) El daño se produjo como consecuencia de su mala colocación, e) Este defecto ha de considerarse como "vicio oculto", que el Director Técnico no podía percibir.

Audiencia Provincial, pero añade: *"aún admitiendo que tal desconocimiento fuera real y cierto, ello sólo podría valer para excluir la culpa consciente, pero no la inconsciente que, cuando es grave como ahora ocurre también puede calificarse de temeraria. "En efecto, pese a ese desconocimiento afirmamos que hubo imprudencia en el arquitecto porque, como director de la obra, tenía obligación de vigilarla, además de la más inmediata y específica que le incumbía al aparejador, por las razones antes expuestas. Y si el arquitecto hubiera vigilado mínimamente, tendría que haber conocido que se había alcanzado la última planta (la 90), que las escaleras de obra sólo alcanzaban a la 40 y que había un montacargas exterior, sólo apto reglamentariamente para materiales que, sin embargo, era utilizado por los trabajadores para subir y bajar, y ello de modo habitual al no haber otro medio de acceso, racionalmente utilizable, hasta las últimas plantas.*

"Así, pues, entendemos que aun partiendo de ese desconocimiento más que dudoso que la Audiencia afirma, el arquitecto actuó de modo negligente, al no haberse ocupado de algo que pudo conocer con facilidad y, si no conoció, fue por abandono total de su función en el punto que aquí estamos examinando. Tal abandono total lleva consigo la calificación de su imprudencia en el grado más alto de las que aparecen en nuestro CP [el vigente en la fecha], como temeraria del pfo. 11 art. 565".

Por su parte, la sentencia de 15 de julio de 1992 describe al arquitecto técnico o aparejador como "técnico de enlace entre el arquitecto director y el encargado de la obra".

La STS 460/1992, de 28 de febrero, recuerda, invocando como normas aplicables los Decretos de 16 de julio de 1935 y el 265/1971, de 19 de febrero, que son atribuciones, pero también obligaciones, de los aparejadores o arquitectos técnicos: *"ordenar y dirigir la ejecución material de las obras e instalaciones, cuidando de su control práctico... con arreglo a las normas de la buena construcción, y asimismo, deberán controlar las instalaciones provisionales, las medidas auxiliares de construcción, y los sistemas de protección exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la Seguridad en el Trabajo. Y si las mencionadas son sus atribuciones, también son sus obligaciones, cuyo incumplimiento deviene en responsabilidades en cualquiera de los órdenes. Y es que de los profesionales que intervienen en la construcción, es el arquitecto técnico, el que tiene mayor exigencia de estar a pie de obra [plástica expresión, ya utilizada por la Sentencia de 3 de febrero de ese mismo año] para corregir cualquier anomalía, pues así se lo impone la normativa que regula y reglamenta su función".*

La STS 7 noviembre 1991 recuerda que *"es precisamente el cargo de aparejador de una obra el que más directamente está obligado a vigilar y cuidar su realización material en evitación de cualquier posible defecto, no sólo en el empleo de los materiales adecuados y su colocación en el edificio, sino también en lo relativo a la seguridad de la obra, tanto en el ámbito interior, como extramuros de la misma".*

El deber de control implica el de vigilancia del efectivo cumplimiento, por el personal jerárquicamente subordinado, de las órdenes dadas. La reiterada sentencia 12/1995 se muestra, en este punto, muy rigurosa: "*para negar su autoría respecto tal delito, el aparejador se funda en el tan repetido hecho que aparece como probado en la resolución recurrida, la mencionada prohibición del uso del montacargas por parte de personas. Pretende exculparse por la referida prohibición que efectivamente realizó por escrito en el Libro de Órdenes... como si con tal prohibición quedara agotada la diligencia que al respecto le era exigible al aparejador. Como bien dice la sentencia recurrida éste tenía que haberse ocupado de comprobar si tal orden se cumplía. Claro es que su incumplimiento tolerando a ciencia y paciencia el uso indebido del montacargas por parte de los trabajadores cuando sólo estaba permitido usarlo para acarrear materiales, constituye una imprudencia en el grado de temeraria respecto de destinatario directo que era el constructor, también condenado, que, como ya se ha dicho, no llegó a formular el recurso de casación que había preparado. Pero su realidad, plenamente acreditada y que nadie ha discutido no puede servir de excusa para quien tiene específicamente encomendada la misión de controlar los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo", como literalmente dice el art. 1.A) 3 D 265/71, de 19 febrero, que regula las facultades y competencias específicas de los arquitectos técnicos, que es como se designa ahora a los aparejadores, teniendo al respecto el derecho y la obligación de "cumplir personalmente y hacer cumplir al personal a sus órdenes" lo dispuesto en las normas sobre seguridad en el trabajo, lo que le incumbía en su calidad de técnico de grado medio (art. 52 y Anexo 21, grupo 21, Ordenanza de Trabajo de la Construcción, Vidrio y Cerámica 28 agosto 1970) por lo dispuesto en el art. 10.1 Ordenanza General 9 marzo 1971.*

"No le bastaba al aparejador para excluir su responsabilidad la mencionada orden escrita al constructor, tenía el deber ineludible de velar por que tal orden fuera cumplida, pues, en su calidad de tal, estaba facultado para imponer dicho cumplimiento del modo que necesario fuera, incluso paralizando la obra".

IV. 2 Una revisión de la doctrina tradicional en materia de responsabilidad por la adopción de las medidas de prevención de riesgos laborales y por las consecuencias perjudiciales de su omisión.

Hasta aquí, se ha expuesto el estado de la doctrina jurisprudencial en material de responsabilidad de los distintos intervinientes en la actividad constructora por incumplimiento de sus respectivos deberes objetivos de cuidado, entre los que se incluyen el de vigilar la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos propios de sus tareas.

Sin embargo, no se puede desconocer el cambio que significó la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, el apartado d) de cuya Disposición Derogatoria dejó, por cierto, sin efecto, lo dispuesto en los

Títulos I y III de la Orden del Ministerio de Trabajo, de 9 de marzo de 1971, que aprobó la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. La importancia del alcance de esta derogación es grande, ya que, en el Título I se incluían las normas relativas a las obligaciones del empresario (art. 7) y del personal directivo, técnico y de los mandos intermedios (art. 10). De ahí, que cierto sector doctrinal y judicial insista en la necesidad de que la doctrina jurisprudencial y la aplicación práctica por órganos jurisdiccionales distintos del Tribunal Supremo ha de ser revisada a la luz del sistema de normas específicas sobre prevención de riesgos, en general y en relación con la construcción.

En efecto, esta materia se pone básicamente a cargo del empresario, del grupo de trabajadores o del servicio de prevención, según los casos, sin perjuicio de que el plan de seguridad y salud habrá de ser tomado en consideración: por el proyectista en las fases de concepción, estudio y elaboración del proyecto de obra (art. 8 del Real Decreto de Disposiciones Mínimas), mientras que la observancia del plan durante la ejecución de la obra es responsabilidad específica del coordinador cuando haya de ser designado (art. 9 del Real Decreto antes invocado), sin perjuicio de las obligaciones que al empresario impone el art. 15 de la Ley Especial.

Las nuevas normas establecen una distribución de competencias y consiguientes responsabilidades entre los diferentes intervinientes en la construcción. Sin duda es susceptible de una ulterior modificación legislativa o de un desarrollo reglamentario que la dote de mayor claridad. En cualquier caso, a partir de la entrada en vigor de la Ley 31/1995, se hace difícil seguir manteniendo la construcción jurisprudencial de la radical corresponsabilidad de todos ellos.

Si existen normas que delimitan las competencias, deberes y responsabilidades de profesionales y empresas que intervienen en una actividad, en orden a prevenir los resultados dañosos derivados de los riesgos de aquélla, la depuración de la regularidad de una conducta, para valorar si ha observado el deber de cuidado exigible y su consiguiente relevancia jurídico-penal, habrá que acudir a las normas específicas de aquella concreta actividad.

Recordamos, así, que ante la necesidad de una buena definición de los agentes de la edificación, y la determinación precisa de sus obligaciones y responsabilidades (así como el régimen de garantías para proteger al consumidor y usuario), se publicó la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999 (Ley 38/1999), que entró en vigor el día 6 de mayo del año 2000 (LOE). El art. 17 de la Ley 38/1999 (epigrafiado *Responsabilidad civil*

de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación) establece el régimen de responsabilidad civil respectiva de cada uno de los agentes de la edificación.

Aun cuando sus reglas estén prescritas para el caso de daños materiales ocasionados *en* el edificio, pueden resultar útiles como punto de referencia para determinar la pauta objetiva de cuidado que hay que observar, cuando se trate de discernir –desde el punto de vista penal– si se ha quebrantado el deber de su observancia, causando daños corporales o materiales a terceras personas.

Estas reglas positivizan los que hasta entonces eran criterios determinantes de lo que debía considerarse como una práctica profesional correcta, admitidos generalmente en el ámbito de la construcción e impuestos por el sentido común y las pautas de la equidad como regla de aplicación de todas las normas jurídicas (art. 3.2 del Código Civil).

No sería correcto practicar lo que se ha denominado expresivamente ***política de corralito legislativo***, que pretenda desvincular esa valoración de la existencia del telón de fondo normativo especial que ha de integrarla.

La corresponsabilidad se convierte, ahora, en la excepción. Entrará en juego cuando la imponga la aplicación de los principios generales derivados de la división horizontal y vertical del trabajo (SAP Madrid 6 octubre 2003).

IV. 3 Propuestas: La división horizontal y vertical del trabajo y su aplicación a la construcción.

Por su importancia, parece oportuna la referencia a la SAP Madrid 6 octubre 2003 (Ponente: Sr. Fernández Entralgo), que propugna la revisión de la doctrina tradicional en materia de responsabilidad penal por la omisión de medidas de prevención de riesgos, y se realiza una exposición de los criterios doctrinales elaborados de cara a la delimitación de las responsabilidades penales en los casos de intervención de varios en una actividad compleja. Es el principio de división del trabajo lo que caracteriza la organización de una pluralidad de sujetos que concurren en el desarrollo de una actividad. Dicha división del trabajo puede ser horizontal o vertical, y la primera se rige por los principios de complementariedad y de confianza. La división horizontal del trabajo se da entre profesionales que se encuentran en relación de igualdad, y cada uno realiza funciones complementarias, mientras que la división vertical se caracteriza por el vínculo jerárquico entre los sujetos. En el primer ámbito, el de la división horizontal, al estar todos en relación de igualdad rige el principio de confianza. Cada uno de los intervinientes puede confiar en la corrección de la actuación de los otros, salvo que, excepcionalmente, por fallo

grave del colega o dudas sobre su cualificación o fiabilidad, exista razones para frustrar la expectativa optimista, lo que genera para quien mantiene su capacitación, competencia y cuidado, un deber secundario de vigilancia y control sobre su colaborador (en la resolución citada se invoca un caso de este tipo resuelto en la STS de 10 de octubre de 1979).

En la división vertical del trabajo, el superior jerárquico mantiene el control y la vigilancia de sus subordinados, a los que imparte instrucciones. Tal poder de mando y de vigilancia tiene como correlativo su responsabilidad como garante de la actuación de sus subordinados. Los subordinados auxiliares deben seguir las instrucciones del superior, y cada uno está obligado a observar la diligencia debida en el cumplimiento de su específica función, y están sujetos a responsabilidad personal en caso de negligencia. El cumplimiento de las órdenes del superior libera al auxiliar de responsabilidad, por obediencia debida, salvo que se trate de órdenes manifiestamente imprudentes, en cuyo caso debe abstenerse de cumplirlas.

Precisamente por exigencia del principio de seguridad jurídica, no se puede medir con un mismo rasero supuestamente autónomo del Derecho Penal a todos cuantos participan en la elaboración y ejecución de un proyecto común. El Derecho Penal se rige por el principio de la culpabilidad personal, por lo que cada uno de esos partícipes ha de ser juzgado por lo que hizo o por lo que consintió hacer a otro o le ayudó a hacer en connivencia con él. Si existen reglas específicas que establecen el nivel de cuidado que ha de observarse al realizar una tarea, esa tarea será juzgada de acuerdo con la regla respectiva.

El deseo de facilitar a los perjudicados la tutela de sus derechos e intereses (como es su derecho, de acuerdo con el art. 24 de la vigente Constitución Española) no puede satisfacerse a costa del sacrificio de uno de los principios esenciales del Derecho Penal democrático; sobre todo, si el fracaso de la acusación penal deja vivo el derecho a reclamar la indemnización del daño sufrido (con arreglo a criterios muy diversos de los penales) en la vía jurisdiccional correspondiente.

Pueden establecerse, consecuentemente, los siguientes principios rectores para la regulación de los siniestros en actividades peligrosas desarrolladas en régimen de división del trabajo:

1º En principio, aquellos que desempeñen, dentro de la total actividad constructora, puestos cuya competencia, contenido y responsabilidad estén fijados legal o reglamentariamente, actuarán correctamente ajustándose a las normas reguladoras de su función, sin que quepa, como regla general,

exigírseles que asuman el rol y la responsabilidad correspondientes a otros intervinientes en la obra.

2º Cuando una persona que interviene en una actividad de construcción asume voluntariamente un rol distinto del que le es propio, habrá de desempeñarlo (como corolario de su ingerencia) con arreglo a las pautas de cuidado específicas de aquél, incurriendo, en otro caso, en responsabilidad por los daños que puedan derivarse de su comportamiento negligente.

3º Como la construcción supone un trabajo en equipo jerarquizado bajo el control superior del arquitecto director, cuando éste perciba que, en el desarrollo de aquélla, alguna tarea se está realizando de modo patentemente defectuoso, y que la infracción del deber de cuidado entraña un riesgo grave e inminente para la vida, la integridad corporal o la salud de los obreros o de sus mandos intermedios o de cualquier otra persona que pueda encontrarse en la obra, tendrá la obligación (porque habrá quebrado el principio de *confianza*) de adoptar todas las medidas a su alcance (incluida la paralización de la obra) para prevenir el peligro.

4º La misma pauta es aplicable al arquitecto técnico.

5º Cuando sean varios los arquitectos directores o técnicos, los que se encuentren a un mismo nivel jerárquico cumplirán ajustándose a las reglas que rijan su división horizontal del trabajo. Esto no obstante, también en este caso, la advertencia de un comportamiento irregular y peligroso del colega, constituye a su igual en el deber de tomar las precauciones necesarias para evitar el riesgo.

6º La corresponsabilidad por el trabajo de los colegas del mismo nivel jerárquico o de las personas jerárquicamente subordinadas es excepcional, y exige la comprobación de un grave riesgo, de una amenaza inminente que reclame una actuación enérgica y rápida.

IV. 4 Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo no comparte plenamente este planteamiento. La entrada en vigor de la Ley especial sobre Prevención de Riesgos, no ha significado un cambio de la doctrina jurisprudencial anterior. Sirva de ejemplo la comparación entre dos sentencias, una anterior y otra posterior a aquella Ley.

A comienzos del año 1995, la sentencia 12/1995, de 18 de enero, fijaba el criterio, que hemos expuesto en el epígrafe anterior.

Seis años después, aunque desde otra perspectiva (la de la integración del art. 315 del Código Penal), la sentencia 1654/2001, de 26 de septiembre, seguía considerando que la remisión legal a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales *se interpreta inadecuadamente como excluyendo de obligación legal a quien, por sus funciones de arquitecto técnico, ha de estar a pie de obra y obligado a controlar y verificar que se cumplen los requisitos precisos para el buen fin de la misma y, entre ellos, los de seguridad y protección de riesgos generados por la obra, porque, aunque no empresario, solo mediante su control y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario asignando así, sin fundamento legal alguno, al Arquitecto Técnico unas competencias y responsabilidades en la materia que, a partir de la división del trabajo establecida por la Ley 31/1995, no le incumben, dejando al margen la opinión que, desde el punto de vista de política legislativa pueda merecer esta distribución competencial.*

La sentencia 1063/2001, de 11 de junio, fundamenta la extensión de responsabilidades en la construcción de un sistema específico penal de distribución de roles entre los distintos intervinientes en la actividad constructora. En ella se interpreta que las disposiciones de las Ordenanzas Generales de Seguridad e Higiene en el Trabajo y de la Prevención de Riesgos Laborales, *"no tienen virtualidad para desviar las normas y principios específicos del Derecho penal, que son los que rigen la determinación de la existencia de una responsabilidad criminal de carácter culposo que pueda ser exigida en función de la tipificación específica de la conducta en el Código Penal. Por un elemental principio de seguridad jurídica, no se puede obligar a los perjudicados a una especie de selección previa de los responsables cuando es evidente que el suceso se desarrolla en el marco de la edificación de una vivienda promovida y construida por la empresa a la que pertenece el recurrente"*.

V. ARTÍCULOS OBJETO DE ANÁLISIS (arts. 142, 152 v 621.2, así como 316, 317 v 318 del Código Penal)

Desarrollamos las modalidades delictivas previstas en la materia constructiva que han dado lugar a una sólida línea jurisprudencial en base, bien a los casos donde han fallecido (o resultado lesionados) trabajadores en la construcción a consecuencia de imprudencias graves de los agentes de la edificación (delitos de resultado) y, por otro lado, las modalidades previstas en los arts. 316 y 317 CP como delitos contra los derechos de los trabajadores (delitos de peligro).

Al respecto, se presenta un tema previo, de singular importancia e incidencia práctica, cual es la aplicación del "concurso de delitos". Así, como dice SAP Cádiz 14-09-2007, "ya tiempo atrás, el Tribunal Supremo (STS, Sala Penal, 4 junio 2002, siguiendo el criterio de las SSTs de la misma Sala de 12 noviembre, 14 julio, 26 julio y 19 octubre del año 2000) estima que, si a

consecuencia de la infracción de normas preventivas se produce el resultado que se pretendía evitar con ellas (muerte o lesiones del trabajador), el delito de resultado absorbe al de peligro ex art. 8.3 CP, “como una manifestación lógica de la progresión delictiva”, señalando que sólo “se podría aplicar el concurso ideal de delitos cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad”.

Por ello, la doctrina judicial viene aplicando el concurso ideal de delitos cuando el resultado producido es sólo uno de los posibles derivados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (como ejemplo paradigmático, hay otros posibles resultados al encontrarse otro u otros trabajadores en idénticas condiciones de inseguridad que el fallecido). Sin embargo, si el resultado es el único posible (pues no afectaba el incumplimiento a otros trabajadores que los accidentados), se aplica el art. 8.3 CP, absorbiendo el delito de resultado al de riesgo. Así lo lleva a cabo, por ejemplo, la sentencia Audiencia Provincial Sevilla 27 junio 2000, que aplica el delito de homicidio (trabajador fallecido) y el de lesiones (trabajador accidentado) por imprudencia grave, pero no así el de riesgo.

En definitiva, no siempre se aplicará el delito de riesgo, pues con frecuencia entra en juego el delito de resultado de homicidio/lesiones por imprudencia grave. Es el caso, igualmente ejemplo, de la sentencia Audiencia Provincial Segovia 31 marzo 2001 que aplica el delito de homicidio por imprudencia grave (142 CP) ante la “omisión por parte de los responsables de la seguridad de la obra, encargado y jefe de obra y los arquitectos técnicos que realizaron el estudio de seguridad de las medidas de seguridad de las que eran responsables” (en el supuesto enjuiciado, una plataforma mal instalada y no comprobada, cuyo desplome produjo el fallecimiento de un trabajador).

Si aplicamos la expresiva doctrina jurisprudencial al caso enjuiciado, observamos claramente el error del juez de instancia, que aplica el concurso ideal y no el concurso de normas, como era obligado a la vista de los datos fácticos de autos, ya que no consta la existencia de otros trabajadores en peligro por el uso inadecuado por la cizalla, nada más que el trabajador que resultó lesionado. Por tanto, se impone absolver por el delito del art. 316 y mantener exclusivamente, en su caso, el delito de imprudencia.

V. 1 Imprudencia grave y leve con resultado de muerte (arts. 142, 152 y 621.2 CP)

El Tribunal Supremo ha fijado con claridad los requisitos que deben concurrir para apreciar la comisión por un agente interviniente en la construcción de un

delito de imprudencia temeraria del que se derive la muerte de un trabajador, para lo cual es conveniente recordar los requisitos que debe reunir la culpa.

Como es conocido, para integrar la figura penal de la imprudencia son precisos los siguientes elementos: a) una acción u omisión voluntaria, no intencional; b) la realización de un daño; c) una relación de causalidad entre aquel proceder descuidado o negligente y el mal sobrevenido; d) una actuación negligente o reprochable por falta de previsión que constituye el factor psicológico o subjetivo; e) una infracción del deber objetivo de cuidado, que constituye el factor normativo o externo (STS 25 enero 190).

Debe destacarse ahora el último presupuesto de la imprudencia, esto es, la existencia de una conducta descuidada (inobservancia o infracción del deber objetivo de cuidado), porque el primer problema a resolver en el ámbito del delito imprudente es el referido al contenido o delimitación del deber objetivo de cuidado. Este se determina por un doble criterio: el intelectual, según el cual el concepto de cuidado objetivo comprende la consideración de todos los efectos de una acción que sean previsibles por medio de un juicio objetivamente inteligente; y el normativo, ya que no toda acción que según un juicio inteligente cree un peligro para los bienes jurídicos infringe el cuidado debido, sino sólo el que excede de lo "normal en el tráfico" o de lo "socialmente adecuado", teniendo en cuenta, además, en esta materia que opera en materia interpretativa y de manera singular el principio de intervención mínima, con lo que no pueden hacerse interpretaciones extensivas de la culpa en materia penal, pues siempre quedan subsistentes las consideraciones sobre la culpa civil, que participa igualmente del presupuesto o requisito de la falta de cuidado en la acción del sujeto.

Abundando en lo anterior, el deber de cuidado comprende tanto el dar las órdenes adecuadas para el cumplimiento de las medidas de seguridad como la vigilancia de su cumplimiento de forma continuada. Se parte de que el empresario -o los directivos- se encuentran en posición de garantía respecto de su cumplimiento.

Así, en la STS 5 septiembre 2001 se insiste en que la doctrina actual la idea central en materia de imprudencia punible gira alrededor de un concepto esencial: la infracción de un deber de cuidado. Si como consecuencia de tal infracción se produce un resultado previsto por un precepto concreto de la ley como infracción penal por imprudencia, nos encontramos ante el delito o falta de esa clase. Cuando tal resultado es la muerte de una persona, si la imprudencia es grave, estamos ante el delito del art. 142 CP, y si es leve ante la falta del art. 621.2.

Se insiste en que la actividad constructiva genera un riesgo y que en el ámbito de las relaciones laborales la actividad empresarial genera múltiples riesgos de producción de daños en los trabajadores, lo que constituye uno de los problemas más graves en todos los países industrializados: los accidentes de trabajo, por lo que se requiere una legislación protectora del trabajador muy minuciosa en cuanto que regula todas y cada una de las actividades empresariales con mandatos y prohibiciones específicas tendentes a reducir al mínimo posible estos hechos que tan graves daños producen en los afectados y en sus familias, y en definitiva en toda la sociedad.

Pues bien, en esta sentencia se recuerda que las medidas de intervención de los agentes que participan en el proceso constructivo deben ser máximas al encontrarnos en una situación generadora de un riesgo que exige la adopción de máximas garantías de previsión: “... respecto a los arquitectos técnicos señala el TS que por las normas reguladoras (Decreto 265/1971 y Reales Decretos 555/1986 y 84/1990) le está específicamente encomendada la tarea de realizar el Estudio de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Así, la tarea de este profesional no es sólo la realización del estudio citado, sino evidentemente la de velar por su aplicación, teniendo incluso facultades para detener los trabajos si las medidas correspondientes no se hubieran adoptado. Al empresario, específicamente la legislación laboral le encomienda como tarea primordial la adopción de las medidas de seguridad correspondientes (arts. 14.3 y 45 de la Ley 31/1995 sobre Prevención de Riesgos Laborales) y los empresarios de la construcción no responden sólo por la mera existencia de una obligación legal, sino que si se omiten estas medidas es responsabilidad de los mismos por su obligación de actuar y ser garantes de lo que ocurra. En relación al arquitecto, ya señaló el TS en sentencia de 18 enero 1996 que las obligaciones específicas del aparejador en materia de seguridad no excusan las del arquitecto superior, quien, si ha de dirigir la ejecución de la obra, en esa dirección, como tarea primordial, tiene la del cumplimiento de lo establecido en beneficio de la seguridad de los trabajadores por lo dispuesto en el art. 10 de la Ordenanza General de 9 de mayo 1971, actualmente derogada por la normativa posterior (Ley 31/1995).

Ahora bien, habrá que estar al caso concreto para analizar si, como ocurrió en el caso de la referida sentencia se trataba de *puntuales medidas de seguridad omitidas, respecto de las cuales desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la dirección facultativa de la obra, la consideramos agotada con la impuesta aquí al arquitecto técnico, con exclusión del arquitecto superior*. Igual responsabilidad específica para el arquitecto técnico se recoge en SAP Cádiz 2 marzo 2009.

Fuera de casos especialmente llamativos por la falta de previsión, como dice SAP Cádiz 1-04-09, hay que tener cuidado con interpretaciones extensivas en la materia que nos concierne y preocupa, próximas a la responsabilidad objetiva o por el resultado. Aún conscientes de la alta siniestralidad laboral de nuestro entorno, no es razonable en el orden jurisdiccional que ahora nos

conciene utilizar indiscriminadamente criterios que pueden ser de aplicación válida en el ámbito de las infracciones laborales, o para sostener situaciones de culpa originadora de responsabilidad civil, pero que no son siempre compatibles con la responsabilidad penal en general, ni con la estructura del hecho imprudente (huida hacia el derecho penal/judicialización penal de la vida cotidiana).

La invocación de la alarma social que producen los accidentes de esta naturaleza, con su secuela de muertos y lesionados (en la misma medida que ocurre con los accidentes de vehículos de motor), puede ciertamente justificar la modificación de la normativa referente al aumento de las medidas para la prevención de estos hechos y el incremento, asimismo, de las medidas de inspección y de sanción administrativa, pero no para promover y ampliar subjetivamente la punición penal de tales hechos, olvidando el carácter fragmentario del derecho sancionador, así como los principios de intervención mínima y de subsidiariedad del derecho penal.

Ocioso resulta decir que, en ocasiones, se puede llegar a consecuencias próximas a la responsabilidad objetiva o por el resultado, cuando se predica la responsabilidad penal por el simple resultado, a modo de rechazable presunción de culpabilidad, lo que debe descartarse cuando consten debidamente acreditadas las propias cautelas y prevenciones de los profesionales denunciados.

Sobre tal premisa, idéntica Sala (SAP Cádiz 19-07-2005), encuentra razonable el archivo de las diligencias penales respecto al representante legal de la constructora por cuanto dotada la obra de evaluación de riesgos que, en el caso concreto, operó a modo de Plan de seguridad y con personal cualificado en orden a su dirección, tanto propio -Jefe de obras que es Ingeniero Técnico Industrial- como ajeno, al contar la obra con dirección facultativa municipal. Con esta premisa, no es lógico insistir en una responsabilidad penal. Asimismo, también es razonable y acorde a derecho el archivo respecto al ayudante del Aparejador Municipal que dirigió la obra, ya que tal ayudante carecía por completo de capacidad de decisión en la obra, sirviendo al Aparejador Municipal de labores de comunicación con otras personas implicadas en la obra.... parece mínimamente acreditado que todos los denunciados respecto a los que se acuerda por el instructor el archivo actuaron diligentemente en su labor técnica y en materia de seguridad. Es cierto que no adoptaron previsión específica que tuviera en cuenta la real naturaleza y circunstancias del muro de autos, pero ello no debe redundar en imputación penal por cuanto ninguna norma de cuidado les exigía la implantación de tal previsión específica. Como explica el Perito judicial, lo excepcional y extraordinario es el método empleado para construir el muro, de manera que los imputados actuaron conforme a las reglas de sus respectivas

profesiones y oficios al suponer todos que el muro era ordinario, esto es, suficiente y eficaz para su cometido, y entender a la vista de su estado aparente, sin fisuras ni grietas, que se conservaba bien. No obstante ello, se adoptaron medidas precautorias en evitación de perjudicar el muro (lo que alejaba riesgos de caída sobre los obreros consecuentemente); así, ir abriendo la zanja por trozos de unos cinco metros, que luego se tapaban antes de proseguir. Se destaca, asimismo, la diligencia observada por el Jefe de obras de la empresa... que, más allá de lo que venía estipulado técnicamente, acordó por su cuenta y como mayor precaución que se hiciera la zanja algo menos profunda de lo inicialmente previsto.

A mayor abundamiento, cabe señalar que, mientras se trabajaba cerca del muro abriendo la zanja, los intervinientes observaron que había acometida de aguas y tuberías próximas al muro, lo que significaba que ya con anterioridad se habían abierto zanjas repetidamente junto al muro sin consecuencias perjudiciales al mismo. También los intervinientes en la obra llegan a ver durante los días previos al accidente cómo se cavaba junto al muro para colocar postes de teléfonos, con bastante profundidad, sin que ello repercuta lo más mínimo en el muro, lo que naturalmente les tuvo que reforzar en la idea de que el muro era ordinario, construido conforme a las reglas normales de construcción en la zona.

V. 2 Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP).

A hacer frente a las conductas peligrosas que pueden originar, y tantas veces originan, un resultado lesivo, se encamina su tipificación como infracción penal, como delito o como falta. Se trata de modalidades delictivas que desempeñan una función preventiva de la causación de daños, y de ahí su denominación: "delitos barrera" o "*delitos obstáculo*". Uno de esos preceptos es el **art. 316** del vigente Código Penal: "*los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses*".

Su condición de "delito barrera" o "delito obstáculo" aparece reconocida en la sentencia 1036/2002, de 4 de junio, que considera el actual art. 316, como su precedente 348 bis a) del Código Penal de 1973, procedente de la reforma de 1983, "...responde a la idea de adelantar la línea de intervención punitiva...", añadiendo que "... tiene la estructura característica de un delito de omisión y de peligro concreto grave, que lo configura autónomamente de los delitos de resultado...".

El tipo describe un sujeto activo cualificado. Lo es quien, estando legalmente obligado, no facilite los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Esta delimitación del sujeto activo contiene un doble reenvío normativo, para discernir quién está legalmente obligado a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, y cuáles son esos medios.

El sujeto activo del delito es tanto el obligado principalmente a facilitar los medios, como quienes –bajo sus órdenes– han de ocuparse concretamente de esa facilitación. Ello permite responsabilizar a cuantas personas han de poner en manos de los obreros el equipo personal y demás material y la información que garantice la seguridad de éstos. De ahí, que la STS 1654/2001, de 26 de septiembre, al margen de otras argumentaciones para incluir a los técnicos entre los sujetos a que se refiere el art. 318 CP, considera incluido al arquitecto técnico *directamente* en el art. 316 CP como uno de los «legalmente obligados» a adoptar las medidas de seguridad. Y ello con particular fundamento en que «aunque no empresario, sólo mediante su control (de la obra) y comprobaciones se puede evitar la omisión del empresario, de tal modo que la omisión (del arquitecto técnico) constituyó una cooperación necesaria a la comisión del delito».

Tanto la doctrina como la jurisprudencia operan en el ámbito penal con un concepto más amplio de empresario, de forma que se esquivo el formalismo jurídico y se sitúa en el ámbito de la realidad del mundo del trabajo. Tal como señala MORILLAS CUEVA, la responsabilidad penal se extiende no sólo al empresario o a los administradores o encargados de servicio, sino también a quienes trabajan a su servicio y, en concreto, a todos los que ostenten mando o dirección técnicos o de ejecución, tanto se trate de mandos superiores, intermedios o subalternos, incluso de hecho.

Tal concepción ha encontrado reflejo en la jurisprudencia y en múltiples resoluciones de las Audiencias Provinciales, si bien en este punto en orden a depurar responsabilidades debe traerse a colación, por su potencialidad significativa, la necesidad de aplicar las previsiones del art. 318 CP (“depuración del sujeto activo”).

Por último, no debe pasarse por alto que la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, ha introducido una Disposición adicional 14ª en la LPRL para proclamar la aplicación a las obras de construcción de lo dispuesto en el nuevo art. 32 bis LPRL, obligando a cada contratista a cumplir con la presencia de los recursos preventivos en la empresa en los supuestos de riesgos especiales allí tasados.

Como la norma destaca en su apdo. 1 c) que esa presencia tiene como objeto particular *vigilar* el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y *comprobar* su eficacia, cabe preguntarse si tales «recursos preventivos» eximen a los técnicos de la construcción de su deber de vigilancia en este caso y, por tanto, si vienen a ocupar un lugar preferente en la imputación penal desplazando a éstos. Seguramente para prevenir contra esa interpretación el apdo. 2 de la misma recuerda que esta presencia «se entiende sin perjuicio de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra». Tampoco esta prevención aclara gran cosa, pues tales *obligaciones* deberían seguir entendiéndose como aquellas que no se encuentren atribuidas a otras personas.

Finalmente, ante la conciencia de la frecuente intervención de personas jurídicas en actividades que entrañan riesgos –de mayor o menor entidad– para los trabajadores, el art. 318 establece que "*[cuando] los hechos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a 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 hubieren adoptado medidas para ello*".

La conducta típica es eminentemente omisiva y consiste en no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. En esto, la interpretación jurisprudencial del precepto actual y de sus precedentes es unánime (sentencias 1233/2002, de 29 de julio; 1036/2002, de 4 de junio; 1654/2001, de 26 de septiembre; 1355/2000, de 26 e julio; 1360/1998, de 12 de noviembre).

Por otra parte, el delito tipificado por el art. 316 es doloso. Por eso, a tenor del art. 317, "cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado".

La sentencia 1355/2000, de 26 de julio, establece una distinción que no siempre está clara en las resoluciones de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El art. 316 juega con dos elementos estructurales típicos: una omisión e infracción de las normas de prevención de riesgos laborales, y su consecuencia, el peligro grave para la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

El peligro ha de ser grave; en cambio –y a diferencia de lo previsto por el art. 317 para la modalidad culposa o imprudente de la omisión– la infracción no tiene por qué serlo. Por eso, como dice SAP Cádiz 1-04-2009, debemos tener en cuenta especialmente, en cuanto a las conductas conocidas como delitos de riesgo o peligro, que el delito específico en materia de seguridad y salud

laboral (arts. 316 y 317 CP), cuya aplicación se pretende, que el peligro grave se identifica con la noción de "riesgo grave" que emplea el art. 4.2 LPRL, según el cual "*para calificar un riesgo desde el punto de vista de su gravedad, se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo*". En consecuencia, riesgo grave será aquel en el que la probabilidad de que exista daño real sea muy elevada y en el que el resultado para la salud o integridad física del trabajador sea especialmente severo. Sobre ello, caso por caso, debemos interpretar y argumentar.

La falta de medios ha de ocasionar un peligro para la vida, la salud o integridad física de los trabajadores; y no un peligro cualquiera, sino un peligro grave, que ha de medirse de acuerdo con una doble pauta: la gravedad del peligro (elevada probabilidad de producción del daño) y la gravedad del resultado probable (sentencias 1232/2002, de 29 de julio; 1036/2002, de 4 de junio; 1355/2000, de 26 de julio; y 1360/1998, de 12 de noviembre), partiendo de un pronóstico formulado sobre la base de las circunstancias conocidas inmediatamente antes de tener lugar la conducta omisiva, o lo que es igual, la privación de los medios necesarios para que los trabajadores pueden desempeñar su actividad con la deseable seguridad.

Tanto en la bibliografía especializada como en las resoluciones jurisprudenciales se enfatiza el carácter de "*norma penal [doblemente] en blanco*" del art. 316 (sentencias 1223/2002, de 29 de julio y 1355/2000, de 26 de julio). En una y en otras existe unanimidad en acudir, para integrar los "*espacios en blanco*" del tipo, a las normas de prevención de riesgos laborales, de las que constituye infracción la omisión de facilitación de medios.

Los arts. 14 al 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, enuncian los deberes fundamentales del empresario en esta materia. Los medios negados a los trabajadores han de ser los necesarios para que éstos desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Podrían considerarse tales los "requisitos mínimos que deben reunir las condiciones de trabajo para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores", a que alude el art. 6.1.a) de la Ley 31/1995.

Un enunciado de este tenor carece de la necesaria seguridad de denotación, obligando a un siempre peligroso juicio de valor del aplicador de la norma.

VI. PROBLEMAS PRÁCTICOS SIN SOLUCIÓN UNIFORME Y DEFINITIVA

VI. 1 Imprudencia grave.

A) Respecto a la gravedad, exigida por los arts. 142, 152 y 621.1, existe cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en equiparar –siempre teniendo en cuenta que no es mero fruto de un cálculo de probabilidades sino que presupone un juicio valorativo– la imprudencia grave con la temeraria de los Códigos anteriores, tomando como criterios la importancia o evitabilidad de la norma de cuidado infringida y la gravedad de la infracción. O, como aclara la STS de 25-abr-05, reiterando la fórmula ya empleada en la STS de 19-oct-00, es grave, o temeraria, la imprudencia " *cuando supone un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado. Estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas, y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la adopción de las necesarias medidas de cuidado y control*".

Si la constatación de imprudencia no exige violación de normas laborales, aunque en términos estadísticos esta violación acompañará a todo comportamiento imprudente –dado el alto y detallado grado de normativización de la materia– la calificación de aquella como grave es tarea en la que el juzgador penal se mueve con independencia.

Ya el art. 316 CP opta –frente a la redacción del 348 bis que exigía gravedad en la infracción– por la primacía de los criterios penales a la hora de considerar grave al peligro, dejando de lado la calificación que pudiera merecer la infracción de la normativa sobre seguridad [SAP de Barcelona 8 marzo 2000]. En términos idénticos, cuando se califica la imprudencia como grave se trata, hay que partir, igualmente, de la independencia del juez penal.

Normalmente, la infracción muy grave será reflejo de conductas imputables a título de imprudencia grave. Pero no se puede afirmar que, en todo caso de infracción muy grave, la existencia de resultados (típicos) lesivos constituya prueba de comportamiento imprudente con relevancia penal.

B) No es correcto entender que existe imprudencia grave sólo cuando se infringen "todas" las previsiones exigibles al garante de seguridad, tal como repite la jurisprudencia (p. ej., SAP de Valladolid 30-ene-04 y SAP La Rioja 13-may-05) reiterando, parcialmente, el contenido de las STS 26-jul-00 o 19-oct-02. Esta interpretación no puede ser compartida, ya que una cosa, correcta, es que cuando se omiten "todas" las precauciones la imprudencia deba ser calificada como grave, y otra es que sólo sea grave la imprudencia en que se omiten "todas" las precauciones.

Tampoco puede ser aceptada otra línea de interpretación próxima en cuya virtud se debe apreciar imprudencia grave en los casos de ausencia total de medios de seguridad, y leve cuando esos medios existen, pero son defectuosos, inadecuados o inservibles. Es la tesis mantenida por la SAP de Las Palmas 11-mar-05: "*su imprudencia, al no tratarse pues de un supuesto de ausencia de medios de seguridad sino de insuficiencia de los mismos... debe ser calificada como leve*". Más correctamente, SAP Cuenca 21-feb-01 toma como criterio para calificar la imprudencia de grave la "*infracción de ciertas normas de carácter elemental*", compatible con la adopción de "*medidas de seguridad testimoniales o manifiestamente insuficientes*".

Y es que, en términos valorativos, la negligente ausencia y la insuficiencia de medios pueden ser equiparables. Cuando, como ocurre en el caso examinado por SAP La Rioja 13-may-05, resulta imposible el anclaje de un tramo importante de una red, pero viene recomendada la instalación de una segunda red complementaria a la (ineficaz) anterior, en un plano inferior, y se omite la instalación de ésta, los resultados lesivos producidos no quedan, a priori, confinados al campo de la imprudencia leve por el sólo hecho de que "*no se ha acreditado la ausencia total de las previsiones exigibles*".

VI.2 El tratamiento de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por período de 3 a 6 años del art. 142.3 y 152.3 del CP.

La profesionalidad, como característica de la imprudencia grave, determina la adición a las penas privativas de libertad previstas tanto en el art. 142 como en el 152 CP, de la inhabilitación especial para el ejercicio de la 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.

Sin embargo, la práctica corriente es recurrir a las inhabilitaciones como penas no principales sino accesorias de la privativa de libertad, en los términos del art. 56. Incluso, en algún caso, se burla objetivamente el fin de la norma, al prescindir de la condena a penas accesorias o al imponer a los técnicos especializados responsables de un homicidio imprudente, la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo. Con lo que se desconoce la necesidad de asumir los objetivos preventivo-especiales propios de las inhabilitaciones profesionales.

La opción en materia de penas responde a la tendencia generalizada a no apreciar en estos delitos imprudentes la concurrencia de profesionalidad. En efecto, frente a una posible identificación de la profesionalidad como

actuación en ejercicio de la profesión, la doctrina jurisprudencial y científica se ha venido decidiendo por una interpretación mucho más angosta, que distingue entre impericia (como imprudencia profesional) e imprudencia propia de quien ejerce una determinada profesión (imprudencia del profesional).

A pesar de la aparente sencillez de la línea interpretativa expuesta, la doctrina ha venido corroborando, ya desde hace tiempo, que *"los criterios sentados por la jurisprudencia penal sobre imprudencia profesional, además de excesivamente ambiguos, equívocos e inadecuados, no se han venido aplicando de forma ponderada ni equitativa desde una perspectiva de justicia material, pues es enormemente frecuente que, ante supuestos de hecho idénticos, se falle en sentidos divergentes, aun empleando para ello análogas argumentaciones"*. En aval de esta valoración puede acudir, de nuevo a la STS 25-abr-05, que contempla como modalidad de imprudencia profesional no sólo la impericia, sino también la *"negligencia profesional... en la que se detecta una especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen... inatenciones que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosas e incompatibles con el ejercicio de aquella profesión de dejación inexcusable de los presupuestos de la lex artis"*. De este modo, impericia e imprudencia "gravísima" –pero ajena a la impericia– se superponen confundándose.

De este modo, debería admitirse como punto de partida que *"la imposición de la inhabilitación especial se dictamine exclusivamente en aquellos casos en que se constate de manera efectiva que el autor ha provocado el resultado lesivo típico por no controlar los riesgos inherentes al ejercicio de su profesión, incrementando la peligrosidad estadística de dicha actividad más allá de lo legalmente permitido al infringir las concretas normas de cuidado que la rigen"*.

Lo que lleva a concluir que más que enmarañarse en la vieja –y hoy carente de fundamento– distinción entre imprudencia del profesional e imprudencia profesional y más que reivindicar la desaparición de ésta como determinante de consecuencias específicas, lo adecuado es atribuirle el contenido indicado por la interpretación gramatical, entendiendo por profesional la imprudencia en que se incurre en el ejercicio de la profesión⁷.

En efecto, cualesquiera que sean sus manifestaciones: actuación torpe por ignorancia o por negligencia, ausencia de análisis de riesgos o negligente subvaloración de los mismos, exquisita negligencia en la ejecución, etc.– la

⁷ En parte es lo que sugiere la STS de 15-jul-92, al entender que la no adopción de medidas de seguridad relativas a barandillas protectoras en la construcción, por parte de los arquitectos responsables de la obra *"es indicio de la más grave imprudencia, temeraria en el lenguaje legal, que incluso está rozando la culpa profesional"*. Más lejos va SAP Cuenca 21-feb-01, al pronunciarse sobre las consecuencias de la imprudencia y decidir que *"respecto a la inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, esta Sala considera que debe imponerse a los acusados respecto de cualquier clase de profesión o categoría profesional que comporte la función de dirigir, implementar o velar por el cumplimiento de las necesarias prevenciones en materia de seguridad de los trabajadores, función ésta que ninguno de los condenados podrá asumir durante el tiempo que dure la condena"*.

infracción de la norma de cuidado puede detectarse tanto en la ejecución de la actividad peligrosa sin la debida preparación, como en la negligente aplicación de los conocimientos que se tienen.

En cualquier caso, en supuestos en que no ha existido una infracción desde su inicio, por ni tan siquiera prever este peligro, sino a consecuencia de no vigilar la ejecución, recuerda el TS que la doctrina fue singularmente restrictiva al aplicar la pena de inhabilitación especial sólo cuando hubiera existido una imprudencia ligada al ejercicio de la profesión concreta de que se tratara, *pues no toda «imprudencia de un profesional» podía ser considerada como «imprudencia profesional»*⁸. Así, señala el TS, que *«tal criterio restrictivo se viene aplicando por esa sala también ahora al interpretar este art. 142.3 para acordar si se impone o no la pena de inhabilitación especial a la que esta norma se refiere (SS de 16 de diciembre de 1997, de 18 de noviembre de 1998, de 22 de enero de 1999 y de 25 de mayo 1999). Entendemos que existe esta «imprudencia profesional» cuando la negligencia por la que se condena aparece ligada a la infracción del cuidado exigido por la lex artis de la profesión concreta de que se trate, en este caso la lex artis propia de la profesión de aparejador. Parece que a esta inhabilitación especial el legislador pretende darle un matiz próximo a la medida de seguridad, como para impedir que una persona que ha delinquido por imprudencia en el ejercicio de su profesión pueda volver a hacerlo durante el período que se señale para esta pena de inhabilitación especial. Aplicando tal criterio restrictivo al caso presente, entendemos que aquí hubo sólo una infracción de un deber de vigilancia respecto de comportamientos ajenos, los del empresario y los del trabajador que no observaron las normas de precaución que él (el aparejador) había prescrito en su estudio de seguridad. No hubo incumplimiento por parte del aparejador de las normas propias del ejercicio de su profesión específicamente consideradas como lex artis. No hubo propiamente imprudencia profesional. Entendemos que no ha de aplicarse al caso el art. 142.3 CP»*.

En definitiva, no es automática la pena prevista en el apartado 3º, sino que se gradúa su imposición atendiendo al grado de la imprudencia cometida por el agente de la construcción.

VI.3 Alcance de la exigencia del control de la ejecución por el arquitecto técnico. ¿Hasta dónde debe llegar este control?

Es evidente que si nos movemos en el terreno del derecho penal el prisma sobre el que se mira el abanico de las responsabilidades es bien distinto del

⁸ Sobre el concepto y los requisitos de la imprudencia profesional véase la STS (2.ª) 1561/ 1997, de 16 de diciembre y las que en ella se citan. Bástenos ahora con apuntar que reina en este punto cierta confusión terminológica y conceptual, pues la jurisprudencia viene subsumiendo bajo el concepto de culpa profesional tanto la «impericia profesional» -falta de conocimientos técnicos en el ejercicio de la profesión-, como la «negligencia profesional» -inaplicación de conocimientos técnicos que se tienen-, en tanto que admite también la «culpa del profesional» como una imprudencia común cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio y que no obedece a desconocimiento de las reglas técnicas ni a descuido en su aplicación. Vid. también STS (2.ª) 860/2001, de 17 de mayo, en la que admite la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de jefe y encargado de obra con base en el art. 56 CP, aunque la imprudencia no haya sido calificada como profesional.

orden civil y el propio TS ya venía diciendo desde antiguo (por ejemplo, la sentencia de 16 de noviembre 1960), que al arquitecto técnico no le es exigible una asiduidad extraordinaria en las visitas a la obra. Es decir, que no se trata de un celo exagerado en estar de forma permanente en la obra, sino que adopte las medidas de prevención indispensables para evitar que ocurran siniestros en la ejecución de la obra. Lo que se sanciona son las acciones u omisiones culposas que en estos casos pueden manifestarse, tanto en la elaboración de los proyectos o memorias, como en la falta de órdenes encaminadas a la ejecución de la obra, y también en la omisión de vigilancia de la actividad de los demás profesionales implicados en la misma actividad.

De otro lado, no basta que las órdenes se den, sino que si se comprueba que no se cumplen, alguna medida tendrá que adoptar al constituir el tipo penal del art. 316 CP un delito de riesgo. Pero nótese que en el orden penal la sanción viene, no por una omisión de vigilancia esporádica, sino constante y continuada en el tiempo desde el inicio de las obras, por lo que llegado el juicio oral será la prueba que se practique la que determine si existió una patente dejación de sus obligaciones en la ejecución o si, pese a haber adoptado las medidas oportunas, fue la imprudencia del operario u otras circunstancias no achacables al técnico las que fueron causa del resultado.

Así, por los profesionales de la construcción se nos traslada que en muchos casos son los trabajadores los que se niegan a cumplir las órdenes, o, en algunos casos se consume alcohol durante las comidas, lo que produce una merma de las facultades de quienes se tienen luego que subir a un andamio, etc. Por ello, si se ha cumplimentado de forma correcta el libro de órdenes y asistencias, si se ha vigilado la obra, y si se ha adoptado una diligencia mínima exigible en la ejecución no se le podrá achacar en vía penal al arquitecto la responsabilidad del fallecimiento de un trabajador o las lesiones que pueda sufrir al no existir un nexo causal con su actuación y deberse a otras circunstancias que podrían ser achacables a una propia imprudencia de la víctima.

VI.4 ¿Le exonera de responsabilidad la existencia de delegados?

A) Encargados de obra.

En absoluto, ya que la existencia de terceros en el proceso constructivo no le libera de su responsabilidad al arquitecto técnico como agente de la edificación que figura en la LOE y la presencia de encargados de obra no le libera de su obligación de vigilancia en la ejecución, sin exigirse una extraordinaria cautela, sino la diligencia normal adecuada a estos casos, no pudiendo responder de todo lo que ocurra en el proceso constructivo, salvo lo

que sea achacable a un incorrecto proceder. Así, como señala la sentencia de la AP de Las Palmas de 7 de junio de 2001, *el arquitecto técnico es el director ejecutivo material y directo de la obra estando obligado a vigilar y cuidar de su ejecución y realización material, de forma continuada y directa, aun cuando, como ha ocurrido en el presente caso, pueda delegar en los encargados (pertenecientes a la empresa SC, SL) y en los capataces (puestos por el subcontratista, e igualmente acusado)*. Ello no quita que, como señala la Sentencia del TS de 26 de marzo de 1999, *en los profesionales que intervienen en una construcción, el que tiene mayor exigencia de estar a pie de obra para detectar y corregir cualquier anomalía es, precisamente, el aparejador, pues así se lo impone la normativa que regula y reglamenta su función; ello con independencia, según hemos dicho, de que tal responsabilidad primaria no excluye la de otros profesionales*.

Los límites de la delegabilidad de funciones se enlazan en la sentencia de 7 de noviembre de 1991 con la posición de garante. Al respecto, no sólo la posibilidad, sino también la necesidad de la delegación, es reconocida jurisprudencialmente: *“no es humanamente posible que quienes deben ejercer su posición de garante, que requiere, por su naturaleza, una distribución de funciones, puedan realizar personalmente todas las operaciones necesarias para el cumplimiento del deber. Por ello, el ordenamiento jurídico reconoce el valor exonerante de la responsabilidad a la delegación de la posición de garante, cuando tal delegación se efectúa en personas capacitadas para la función y que disponen de los medios necesarios para la ejecución de los cometidos que corresponden al deber de actuar”* (STS 653/1994, de 26 de marzo).

En la bibliografía especializada se admite generalmente que no se podrán delegar los deberes altamente personales y que la delegación libera de responsabilidad por los actos del delegado sólo en parte. Diríase más bien que la transforma: mantiene su deber de elegir un sustituto idóneo, y coloca al delegante en una posición de garante mediato, sobre el que sigue pesando un deber de vigilancia y control del cumplimiento del sustituto.

El deber secundario de control se acentúa cuando surge alguna fuente de peligro, estableciéndose una relación directamente proporcional entre el riesgo y la supervisión del delegante: *“a mayor riesgo, mayor supervisión”*.

El riesgo que intensifica el deber secundario de control puede aparecer:

a) *Por falta de cualificación en el personal auxiliar*. Hay resoluciones judiciales (sentencias de 16 de enero de 1961 y de 26 de octubre de 1983) que comprenden que no se puede imputar a un jefe de equipo responsabilidad por deficiente preparación de personal subalterno de centros oficiales que aquél no ha seleccionado, pero ello no le releva de su deber de vigilancia y control, y de dar las instrucciones pertinentes.

b) *Por fallos en la comunicación*, cuando las instrucciones se imparten de manera poco comprensible para quien las recibe, de modo que resulten, para él, equívocas o confusas.

c) *Por deficiencias en la coordinación*. Con gran frecuencia surgen los conflictos como consecuencia de la división tanto *horizontal* como vertical del trabajo. A esta última parecen aludir (sin demasiada fortuna expresiva) las sentencias de 7 de noviembre de 1991 y de 3 de febrero de 1992, cuando se refiere a "... la realidad de una escala de valores jerárquicamente establecida que toda empresa organizada ofrece...". Esta doctrina, aunque establecida para un ámbito diferente, es igualmente aplicable, por supuesto, al de la construcción.

B) El coordinador en materia de seguridad y salud

No aparece contemplado en la Ley 38/1999 de ordenación de la edificación el coordinador de seguridad y salud como uno de los agentes de la edificación, por lo que tiene que quedar integrado dentro de la dirección facultativa y, por ende, en el marco de la ejecución de la obra.

Así, el RD 1627/1997 de 24 de octubre establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción, de acuerdo con el art. 6 de la Ley citada de Prevención de Riesgos Laborales, modificando toda la regulación anterior, creando las figuras entre otras del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra, que será el técnico competente integrado en la dirección facultativa, designado por el promotor para llevar a cabo las tareas que se mencionan en el art. 9 del propio D.

No podemos olvidar, tampoco, que el coordinador es citado también por la LOE, pero en la Disposición Adicional 4ª tan sólo para hacer mención a la titulación que se exige, entre los que se cita a los arquitectos técnicos. Además, queda excluido de la relación de agentes de la edificación en la LOE porque la intención del legislador fue la de orientar la determinación de las atribuciones, competencias, obligaciones y responsabilidades de las personas que han intervenido en la realización de obras de edificación, excluyendo en el marco de la consideración de agentes a estos coordinadores.

Cierto es, por ello, que no puede deslindarse en la vía de ejecución la actuación del coordinador y el director de la ejecución de la obra para hacer recaer en aquél el área de la vigilancia, ya que ello requeriría una modificación legal de la Ley 38/1999 para introducirlo dentro de los agentes de la edificación.

El director de la ejecución de la obra debe seguir adoptando una posición mínima de vigilancia en la ejecución adoptando las medidas exigibles, pero sin pretenderse, como ya hemos señalado, una diligencia o previsión de carácter extraordinario. Ahora bien, la delegación de la ejecución en el coordinador y dejación absoluta de esta faceta determinaría su responsabilidad en caso de resultado lesivo o muerte por culpa *in vigilando* también, ya que el director de la ejecución es él, aunque exista la figura del coordinador; ello, salvo modificación de la norma, pero con rango de ley, no pudiendo ser modificada la Ley 38/1999 por una norma posterior de inferior rango que pretenda otorgar competencias de ejecución al coordinador exoneratorias de responsabilidad para el director de la ejecución.

Recordemos que el Tribunal Supremo destaca a estos efectos que, aunque el RD 1627/1997 le permite al promotor a designar un coordinador de seguridad en la fase de ejecución cuando intervengan en la obra más de una empresa o una empresa y trabajadores autónomos, el art. 3.4 dispone que esta designación de coordinadores *no eximirá al promotor de sus responsabilidades en el campo de la seguridad y salud*.

C) En definitiva, no hay motivo para que la trayectoria jurisprudencial deba sufrir un cambio sustancial a partir del RD 1627/1997 y la creación del coordinador en materia de seguridad y salud, pues al mismo se confiere (y a la dirección facultativa -arquitecto generalmente-) tales obligaciones y facultades que les convierten en garantes particulares de la seguridad de los trabajadores. No obstante, su presencia no impide la responsabilidad del promotor⁹ ni de los contratistas¹⁰. Estos técnicos elaboran los estudios de seguridad y salud si se los encomienda el promotor, y aprueban el plan de seguridad y salud cuando les corresponda --arts. 5, 6 y 9 c)--, lo que les otorga un protagonismo indiscutible en la detección y neutralización de los riesgos. Por otro lado, su presencia en la obra parece reforzada desde el momento en que tienen obligación de *vigilar*¹¹ el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud, *advertir* en caso contrario al contratista, reflejar tal contratiempo en el Libro de Incidencias y disponer en caso de riesgo grave e inminente para los trabajadores la *paralización* de parte o la totalidad de la obra (arts. 13 y 14). El hecho de que ese libro deba permanecer bajo su custodia (art. 13.3) determina una presencia cuasipermanente del arquitecto -del coordinador en su caso- en

⁹ El art. 3.4 del RD 1627/1997 dispone: «La designación de los coordinadores no eximirá al promotor de sus responsabilidades».

¹⁰ El art. 11.3 del RD 1627/1997 dispone: «Las responsabilidades de los coordinadores, de la dirección facultativa y del promotor no eximirán de sus responsabilidades a los contratistas y subcontratistas». Ya la STS de 27 de abril de 1984, señalaba que «el hecho de que figure en la obra un arquitecto y un aparejador no dispensa al contratista de la misma, no menos al encargado delegado de ella, de la observancia de los deberes de cuidado y prudencia en la construcción».

¹¹ Aunque pueda parecer que este deber de vigilancia y control está diluido en la norma y que sólo se infiere a partir de la lectura conjunta de varios preceptos, la jurisprudencia ha venido a exigirlo hasta de otros mandos inferiores que ni siquiera aparecen en la misma. Así, la STS 860/2001, de 17 de mayo, declara: «En cuanto al actual recurrente se aprecia que su obligación de cuidado era notablemente relevante puesto que era el jefe de la obra que se realizaba y que tenía obligación de controlar todos los aspectos de su realización, y naturalmente, entre ellos la previsión y la evitación de peligros y riesgos para los operarios que en ella trabajaban». Respecto del deber de vigilancia del arquitecto técnico cfr. STS 1329/2001, de 5 de septiembre.

la obra, sin que sea aceptable un ejercicio distante, delegado o discontinuo de sus competencias. Estas circunstancias son relevantes para fundamentar la imputación de los técnicos de la construcción con base en el art. 318 CP si al conocimiento cabal de una situación de riesgo por parte de los mismos sigue una absoluta pasividad en su corrección, advertencia o neutralización.

En todo caso debe insistirse en que tal imputación depende de que se haya conocido la situación de riesgo, pues, como dijera la STS de 19 de febrero de 1979, en relación con el encargado, no puede exigírsele «que siga y esté presente a la vez en los múltiples trabajos que se realizan en una obra, quedando al margen -como dice la STS de 5 de junio de 1972- de las posibles extralimitaciones y desobediencias que por su rápido acontecer y por el modo y forma de su producción pueden ser *inadvertidas* para él». Pero tampoco puede el técnico escudarse en tal desconocimiento si éste sólo se explica por su total absentismo de la obra. En relación con este particular suelen reproducirse discordias gremiales en torno al porcentaje de dedicación presencial que le es exigible a cada uno de los técnicos que intervienen en la obra. De ordinario el arquitecto superior se arroga con fines exculpatorios un derecho de ausencia que al mismo tiempo se niega a reconocerle al arquitecto técnico. Sin embargo la STS de 7 de noviembre de 1991, recuerda que «de los profesionales que intervienen en una construcción, el que tiene mayor exigencia de estar «a pie de obra» para detectar y corregir cualquier anomalía es precisamente el aparejador, pues así se lo impone la normativa que regula y reglamenta su función, ello con independencia de que tal responsabilidad «primaria» no excluye la de otros profesionales, sobre todo la del arquitecto superior en cuanto éste asume no sólo la responsabilidad del proyecto sino también su concreción material aunque sea a través y con mediación de otros subordinados»¹².

Por otra parte, una vez conocida la situación de riesgo, la actuación subsiguiente del técnico ha de ser efectivamente paliativa, agotando los recursos a su alcance y no meramente formal. Como afirma la STS 12/1995, de 18 de enero, «no le bastaba al aparejador para excluir su responsabilidad la mencionada orden escrita al constructor, tenía el deber ineludible de velar por que tal orden fuera cumplida, pues, en su calidad de tal, estaba facultado para imponer dicho cumplimiento del modo que necesario fuera, incluso paralizando la obra. Pero se limitó a dar tal orden sin volver a ocuparse de la cuestión...»¹³.

¹² Argumento recogido después en la STS 1654/2001, de 26 de septiembre.

¹³ Un criterio diferente, sin embargo, puede apreciarse en la STS de 25 de enero de 1979, según la cual el aparejador ha de quedar «liberado de responsabilidad en aquellos casos en que se pruebe o demuestre haber dado las oportunas órdenes al respecto que no fueron ejecutadas o lo fueron tardíamente, ya que entonces su responsabilidad debe ser transferida al encargado de ejecutarlas».

VI.6 ¿Cómo operaría la culpa del trabajador en el siniestro?

Ya hemos señalado que el director de la ejecución de la obra cumple con vigilar su función encomendada *ex art. 13 LOE* cumplimentando el libro de órdenes y asistencias y vigilando la obra para comprobar que la ejecución se ajusta al proyecto y a la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, pero no es posible pretender derivar responsabilidad de todo lo que ocurra en la obra a la dirección de la ejecución. Así, ocurre en ocasiones que ha sido la imprudencia del trabajador la causante del accidente y ello opera de distinta manera si concurre la responsabilidad del director de la ejecución que si no concurre.

Al tratar sobre la concurrencia de culpas, se recuerda que la gravedad de la imprudencia es elemento esencial en el delito y no queda excluida mecánicamente por el comportamiento imprudente de la víctima.

No coopera a la claridad en estas cuestiones la importación mecánica de la doctrina laboralista sobre el alcance del art. 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que precisa que *"la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador"*.

Con carácter general, será irrelevante la imprudencia de la víctima cuando el resultado hubiera sido idéntico de no haber concurrido ésta. A partir de ahí, se ha podido detectar cierta evolución jurisprudencial que, arrancando de la negación de la posibilidad de compensar, en lo penal, culpas (STS de 18-mar-03), habría pasado a valorar la relevancia de cada una de las aportaciones a la producción del resultado típico, sin descuidar la primera interpretación, impuesta por el principio propio del Derecho laboral en cuya virtud es necesario proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias (SAP de San Sebastián de 21-feb-05), si bien en realidad no se trata de proteger al trabajador de sus propias imprudencias, sino frente a las ajenas, esto es, del empresario o asimilados, que deben *"tutelar la seguridad de sus trabajadores también frente a su propia voluntad o interés individual exigiéndoles incluso coactivamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas"* (SAP Cantabria 31 marzo 2004).

La SAP Valencia 7 mayo 2002 *está reconociendo cierta participación de la víctima en los hechos, al decir que estaba trabajando con el casco puesto sin atar y sin cinturón de seguridad, dado que no le daba suficiente movilidad, por lo que procede apreciar concurrencia de culpas y la indemnización aminorarse en un 50%, al ser el propio trabajador el que por motivos de acelerar el trabajo, que realizaba a destajo, rechazó el llevar puesto el cinturón de seguridad. La Sala comparte los argumentos del juzgador de instancia, en cuanto a la concurrencia de culpas, entendiendo que ha quedado acreditado, con la prueba practicada,*

que la víctima disponía de cinturón de seguridad, entre otras medidas de seguridad, que no se los ponían porque no podían trabajar con ellos, a pesar de que les decían que debían ponérselos, y que en el momento del accidente no lo llevaba puesto, que no se los solían poner los encofradores porque trabajaban a destajo pagándoles por unidad de obra realizada y según ellos, para encofrar no se los pueden poner.

Ahora bien, habría que distinguir la afectación que produce la culpa del trabajador en el hecho lesivo y la conducta del arquitecto técnico, ya que en el caso analizado en la sentencia citada, resulta que *el arquitecto técnico había elaborado el plan de seguridad e higiene en el trabajo, se había nombrado un vigilante de seguridad que era un trabajador más a pie de obra, y había hecho constar en el libro de visitas las incidencias en relación con las medidas de seguridad, no hay que olvidar que el arquitecto técnico tiene las funciones de control y vigilancia de las medidas de seguridad, sin que sea dable desviar dicha responsabilidad, única y exclusivamente, sobre el vigilante de seguridad, ya que, en definitiva, este no era más que un operario que recibía las instrucciones y órdenes del arquitecto técnico y las transmitía a los trabajadores.*

En este caso, existía responsabilidad del arquitecto técnico, ya que había delegado en un tercero sus competencias en la ejecución; sin embargo, el hecho de que se hubiera probado que existió clara y patente culpa del trabajador hizo descender el reproche penal a una falta de imprudencia, ya que *apreciada la concurrencia de culpas en sentencia y reiterada por la sala, una de las consecuencias fundamentales de tal concurrencia de culpas, según el TS, es degradar la índole de la culpa en que incurrió el agente haciéndole descender de la escala culposa. En consecuencia, acreditado que la víctima disponía de cinturón de seguridad, entre otras medidas de seguridad, que no se los ponían porque no podían trabajar con ellos, a pesar de que les decían que debían ponérselos, y que en el momento del accidente no lo llevaba puesto, que no se los solían poner los encofradores porque trabajaban a destajo pagándoles por unidad de obra realizada y según ellos, para encofrar no se los pueden poner, por lo que no cabe sino calificar los hechos como constitutivos de falta de imprudencia, y no de delito.*

Sin embargo, si el arquitecto técnico cumple bien su función encomendada en la ejecución, vigilando en la obra de forma periódica y dando cuenta en el libro de órdenes y asistencias, no le derivará responsabilidad por el hecho de que ocurra un siniestro, aunque éste sea mortal, ya que la diligencia que se le exige al profesional es la normal adecuada para estos casos y no una presencia continuada y permanente que le haga responsable de todo lo que hubiera podido evitar y, también, de lo que no hubiera podido, como se da, por ejemplo, en los casos en los que el trabajador consume alcohol mientras trabaja, o no utiliza los mecanismos de prevención en el trabajo que el arquitecto técnico ha dispuesto y le ha ordenado de forma reiterada que los utilice.

Por su parte, la STS 25 Enero 1979, recoge el siguiente hecho probado: “...como la rampa existente entre el primero y segundo sótano, careciese de barandilla que reglamentariamente debía serlo de 0,90 metros y no funcionaba más que una bombilla de 60 vatios en el sótano, que con luz natural que entraba por dos sitios resultaba insuficiente y no había señal alguna de peligro, ni advertencia del mismo en la rampa, todo contribuyó a que el peón obrero cayera desde el primer sótano por el borde de la rampa -sin barandillas, sin cuerdas, sin banderolas blancas y rojas que se pusieron después-, sufriendo un traumatismo craneoencefálico, que determinó su óbito al poco tiempo”. La fundamentación exculpatoria dice así: “respecto a la procedencia o improcedencia de los motivos primero y segundo del mismo recurso, ejercitados por infracción de ley en los que se citan como infringidos artículos sobre la competencia de los arquitectos técnicos, se hace necesario no olvidar que, aún cuando en el citado Decreto se establece en el número tercero de su artículo primero, como cometido o función del Arquitecto Técnico la obligación 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 en el trabajo”, es lo cierto que al mismo sólo le corresponde velar y ordenar la puesta en práctica de éstas, quedando por tanto liberado de responsabilidad en aquellos casos en que se pruebe o demuestre, haber dado las oportunas órdenes al respecto que no fueron ejecutadas o lo fueron tardíamente, ya que entonces su responsabilidad debe ser transferida al encargado de ejecutarlas, por lo que en el caso que nos ocupa, constando como consta en el acta del juicio oral, que éste había dado órdenes sobre la rampa y que visitaba la obra todos los días, afirmación corroborada con la declaración del mismo procesado, que no negó tales afirmaciones, resulta evidente que fue éste el que dio lugar al luctuoso resultado con su negligente conducta y debe ser considerado como único responsable del mismo, por lo que ambos motivos deben ser rechazados”.

Finalmente, cabe citar también la SAP Murcia 10 junio 1999, aunque sin referirse específicamente a la problemática de la contribución de la víctima a la producción del accidente: “el indicado precepto (art. 142 CP) no puede entenderse que implique penalizar cualquier infracción reglamentaria grave, sino de forma exclusiva aquellas que supongan un desprecio para la vida e integridad de los trabajadores, lo que aquí no podemos admitir que haya ocurrido, todo vez que en modo alguno se puede asumir que los acusados eliminaran la atención más absoluta u olvidaran las elementales normas de cuidado y cautela; no pudiendo concluirse que los mismos omitieran todas las precauciones que les incumbían, conclusión a la que se llega tras analizar las pruebas, y conforme se extrae del relato fáctico, atendiendo también al conjunto de las circunstancias que han concurrido en orden a la producción del resultado lesivo. Todo ello determina que proceda la absolución de los acusados respecto del delito de homicidio culposo que les ha sido imputado por la acusación particular.

TERCERO.- Sentado lo que antecede, se impone determinar a continuación si la conducta de los acusados podría ser reputada de una falta de imprudencia del artículo 621.2º del Código Penal. En la prueba testifical practicada en el plenario se ha acreditado que era

habitual la actividad que el día de autos se desarrollaba en la segunda planta del edificio propiedad de la empresa DIRECCION002, incluso los dos trabajadores presentes en el lugar donde ocurrieron los hechos han declarado ser expertos en el "emparrado" que realizaban, y los mismos también han admitido que para la ejecución de todos estos trabajos tenían instrucciones de usar los cinturones de seguridad facilitados por la empresa, pero en esa mañana los trabajadores sólo utilizaron el casco porque así podían realizar su trabajo con mayor comodidad, según manifestó Pedro Miguel en el plenario, pese a ser conocedores de que si la empresa o los técnicos los veían les podía echar una bronca, así lo reconoció también en el acto del juicio Gabino . Enlazando los testimonios analizados con los hechos descritos en el relato fáctico se deduce que las conductas de los acusados se podrían enmarcar en el orden jurisdiccional civil, en cuyo ámbito también cabe deducir las responsabilidades pertinentes, donde las mismas se amplían hasta abarcar aquellas conductas negligentes que, en su caso, se entienden culposas a virtud de un resultado socialmente dañoso, que impone la desaprobación de la acción por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados, es decir, una conducta socialmente reprobada, erigiendo junto al criterio clásico el principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa. Todo ello determina que proceda la absolución de los acusados –arquitecto, aparejador, empresario, encargado de la obra y un trabajador- respecto de la falta de imprudencia del artículo 624.2º del Código Penal imputada por el Ministerio Fiscal” .

Sin embargo, tal tesis exculpatoria no fue asumida por STS 5 septiembre 2001, que revoca la SAP Murcia citada.

Terminamos con la SAP Cádiz de 2 diciembre 2008, que concluye sobre la relevancia que el grado de imprudencia del trabajador puede tener en el delito de resultado: “ ... en torno al problema de la contribución de la víctima en la producción del accidente, deben tenerse aún en consideración otros elementos: Primero.- Que si el deber de cuidado infringido por la víctima con su intervención, es consecuencia de una orden directa y expresa recibida por el empresario o encargado, ello privará de relevancia a la imprudencia del trabajador y permitirá afirmar la responsabilidad de aquél en el resultado. Segundo.- Que si el deber de cuidado que el trabajador infringe con su intervención es una consecuencia de su habituación al riesgo (imprudencia profesional) que comporta el trabajo que desarrolla, ha de afirmarse que no cabe hablar de compensación de culpas en el ámbito penal, pero lo que si vale, es valorar la conducta de los distintos intervinientes, incluida la de la propia víctima, desplazando así el tema de la culpabilidad al de la causalidad, que le es propio, con la inevitable repercusión en la adecuación del grado de culpa, determinando incluso una moderación en la cuantía de la indemnización, ámbito, el de la responsabilidad civil en el que la imprudencia del trabajador nunca resultará irrelevante. . . ”

Granada, 8 de octubre de 2009
Lorenzo del Río Fernández
Presidente Audiencia Provincial Cádiz