

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
Santiago Mir Puig

Concurrencia de culpas en accidentes laborales

Comentario a la SAP de Barcelona
de 2 de septiembre de 2003

CASTIÑEIRA PALOU, M.^a TERESA

LLOBET ANGLÍ, MARIONA

MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL

Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1 Datos estadísticos. 1.2 La SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003.-2. Criterios Jurisprudenciales. 2.1 Responsabilidad exclusiva del trabajador. 2.2 Responsabilidad exclusiva del empresario. 2.3 Concurrencia de culpas. 2.3.1 Degradar la culpa de grave a leve, o de leve a irrelevante penalmente. 2.3.2 Reducción de la cuantía de la indemnización en concepto de responsabilidad civil.-3. La concurrencia de culpas en la doctrina. 3.1 La concurrencia de culpas como una cuestión que afecta a la gravedad del injusto. 3.2 La concurrencia de culpas como un problema de autoría y participación.-4. Toma de postura. 4.1 La concurrencia de culpas en el ámbito de las relaciones laborales. 4.2 Conclusión: la SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Datos estadísticos

De enero a septiembre de 2004 se han producido un total de 1.236.063 accidentes de trabajo en España (1). 699 han sido mortales,

(1) Según el tipo de accidente se diferencia entre aquellos que han conllevado la baja en jornada de trabajo (646.522), los accidentes sin baja (528.421) y los accidentes con baja *in itinere* (61.120).

7.898 graves y 637.925 leves. El sector de actividad en el que se registra el mayor número de accidentes laborales es el sector de servicios, con un total de 279.737 accidentes. Le sigue el sector de la construcción, con 164.843 accidentes. Un análisis de la siniestralidad laboral en las distintas Comunidades Autónomas muestra cómo, también durante el período comprendido entre enero y septiembre de 2004 y en magnitudes totales, Cataluña es la Comunidad Autónoma con el índice más alto de accidentes laborales (118.700). La siguen Andalucía y Madrid (2). Por el contrario, la Comunidad Autónoma con el índice más bajo de siniestralidad laboral es La Rioja. Comparando el número de accidentes laborales producidos entre los años 2002 a 2004 en España, se comprueba cómo en el 2004 el número de accidentes leves y graves con baja en jornada laboral fue menor que en el año 2002. En cambio, en el 2004 aumentaron los accidentes laborales mortales respecto a los producidos en el 2002, pero disminuyeron respecto a los producidos en el 2003 (3).

1.2 La SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003

El día 29 de abril de 1999 el señor Enrique Pociño Ferrera, oficial de primera, estaba trabajando en una obra de la calle Ramón y Cajal de Premiá de Mar (Barcelona). El encargado de la empresa para la que trabajaba, Manuel Andrés Macías Martín, le dio la orden de rejuntar las baldosas del lavadero. E. Pociño realizó el trabajo utilizando un caballete, al que se subió poniendo los pies en las barras intermedias, llevando en una mano un recipiente con cemento y en la otra una paleta para aplicarlo a las juntas. Al bajarse del caballete perdió el equilibrio y se precipitó por uno de los huecos de la fachada, que carecía de medidas de cerramiento, cayendo al suelo desde una altura de 3,5 metros. Como consecuencia del accidente, E. Pociño quedó tetrapléjico.

El Juzgado de Instrucción número 1 de Mataró, el 20 de mayo de 2003, condenó al empresario y al aparejador por un delito de lesiones imprudentes a la pena de un año de prisión y valoró la responsabilidad civil en 635.913 euros. No obstante, en el fundamento de

(2) Sin embargo, se parte de la distinción entre accidentes mortales, graves y leves, Andalucía es la Comunidad Autónoma con más accidentes laborales mortales (118.000 frente a los 113.000 de Cataluña) y graves (1.833 frente a los 1.274 de Cataluña).

(3) Datos extraídos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, www.mtas.es/insht/statistics/mtas.htm.

derecho quinto se estableció lo siguiente: «conforme al artículo 152.3 y al 66.1 procede imponer a los acusados la pena de un año de prisión, dado que el resultado lesivo también se produjo por la imprudencia del accidentado».

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil, los acusados sólo debían abonar el 60 por 100 de la misma, ya que la sentencia consideró que el trabajador participó en un 40 por 100 de la producción del resultado por su propia imprudencia. Aplicó una regla de negligencia compartida o, en terminología española, de compensación de culpas.

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por el empresario y el aparejador, el cual fue aceptado por la SAP Barcelona, Penal Sec. 2.^a, 2 de septiembre de 2003 (Ar. 619; MP: Pedro Martín García). Esta sentencia entendió que si bien causalmente contribuyeron al resultado el comportamiento imprudente del empresario y del aparejador, al no haber medidas de seguridad, quien determinó el accidente producido fue el trabajador, ya que la infracción del deber objetivo de cuidado de éste fue de mayor entidad que el atribuible al empresario. Esta conclusión se basó en la consideración de que E. Pociño omitió las más elementales normas de cuidado porque, aun no habiendo existido o precisamente por la ausencia de las medidas de seguridad obligatorias, el trabajador debió adoptar las medidas necesarias para evitar el accidente, teniendo en cuenta la situación real. La producción del resultado era más previsible para el trabajador y a él se le imputa el resultado. En consecuencia, absolvió a los dos condenados por la sentencia de instancia.

Como se pone de relieve en la sentencia del Juzgado de Mataró, se trata de un caso en el que dos riesgos distintos contribuyen a la producción del resultado: el creado por el empresario y el aparejador, al haber retirado las medidas de seguridad preceptivas, y el creado por el trabajador, al realizar el trabajo que le habían ordenado sin haber adoptado las debidas medidas de seguridad y conociendo el riesgo que asumía. El Juzgado de Mataró entendió que se trataba de un caso de concurrencia de culpas y el comportamiento imprudente del trabajador se tomó en consideración para la duración de la pena privativa de libertad, por lo que, aparentemente, se aplicó una atenuante que se basaba en que «el resultado lesivo también se produjo por la imprudencia del accidentado» y, sobre todo, en la determinación de la cuantía de la responsabilidad civil. En cambio, la AP de Barcelona consideró más relevante el riesgo creado por el trabajador y absolvió a los dos acusados.

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El análisis de las sentencias dictadas en casos similares pone de manifiesto que existen supuestos de hecho bastante distintos y también soluciones diversas.

2.1 Responsabilidad exclusiva del trabajador

En un primer grupo de casos se considera que quien ha creado el riesgo que se realiza en el resultado es el trabajador. Aquí pueden darse dos situaciones distintas: *a)* que el empresario no haya creado riesgo alguno y *b)* que el empresario haya creado un riesgo distinto del que se ha realizado en el resultado.

a) No creación de riesgo por parte del empresario

En este supuesto se incluyen aquellos casos en los que el empresario no ha creado riesgo alguno. Por ejemplo:

SAP Barcelona, Penal Sec. 5.^a, de 12 de enero de 2000 (Ar. 278; MP: María Rosa Fernández Palma): tanto la AP como el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Manresa absolvieron a los acusados (empresarios) de una falta de imprudencia con resultado de muerte. En este supuesto, el señor M. T. trabajaba en calidad de oficial de 1.^a para la empresa Potasas del Llobregat, S. A., siendo su inmediatamente superior Isidro M. S., como encargado de los talleres eléctricos, quien encomendó a aquél y a su compañero, señor P. R., la reparación de uno de los fluorescentes que no lucía, sin que les añadiera instrucción alguna acerca de las medidas de seguridad adecuadas para realizar la reparación. Además, resultan de interés los siguientes datos: 1.^o La cualificación profesional del trabajador, 2.^o El amplio período en que venía desempeñando el cargo, 3.^o La ausencia de dificultades especiales de la tarea encomendada, al ser una de las que se realizan de forma habitual, y 4.^o La manipulación de la pantalla del fluorescente, una vez comprobado que no volvía a lucir, sin el cumplimiento de las más elementales normas de seguridad, como es el corte de tensión. La parte recurrente alegó que los encargados de la empresa no instruyeron a los trabajadores sobre las medidas de seguridad que debían emplear para la realización del cambio del fluorescente, a la vista del estado de humedad en que se encontraba la zona en la que debían operar. Sin embargo, la Audiencia consideró que «resulta decisiva la naturaleza habitual del trabajo encomendado, así como la larga experiencia del señor M. T. como oficial de 1.^a electricista, que conducen a concluir que la realización de este trabajo en concreto no requería de instrucciones especiales, habida cuenta del conocimiento que aquél poseía, de acuerdo con su larga experiencia, de las condiciones de seguridad óptimas para su realización y que su ausencia viene motivada no por el proceder imprudente del encargado, sino por el convencimiento de ambos de que al tratarse de una labor habitual las medidas de seguridad eran plenamente conocidas y respetadas, a la vista de la ausencia de antecedentes de

accidentes en el señor M. T.». Y añade, «la obligación del empresario o delegado debe terminar en el momento en que el trabajador, conocedor de las medidas de seguridad adecuadas, decide voluntariamente la configuración de una actividad generadora de riesgo, con incumplimiento de las normas elementales de seguridad. Y ello porque las labores de vigilancia del encargado no pueden reputarse infinitas, de forma que deban responder de conductas de autopuesta en peligro voluntaria por parte de la víctima no sólo porque no conseguirían evitar los daños derivados de aquélla, sino porque la obligación de vigilancia y control debe tener su límite en el principio de autorresponsabilidad de la víctima», lo que conlleva, en este caso, la ausencia de imputación objetiva del comportamiento al autor. Por tanto, en este supuesto no hay ni tan sólo infracción de una norma de cuidado por parte del empresario.

b) *Creación por parte del empresario de un riesgo distinto del que se realiza en el resultado*

En este grupo de casos existe un comportamiento imprudente del empresario y otro del trabajador, pero el riesgo creado por el empresario es distinto y está desconectado del resultado, que se imputa exclusivamente al riesgo creado por el trabajador. Por ejemplo:

SAP Barcelona, Penal Sec. 6.^a, de 11 de julio de 2002 (Ar. 645; MP: Ignacio Gallego Soler): un trabajador falleció al quedar atrapado por una máquina que estaba protegida, vallada y aislada de conformidad con la normativa europea vigente al momento de su compra, asumiendo el trabajador el riesgo al acceder dentro de la valla. El trabajo del fallecido consistía en controlar los adoquines que pasaban por una cinta transportadora con el fin de sustituir los que no se encontrasen en buen estado. Los correctos entraban por la valla cerrada, denominada jaula, para ser empaquetados por una máquina denominada pulpo. A pesar de estar vallado el recinto por donde se producía la función de paletizar, quedaba un pequeño hueco entre la valla y la cinta portadora por el que, aun estando prohibido, entraba algún trabajador a retirar los adoquines caídos. Hueco o apertura cuyo cerramiento era responsabilidad del empresario. La AP, a diferencia del Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona, declaró la libre absolución de Francisco Javier R. A., persona encargada de que las instalaciones de la empresa reunieran los requisitos necesarios de seguridad. Según el Tribunal, «la actuación del trabajador permite negar la atribución del resultado de muerte a la eventual conducta negligente que pudiese existir por parte del señor R.», pues el trabajador asumió el riesgo al acceder dentro de la valla (4).

Del mismo modo, la SAP Barcelona, Penal Sec. 2.^a, de 2 de septiembre de 2003 (Ar. 619), entendió que el caso del señor E. Pociño se trataba de uno de los supuestos en que la imprudencia del trabajador interrumpía el nexo de imputación del riesgo creado por el empresario,

(4) Más información en CASTIÑEIRA PALOU, M. T./LLOBET ANGLÍ, M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales», en *InDret*, 1/2005 (www.indret.com).

y consideró que el comportamiento de este último era irrelevante penalmente. La AP entendió que el señor E. Pociño al realizar el trabajo subido en un caballete, situado en un lugar próximo a un hueco en la fachada en el que no había protección alguna, fue clamorosamente imprudente y, sin negar que el comportamiento del empresario y del aparejador también fue imprudente, consideró «que la infracción del deber objetivo de cuidado de E. Pociño fue de mayor entidad que la del empresario en cuanto fue él quien determinó en exclusiva la forma y circunstancias de su realización, determinando en última instancia el accidente producido».

2.2 Responsabilidad exclusiva del empresario

En este supuesto se produce la misma situación que en el caso de responsabilidad exclusiva del trabajador. Hay un primer grupo de casos en los que el trabajador no crea riesgo alguno y otro en el que el trabajador crea un riesgo distinto del que se realiza en el resultado.

a) *No creación de riesgo por parte del trabajador*

En este grupo de casos sólo se da un riesgo: el creado por el empresario. Por ejemplo:

SAP Huesca, Penal, de 11 de enero de 2001 (Ar. 135; MP: Antonio Angós Ullate): un obrero cayó al vacío desde la obra en la que trabajaba sufriendo, como consecuencia, lesiones. En dicha obra no había andamio, ni plataforma, ni red que pudieran impedir la caída del obrero, ni tampoco existían las protecciones colectivas y personales previstas en el plan de seguridad y salud. Parece que en la caseta había cinturones de seguridad, pero el encargado no controlaba su uso. Por tanto, el empresario había incumplido prácticamente todas las medidas de seguridad. En cuanto a los cinturones de seguridad, cuyo uso podría haber impedido la caída, se dice que estaban en la caseta, pero se da a entender que el empresario no había impartido las instrucciones pertinentes a los trabajadores. Si los trabajadores están informados acerca de la existencia y situaciones en que deben usar los cinturones de seguridad, el empresario no tiene por qué controlar constantemente si los usan, pero esto no es lo que sucede en este caso: aquí ni siquiera se «habían impartido de forma expresa las instrucciones pertinentes».

En este apartado hay que destacar dos tipos de casos que se plantean con mucha frecuencia en la práctica y que no siempre se resuelven igual: el cumplimiento de órdenes del empresario y la habituación al riesgo.

En el primer grupo de casos normalmente se cumplen órdenes de trabajar en condiciones peligrosas. Por ejemplo:

SAP Madrid, Penal Sec. 23.^a, de 15 de noviembre de 2002 (Ar. 63395; MP: Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez): un trabajador se encontraba trabajando en una cubierta, a unos 12 metros de altura, colocando unos paneles de PVC a lo largo de las viguetas del techo, cuando un golpe de viento provocó la caída del trabajador y el fallecimiento del mismo. Este trabajo se realizó sin ningún tipo de protección frente a las caídas, pues no existían pasarelas, ni plataformas, ni barandillas, ni redes de seguridad, ni medios de anclaje de cinturones. Se trata de un caso en el que la imprudencia del trabajador simplemente parece consistir en realizar el trabajo sin las condiciones de seguridad que el empresario no había proporcionado, es decir, un supuesto en que las medidas de seguridad pura y simplemente no existían.

En este supuesto, el trabajador se cayó porque no había medida de seguridad alguna en la obra en la que trabajaba. La única conducta negligente, por su parte, sería trabajar aceptando la falta de medidas de seguridad, y sin poder protegerse de otra manera, pero esta negligencia no puede ser relevante penalmente. Como indica la reciente SAP Tarragona, Penal Sec. 2.^a, 13 de abril de 2004 (Ar. 152889; MP: Joan Perarnau Moya), «si el deber de cuidado infringido por la víctima con su intervención es consecuencia de la orden recibida por el empresario o encargado, ello no tiene relevancia a la hora de afirmar la responsabilidad de éstos».

A partir de hechos similares no todas las sentencias llegan a la misma conclusión. Por ejemplo, la de la AP de Barcelona, que resuelve el caso de E. Pociño, parte de la premisa totalmente opuesta y, por tanto, llega a la solución de culpa exclusiva de la víctima. Finalmente, en algún otro caso, se ha considerado que hechos similares a los de estas dos últimas sentencias daban lugar a la solución de la concurrencia de culpas. Por ejemplo, la SAP Alicante, Penal Sec. 3.^a, de 20 de abril de 2002 (Ar. 459; MP: José Daniel Mira-Perceval Verdú), resuelve un caso en el que dos obreros cayeron de un andamio, produciéndose la muerte de uno y sufriendo el otro graves lesiones, ya que no existían los anclajes preceptivos, por lo que los obreros no pudieron anclar el cinturón. Esta sentencia consideró que se trataba de un caso de concurrencia de culpas y degradó la imprudencia de los responsables de grave a leve. Aunque también en este supuesto el empresario incumplió con sus obligaciones, el acatamiento de las órdenes por parte de los trabajadores es tratado de distinta forma. Por tanto, el acatamiento de las órdenes del empresario ha dado lugar a tres soluciones distintas: culpa exclusiva del trabajador, culpa exclusiva del empresario y concurrencia de culpas.

En el segundo grupo de casos, si existe habituación al riesgo, se considera que no hay comportamiento imprudente por parte del trabajador:

SAP Madrid, Penal Sec. 15.^a, de 23 de febrero de 2004 (Ar. 599; MP: Alberto Jorge Barreiro): Irene prestaba su trabajo como ayudante en la empresa

Friopan Europea, S. L. En concreto, desempeñaba sus servicios en una máquina de línea semiautomática para la producción de pan, que cuenta con una cinta transportadora y formadora de barras de pan, y su trabajo consistía en colocar en la cinta las bandejas vacías y recogerlas llenas de pan. Dicha máquina disponía de una tapa-resguardo móvil, que protegía la zona de atrapamiento, que generalmente se encontraba retirada de su lugar de enclave. Según las normas de seguridad, la referida máquina debe contar con paneles de resguardo fijo, de modo que para retirar los mismos y acceder a la cinta ante cualquier incidente sea preciso parar la línea de funcionamiento. El día de autos, mientras Irene realizaba su trabajo, se enganchó una barra de pan dentro de la máquina que tenía retirada la tapa-resguardo y, siguiendo instrucciones expresas del acusado, sin poder parar la máquina para seguir con la línea de producción, metió la mano izquierda en la cinta con la finalidad de retirar la masa, produciéndose un atrapamiento de la mano. La trabajadora sufrió unas lesiones consistentes en pérdida incompleta del primer dedo y fractura del segundo dedo de la mano izquierda, así como pérdida de falange del primer dedo de pie derecho.

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Getafe condenó al acusado Claudio como autor responsable de un delito de lesiones imprudentes. La AP de Madrid también reconoció la responsabilidad de Claudio y excluyó la posibilidad de considerar el caso como uno de concurrencia de culpas, ya que el método de trabajo empleado por la trabajadora siniestrada era el habitual y normal en la labor diaria de la empresa: «analizando las cuestiones jurídicas desde la perspectiva de la víctima, si bien resulta incuestionable que ésta intervino causalmente en el resultado (plano causal-naturalístico), ello no quiere decir que pueda imputársele objetivamente el mismo a su conducta (plano axiológico-jurídico de la imputación objetiva). Y ello porque en esta clase de imprudencias laborales el deber objetivo de cuidado del empresario o de su delegado en la obra comprende también la previsión y la neutralización de los riesgos derivados de las negligencias en que pudieran incurrir los trabajadores vinculados a la propia propensión al riesgo del trabajo que prestan. Pues, como es sabido, la familiarización con el riesgo y la habituación a los ámbitos de peligro deriva en un desprecio por las situaciones arriesgadas. Desprecio que ha de ser previsto y vigilado por el empresario y sus delegados, que han de acentuar la vigilancia y la dirección presencial para evitar las situaciones de esa índole, imponiendo para ello de forma estricta el cumplimiento de las medidas de seguridad y facilitando los medios para su aplicación». No obstante, hablar de estos deberes de control y vigilancia, en este supuesto, parece superfluo. Son hechos probados que la trabajadora metió la mano izquierda en la cinta porque siguió instrucciones expresas del acusado (y no porque el empresario no la vigilaba) y que la máquina no contaba con los preceptivos paneles de resguardo fijo.

- b) *Casos en los que pese a existir una conducta descuidada por parte del trabajador el riesgo que se realiza en el resultado es exclusivamente el creado por el empresario*

Por ejemplo:

STS, 2.^a, de 5 de septiembre de 2001 (Ar. 8340; MP: Joaquín Delgado García): un trabajador falleció al caer por el hueco de la escalera desde la planta segunda de un edificio en construcción en el que trabajaba, al no tener dicho hueco medida de seguridad alguna. La Sentencia de la Audiencia de Murcia absolvió al arquitecto técnico y al empresario del delito de homicidio por imprudencia grave que les era imputado. Contra la anterior resolución recurrió en casación la acusación particular. El TS aceptó el recurso y dictó segunda Sentencia en la que condenó a los acusados como autores de un delito de homicidio por imprudencia grave. Según esta sentencia no «puede ser una excusa la evidente existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo, al no haberse dado cuenta que allí estaba ese hueco de escalera, de modo que caminando hacia atrás se precipitó en el vacío. Es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo. La propia dedicación a la tarea encomendada, como en este caso la realización del apuntalamiento de la futura techumbre, concentra la mente del obrero en esa tarea y si tiene un descuido ha de estar protegido para evitar, pese a ello, el percance». En este caso, pese a que el Tribunal consideró que concurría una conducta descuidada por parte del trabajador, la que explicó el resultado fue únicamente la imprudencia creada por el empresario.

En los casos de responsabilidad del empresario hay que destacar una línea jurisprudencial que le impone un deber de vigilancia respecto a los trabajadores, deber que no se cumple únicamente con un respeto escrupuloso de la normativa que regula las medidas de seguridad que deben adoptarse, sino que el empresario debe, además, vigilar constantemente que los trabajadores utilicen dichas medidas. Pero, hay que decir que la mayoría de los casos en los que se hace referencia a este criterio, son de clara responsabilidad del empresario (5). Por ejemplo:

SAP Jaén, Penal Sec. 2.^a, de 18 de enero de 2001 (Ar. 28; MP: José Antonio Córdoba García): se instaló un elevador para retirar la cubierta de piedra de una vivienda. Emilio era el trabajador encargado de cargar el escombros y hacerlo descender. Debido a la inadecuada fijación y a la carga excesiva del elevador, éste se soltó y cayó a la calle causando la muerte de Emilio, que no llevaba casco ni cinturón puesto que no existían en la obra. En este caso, se condenó al empresario por imprudencia leve aludiéndose al deber que éste tiene de neutralizar la posible

(5) Véase CASTIÑEIRA PALOU, M. T./LLOBET ANGLÍ, M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales», en *InDret* 1/2005 (www.indret.com).

imprudencia del trabajador. No obstante, se hubiera llegado a la misma solución partiendo de criterios de imputación objetiva, pues, en este caso, el trabajador no infringió norma de cuidado alguna al cumplir las órdenes dadas por el empresario, según la línea jurisprudencial que acabamos de mencionar.

2.3 Concurrencia de culpas

Aquí se incluyen aquellos casos en los que el resultado se debe al riesgo creado por el empresario y al riesgo creado por el trabajador, es decir, casos en que ninguno de los riesgos por sí sólo es suficiente para producir el resultado, que sólo se puede imputar a la concurrencia de ambos. La jurisprudencia aplica dos soluciones que no son incompatibles.

2.3.1 DEGRADAR LA CULPA DE GRAVE A LEVE, O DE LEVE A IRRELEVANTE PENALMENTE

Con frecuencia, cuando concurren comportamientos imprudentes tanto por parte del trabajador como por parte del empresario, la jurisprudencia degrada la imprudencia. Se trata de un criterio aplicado en bastantes sentencias, la mayoría de las cuales no lo alegan de forma expresa, pero acaban condenando por imprudencia leve en casos en que hay culpa grave. Por ejemplo:

SAP Madrid, Penal Sec. 6.ª, de 11 de enero de 2002 (Ar. 95983; MP: Pedro Javier Rodríguez González-Palacios): un trabajador falleció al quedar atrapado en el interior de la máquina que manejaba debido a su falta de cualificación y de la formación necesaria para manejarla, y a las deficiencias de los sistemas de seguridad de dicha máquina. El Juzgado de lo Penal condenó por un delito de homicidio imprudente a los administradores de la empresa para la que trabajaba la víctima. No obstante, la AP degradó la imprudencia de grave a leve, considerando que la víctima cometió una acción imprudente al intentar desatascar la máquina estando la misma en funcionamiento y con la puerta de seguridad de acceso a la misma cerrada, con lo que contribuyó causalmente al accidente (6).

Este criterio de solución es discutible. No resulta fácil entender por qué el comportamiento descuidado del trabajador puede degradar la culpa del empresario hasta el punto de convertirla en leve o en irrelevante para el derecho penal. No es fácil defender que una conducta

(6) Más información en CASTIÑEIRA PALOU, M. T./LLOBET ANGLÍ, M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales», en *Indret* 1/2005 (www.indret.com).

posterior, la del trabajador, cambie la gravedad de una anterior, la del empresario (7).

2.3.2 REDUCCIÓN DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Al margen, y además, de la calificación de la imprudencia y de la imputación a uno u a otro, la jurisprudencia introduce consideraciones de compensación en la responsabilidad civil. Se reduce la cuantía de la indemnización en concepto de responsabilidad civil en función del grado de influencia que el comportamiento negligente del sujeto pasivo haya tenido en la producción del daño.

La consideración de que la concurrencia de un comportamiento imprudente del trabajador determina una disminución de la responsabilidad civil del empresario deriva de lo establecido en el artículo 114 CP: *«si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización»*.

Esta segunda posibilidad, reducir la cuantía de la responsabilidad civil, se usó en la sentencia del Juzgado de Mataró de 20 de mayo de 2003 (8) que cuantificó la influencia de la imprudencia de la víctima en un 40 por 100 y redujo la indemnización en concepto de responsabilidad civil. En cambio, cuando se recurre este caso ante la AP de Barcelona, ésta, al considerar que la culpa relevante fue del trabajador, absuelve del delito de lesiones imprudentes y, por tanto, desaparece la responsabilidad civil derivada de delito.

3. LA CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA DOCTRINA

3.1 La concurrencia de culpas como una cuestión que afecta a la gravedad del injusto

Hay quien considera que la concurrencia de culpas es una cuestión que afecta a la gravedad del propio injusto. Esta consideración puede llevar a dos soluciones distintas:

(7) Véase, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, vol. II, 5.ª ed., Madrid, 1997, pp. 165-166.

(8) Que se ocupa del caso E. Pociño y que posteriormente dio lugar al recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de septiembre de 2003.

a) Degradar la imprudencia de grave a leve o de leve a irrelevante. Según este criterio, la concurrencia de culpas se toma en consideración para determinar la gravedad del injusto, de manera que en los casos en que el resultado sólo se explica por la concurrencia de los dos comportamientos, la gravedad de la infracción de la norma de cuidado sería menor. Es decir, «si *ex post* se comprueba que sólo una parte del riesgo creado *ex ante* por la infracción del deber de cuidado del “empresario” se ha realizado en el resultado sólo se le podrá imputar una imprudencia leve» (9). Según esta postura, la concurrencia de culpas se resuelve como un caso de autoría accesoria (10) de la víctima y el autor, en el que sería de aplicación los criterios generales de imputación, es decir, el presupuesto de imputación, la relación de autoría y la relación de riesgo.

Por el contrario, otros autores entienden que, en los supuestos de concurrencia de culpas, caracterizados porque la contribución de la víctima «tiene una influencia real y decisiva en la producción del resultado», lo más adecuado es apreciar una disminución del injusto en el lado del autor, entendiendo que el resultado sólo *se ha producido a medias*. La consecuencia de ello, partiendo de que no procede la atribución de todo el suceso al autor, será la reducción de su responsabilidad (11).

b) Aplicar una circunstancia atenuante. Según esta solución, para valorar la contribución de la víctima al injusto se debe partir del análisis de «la delimitación del ámbito del tipo en términos de imputación objetiva». La contribución de la víctima puede disminuir dicho injusto, de modo que se puede fundamentar la atenuación de la pena del autor (12). Bajo esta perspectiva, la solución habría de buscarse en

(9) JOSHI JUBERT, U., «Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988)», en *ADPCP*, 1989, pp. 731-748, pp. 740 y ss. También CORCOY BIDASOLO, M./CARDENAL MONTRAVETA, S./HORTAL IBARRA, J. C., «Protección penal de los accidentes laborales. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.ª) de 2 de septiembre de 2003», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 71, tercer trimestre 2003, pp. 61 y 63; también en CORCOY BIDASOLO, M., «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», en CONDE PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Derecho Penal Económico*, tomo II, CDJ, 2003, pp. 89-128, pp. 119-128.

(10) La autoría accesoria no es admitida por todos, por ejemplo no la admite en los supuestos de concurrencia de culpas, CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona, 2001, p. 347.

(11) Véase CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona, 2001, p. 347.

(12) TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998, p. 99.

la delimitación de los ámbitos de responsabilidad, configurándose el principio de autorresponsabilidad como un elemento a tener en cuenta en la formación del injusto (13).

Si la contribución de la víctima es una razón para graduar el injusto, el Derecho vigente sólo ofrece una posibilidad: recurrir a la atenuante analógica. Para evitar el recurso a la atenuante analógica se ha propuesto la creación de una nueva atenuante del tenor siguiente: «*la de haber contribuido el ofendido de modo significativo a la producción del hecho típico, con una acción u omisión dolosa o culposa*» (14). En el comentado caso de E. Pociño, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Mataró aplicó una atenuante sin la especificación de su base legal, basándose en que «*el resultado lesivo también se produjo por la imprudencia del accidentado*».

3.2 La concurrencia de culpas como un problema de autoría y participación

Para la doctrina que sostiene esta postura (15), no exenta de críticas (16), la concurrencia de imprudencias puede dar lugar a tres situaciones:

a) Que la imprudencia concurrente junto a la del autor, ya sea la de un tercero o de un sujeto pasivo, sea «*la única que determine objetivamente el curso del hecho, mientras que la conducta imprudente del sujeto sea meramente favorecedora de aquélla y por tanto no haya autoría imprudente, sino sólo una impune participación*» (17). Si se

(13) TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998, p. 103.

(14) *Ibidem*.

(15) Véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 526-527; siguiendo a LUZÓN, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M./PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente Bacigalupo Zapater», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./PAREDES CASTAÑÓN, J. M (Coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004, pp. 47-85.

(16) Crítica a esta solución, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, quien entiende que «*la concurrencia de dos o más conductas de distintos sujetos, no se soluciona, en el hecho imprudente, atendiendo exclusivamente a criterios de autoría y participación*», p. 349.

(17) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 526.

partiera de la óptica de la imputación objetiva (18), esto se correspondería con los casos en los que, pese a concurrir un comportamiento imprudente del empresario, el riesgo que explica el resultado es el creado por el propio trabajador. En cualquier caso, la conclusión a la que llegamos es la de que este supuesto no es de concurrencia de culpas y que, por tanto, el empresario no sería responsable penalmente.

b) Que aun concurriendo la imprudencia de un tercero o del mismo sujeto pasivo, la conducta imprudente del agente constituya autoría y sea igualmente impune. Puede haber autoría o bien porque la conducta del autor sea la única que determine objetivamente el hecho (la *única autoría*), configurándose la conducta del tercero como meramente favorecedora, o bien por tratarse de autoría accesoria (ambas conductas concurrentes, aun decididas por separado, co-determinen objetivamente el curso del hecho). Pero aunque exista autoría, el agente puede ser impune «por *falta de imputación objetiva* del resultado a esa conducta imprudente, por ser inadecuado el curso causal, o por no realizar el resultado precisamente el peligro que quería evitar la norma de cuidado» (19). Según esta concepción doctrinal, antes del filtro de la imputación objetiva, debe superarse el filtro de la autoría y participación. Si éste no se supera, no tiene sentido plantearse la imputación objetiva del resultado. Desde nuestro punto de vista, y sirviéndonos de la teoría de la imputación objetiva, este supuesto tampoco sería un caso de concurrencia de culpas, pues faltaría la imputación de segundo nivel o *ex post*.

c) En último lugar, puede ser que aun la existencia de otra imprudencia concurrente, «la conducta imprudente del sujeto constituya autoría y también le sea objetivamente imputable el resultado» (20). Es en este grupo donde, según nuestro criterio, se situarían los casos reales de concurrencia de culpas, esto es, los supuestos en los que tanto la conducta del autor como la conducta de la víctima explican el resultado. En este nivel ya se ha superado el

(18) También se sirven de los criterios de imputación objetiva antes de afirmar la concurrencia de culpas en un determinado caso, CORCOY BIDASOLO, M./CARDENAL MONTRAVETA, S./HORTAL IBARRA, J. C., «Protección penal de los accidentes laborales. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.ª) de 2 de septiembre de 2003», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 71, tercer trimestre de 2003, pp. 61-67.

(19) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 526-527.

(20) *Ibidem*.

filtro de la autoría y participación. A partir de aquí se plantean dos posibilidades:

1. Si la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero es leve y la influencia causal en el resultado es mínima, *no se modificará el grado* de imprudencia que inicialmente correspondía a la conducta del agente;

2. si la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero aparece como una «aportación causal de cierta importancia al resultado» (21), se degradará la imprudencia inicial del autor, es decir, podrá pasar de imprudencia grave a leve. La razón de esta degradación es que «una imprudencia, que inicial y aisladamente podría calificarse de grave infracción de una norma de cuidado y con un alto grado de peligro, puede no desplegarse y concretarse total y plenamente en la producción concreta del resultado, de modo que la imputación objetiva del resultado concreto deba hacerse a una conducta del autor que, por la aportación causal de la otra conducta imprudente, normativamente ya no cabe considerar tan peligrosa respecto de ese concreto curso causal lesivo» (21). La valoración de la imprudencia del autor en los casos de concurrencia de culpas no puede hacerse de forma aislada, puesto que también forma parte del injusto la imprudencia de la víctima.

Pese a que esta postura parta del parámetro de la autoría y participación para abordar el tema de la concurrencia de culpas, también se sirve de la teoría de la imputación objetiva.

4. TOMA DE POSTURA

4.1 **La concurrencia de culpas en el ámbito de las relaciones laborales**

En el ámbito de las relaciones laborales, el empresario tiene una serie de deberes para con sus trabajadores y es necesario determinar el alcance de estos deberes. Se ha dicho que dado el contexto social, donde el desempleo es uno de los grandes problemas, el trabajador está en una «situación de especial necesidad de protección», pues

(21) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 527.

depende de la continuación de la empresa (22). Esta idea llevada al extremo puede ser peligrosa, puesto que el trabajador, actuando amparado por un deber de protección «casi universal» del empresario, puede actuar impunemente pese a su capacidad de responder jurídicopenalmente. Por otra parte, hay autores que consideran que sólo en contadas ocasiones se va a poder hacer responsable por un delito comisivo a un órgano directivo por conductas incorrectas de alguno de sus subordinados, y ello con base en la regla general de que los trabajadores que se contratan serán capaces o dignos de confianza a la hora de asumir las funciones que se le asignen (23). La responsabilidad penal del empresario no puede configurarse como una responsabilidad objetiva, puesto que los trabajadores son sujetos autorresponsables (24). Con todo, hay casos en los que el empresario debe prever la posibilidad de comportamientos descuidados por parte del trabajador, por ejemplo, por cansancio en caso de largas jornadas laborales. Hay que reconocer que la delimitación no es fácil.

Está claro que, en el ámbito de las relaciones laborales, el ordenamiento puede atribuir ciertas funciones de tutela al sujeto que dirige y organiza la actividad frente a determinadas puestas en peligro de otros intervinientes (25), en este caso los trabajadores. Obviamente, el empresario está obligado a cumplir con las medidas de seguridad requeridas y a proporcionar los medios necesarios y adecuados para la realización de las tareas por parte del trabajador. Asimismo, debe establecer determinados mecanismos de control para que los trabajadores realicen su actividad conforme a las medidas y medios suministrados, y ello con independencia, hasta cierto punto, de las posibles conductas

(22) SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones fundamentales político-criminales y dogmáticas de la criminalidad empresarial –tomando el ejemplo del Derecho penal laboral desde una perspectiva europea» (traducido por Sacher, M., y Bolea Bardon, C.). *Traducción inédita*, Título original «Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität-am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrechts in europäischer Perspektive», en *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied, 2004, p. 2.

(23) Véase FRISCH, W., «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo» (traducido por Paredes Castañón, J. M), en Mir Puig/Luzón Peña (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 109.

(24) Sobre el concepto de autorresponsabilidad, véase ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003, pp. 166 y ss., pp. 290-292.

(25) CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona, 2001, pp. 312-315.

generadoras de riesgo de los propios trabajadores (26). En muchos casos son los propios trabajadores los que se resisten a hacer uso de las medidas de seguridad proporcionadas por sus superiores. Pese a los deberes que se imponen al empresario, hay casos en que hay que imputar la actividad arriesgada a la víctima. La extensión de los deberes de tutela del empresario no es absoluta. El deber de vigilancia del empresario no es ilimitado. Uno de estos límites lo constituye la libre elección por parte del trabajador de «la configuración de la actividad generadora de riesgo» (27). En este punto, el principio de autorresponsabilidad juega un importante papel limitador de las obligaciones de tutela del empresario (27).

La autopuesta en peligro, excluirá la responsabilidad del autor (28) en aquellos casos en que la víctima «puede elegir sin interferencias ajenas entre enfrentarse al riesgo o no hacerlo; pero no cuando la situación de peligro es impuesta por el autor a la víctima» y ésta no tenga más remedio que poner en peligro sus propios bienes jurídicos (29). Trasladando esto al ámbito de la siniestralidad laboral, no siempre se podrá sostener la responsabilidad exclusiva del empresario, sino que puede existir la responsabilidad exclusiva de la víctima o concurrencia de culpas. De este modo, para decidir cuál es la inciden-

(26) Hay que tener en cuenta que «buena parte de los accidentes de trabajo sobrevienen por la resistencia de los trabajadores a emplear los medios de protección y las medidas de seguridad exigidas en su propio beneficio», CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.^a ed., Barcelona, 2001, pp. 312 y 313.

(27) CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.^a ed., Barcelona, 2001, p. 314.

(28) Según BONET ESTEVA, M., *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Madrid, 1999, «la autopuesta en peligro existe y debe ser operativa en el ámbito de la exclusión del tipo de injusto», p. 253.

(29) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./MIRA BENAVENT, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente Bacigalupo Zapater», en GARCÍA CONLLEDO, M./PAREDES CASTAÑÓN, J. M (Coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004, p. 122; en el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5 (2000), «el principio de autorresponsabilidad tiene efectos en el ámbito del tipo aunque la víctima no haya asumido o querido el resultado, pero éste sea fruto de una decisión libre y responsable en la que no ha intervenido de forma ilegítima un tercero», p. 326.

cia de la conducta del trabajador en el accidente producido y del que resulta ser víctima, se tendrá en cuenta si tenía la posibilidad de elegir entre enfrentarse o no al riesgo.

Aquí se considera que únicamente existe concurrencia de culpas penalmente relevante cuando el resultado sólo se explica por el comportamiento del empresario y del trabajador; es decir, cuando el resultado es consecuencia de la concurrencia de los dos riesgos y no se puede imputar a ninguno de ellos por sí solo. Si el único riesgo hubiera sido el creado por el empresario, el resultado no se hubiera producido, y si sólo hubiera existido el riesgo creado por el trabajador, tampoco. Solamente la concurrencia conjunta de los dos riesgos explica la producción del resultado. A ninguno de los dos se le puede imputar la totalidad del resultado, por eso el injusto del que cada uno debe responder es menor, y esto es lo que explica la búsqueda de soluciones que permitan atenuar la responsabilidad y adaptarla a la responsabilidad real.

4.2 **Conclusión: la SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003**

La decisión de la AP de Barcelona, Penal, Sección 2.^a, 2 de septiembre de 2003, de imputar el resultado al riesgo creado por el Sr. Pociño es discutible. Se reconoce que tanto el empresario como el trabajador infringieron en este caso normas de cuidado y la razón para imputar al comportamiento del trabajador la creación del riesgo, que se concretó en el resultado lesivo, radica fundamentalmente en la consideración de que el resultado era más previsible para E. Pociño que para el empresario. A la luz de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia, es fácil llegar a una conclusión distinta. Es cuestionable que en el caso concreto quien creó el riesgo más relevante fuera el trabajador. El deber de cuidado del empresario no sólo está regulado legalmente sino que su infracción es constitutiva de un delito del artículo 316 CP (30). El hecho de ordenar al trabajador que rejuntara las baldosas del lavadero, cuando sabía que se habían retirado las medidas de protección y sabía o debía saber que el trabajador tenía que alcanzar una altura de 2,5 metros, es un comportamiento gravemente negligente, más que el del trabajador que cumplió lo que le ordenaban. El empresario debió prever la posibilidad de que se produjera la caída como efectivamente sucedió. En cambio, el comportamiento del trabajador parece menos descuidado y,

(30) Del que no fue acusado porque las partes acusadoras entendieron que se trataba de un concurso ideal de delitos entre los artículos 316 y 317 y el artículo 152.3, que se resolvía a favor del artículo 152.3 en aplicación del artículo 8.3 CP.

por supuesto, el riesgo creado por éste es menor que el creado por el empresario. ¿Qué debía hacer el trabajador ante la orden del empresario? Hay diversas posibilidades: negarse a realizar el trabajo, puesto que habían sido retiradas las barandillas protectoras, utilizar los medios de los que disponía en la obra y construir un andamio más seguro, o lo que hizo. Obviamente no eligió el medio más seguro, pero su comportamiento parece menos relevante en la causación del resultado que el del empresario. En este caso, quien debió cerciorarse de que se tomaban todas las medidas de seguridad necesarias es el empresario, puesto que se trataba de realizar un trabajo que no requiere las mismas precauciones cuando se realiza en un lugar cerrado que cuando se realiza con un hueco en la fachada. El riesgo creado por el empresario es más relevante en la causación del resultado y, además, si aplicamos las viejas categorías de la causalidad resulta bastante difícil afirmar que el resultado fue causado por el trabajador.

Por tanto, como hay imprudencia por parte de ambos, se trata de un caso de concurrencia de culpas y no es posible atribuir la responsabilidad de modo exclusivo a una de las dos partes. Dicho esto, caben dos posibilidades: degradar la gravedad de la imprudencia o aplicar una circunstancia atenuante analógica. La primera solución no explica el cambio de la gravedad de la imprudencia y, además, es muy rígida en sus consecuencias. Por ejemplo, en un delito de homicidio degradar la culpa de grave a leve supondría pasar de una pena de uno a cuatro años a una pena de multa de uno a dos meses.

En cambio, si se aprecia una atenuante analógica, se puede valorar la disminución del injusto, que indudablemente se produce en estos casos, y tener en cuenta los diversos grados de contribución al resultado que se producen en cada supuesto, ya que el juego de la atenuante normal y la cualificada da un amplio margen al juez. En un delito de homicidio se podría imponer una pena de prisión de tres meses a dos años y medio, margen suficiente para valorar las peculiaridades de cada caso. Pero ello exige analizar si es posible apreciar una atenuante analógica.

En la doctrina española hay opiniones distintas acerca del alcance que debe darse a la atenuante analógica del artículo 21.6, que se refiere a «cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores». Algunos autores consideran que debe tratarse de circunstancias similares a las expresamente mencionadas en el artículo 21 (31). Una segunda posición entiende que hay que tomar en

(31) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Comentario al artículo 21.6», en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Madrid, 1999, p. 793. OTERO RUIZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Valencia, 2003, p. 94.

consideración el fundamento, pero a partir de las concretas circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 (32). Finalmente, un sector de la doctrina entiende que lo relevante es la razón de la atenuación y, por tanto, se puede aplicar la atenuante analógica, con independencia de si hay o no una circunstancia o fundamento concreto similar a los mencionados en el artículo 21, cuando concurre el fundamento que explica la atenuación de la responsabilidad; por ejemplo, una disminución de injusto o de culpabilidad (33). En general se considera que el fundamento de la atenuación radica en una disminución del injusto o de la culpabilidad, o bien en razones de política criminal o de justicia material (34). Desde el último punto de vista se puede aplicar la atenuante analógica al caso de concurrencia de culpas en los accidentes laborales, puesto que lo importante es que la circunstancia participe del fundamento general de la atenuación. El hecho de que el resultado sólo se pueda imputar a los riesgos concurrentes creados por el trabajador y empresario hace que la parte de injusto que corresponde a cada uno de ellos sea menor. Sentencias recientes del TS en materia de participación de *extraneus* en delitos especiales y de dilaciones indebidas abonan esta posición (35).

(32) VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES PRATS, F., «La atenuante de análoga significación», en Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2004, p. 223; también, OTERO RUIZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Valencia, 2003, p. 94.

(33) De esta opinión, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Comentario al artículo 21.6», en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Madrid, 1999, p. 796.

(34) Véase ORTS BERENGUER, E., *Atenuante de análoga significación*, Valencia, 1978, pp. 38 y 39, y 55-57.

(35) La Sala de lo Penal del TS ha venido aplicando la atenuante analógica a los supuestos de participación de un sujeto *extraneus* en delitos especiales propios cometidos por *intraeus*. Por ejemplo, la STS, 2.^a, de 11 de junio de 2002 (Ar. 6871; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón), establece «que cuando un particular, *extraneus*, participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, *intraeus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriidad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario». En concreto, la razón de esta atenuación hay que buscarla, según el TS, en que el partícipe *extraneus* «no infringe personalmente el deber específico que da materialmente contenido al tipo del delito especial propio, lo que reduce el contenido de la ilicitud». Y es que, en general, como indica la STS, 2.^a, de 2 de abril de 2003 (Ar. 4204; MP: Andrés Martínez Arrieta) «la circunstancia de análoga significación permite acoger en su subsunción situaciones no incluíbles en el tenor literal de otras circunstancias de atenuación pero que aparecen abarcadas por el fundamento de la atenuación o el objetivo político-criminal de las restantes circunstancias» resultando esencial, por tanto, el significado de la circunstancia, pero no su

En conclusión, es correcta la sentencia del Juzgado de Mataró que castiga por un delito de lesiones con una circunstancia atenuante, según lo establecido en el artículo 66.1 del Código Penal; y lo es por apreciar una atenuante y por atribuirle la eficacia establecida en este artículo, porque el comportamiento del trabajador es imprudente, pero su contribución al resultado es mucho menor que la del empresario. En este caso quien crea el riesgo más relevante es este último. También es correcta la reducción de la responsabilidad civil del empresario, porque es una posibilidad establecida por la ley.

JURISPRUDENCIA

STS, 2.^a, de 2 de abril de 2003 (Ar. 4204; MP: Andrés Martínez Arrieta).

STS, 2.^a, de 11 de junio de 2002 (Ar. 6871; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

STS, 2.^a, de 5 de septiembre de 2001 (Ar. 8340; MP: Joaquín Delgado García).

SAP de Tarragona, Penal, Sección 2.^a, de 13 de abril de 2004 (Ar. 152889; MP: Joan Perarnau Moya).

SAP de Madrid, Penal, Sección 15.^a, de 23 de febrero de 2004 (Ar. 599; MP: Alberto Jorge Barreiro).

SAP de Barcelona, Penal, Sección 2.^a, de 2 de septiembre de 2003 (Ar. 619; MP: Pedro Martín García).

SAP de Madrid, Penal, Sección 23.^a, de 15 de noviembre de 2002 (Ar. 63395; MP: Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez).

SAP de Barcelona, Penal, Sección 6.^a, de 11 de julio de 2002 (Ar. 645; MP: Ignacio Gallego Soler).

SAP de Alicante, Penal, Sección 3.^a, de 20 de abril de 2002 (Ar. 459; MP: José Daniel Mira-Perceval Verdú).

SAP de Madrid, Penal, Sección 6.^a, de 11 de enero de 2002 (Ar. 95983; MP: Pedro Javier Rodríguez González-Palacios).

SAP de Jaén, Penal, Sección 2.^a, de 18 de enero de 2001 (Ar. 28; MP: José Antonio Córdoba García).

morfología. El otro de los ámbitos en el que se ha planteado la aplicación de la atenuante analógica es en el de las dilaciones indebidas. Sobre ello, el Acuerdo de Sala General del TS de 21 de mayo de 1999 «ha traducido la existencia de dilaciones indebidas en el ámbito del proceso penal en la exigencia de compensarlas con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del artículo 21.6 CP».

SAP de Huesca, Penal, de 11 de enero de 2001 (Ar. 135; MP: Antonio Angós Ullate).

SAP de Barcelona, Penal, Sección 5.^a, de 12 de enero de 2000 (Ar. 278; MP: María Rosa Fernández Palma).

BIBLIOGRAFÍA

- BONET ESTEVA, M., *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Madrid, 1999.
- CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.^a ed., Barcelona, 2001.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T./LLOBET ANGLÍ, M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales», en *InDret* 1/2005 (www.indret.com).
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, vol. II, 5.^a ed., Madrid, 1997.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.
- «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», en Conde Pumpido Ferreiro (Dir.), *Derecho Penal Económico*, tomo II, CDJ, 2003, pp. 89-128.
- CORCOY BIDASOLO, M./CARDENAL MONTRAVETA, S./HORTAL IBARRA, J. C., «Protección penal de los accidentes laborales. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.^a) de 2 de septiembre de 2003», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 71, tercer trimestre 2003, pp. 39-67.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./PAREDES CASTAÑÓN, J. M (Coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5 (2000), pp. 265-333.
- FRISCH, W., «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo» (traducido por Paredes Castañón, J. M), en Mir Puig/Luzón Peña (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pp. 99-127.
- JOSHI JUBERT, U., «Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988)», en *ADPCP*, 1989, pp. 731-748.

- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996.
- ORTS BERENGUER, E., *Atenuante de análoga significación*, Valencia, 1978.
- OTERO RUIZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Valencia, 2003.
- ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003.
- SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones fundamentales político-criminales y dogmáticas de la criminalidad empresarial –tomando el ejemplo del Derecho penal laboral desde una perspectiva europea» (traducido por Sacher, M., y Bolea Bardon C.). Traducción inédita, Título original: «Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität–am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrechts in europäischer Perspektive», en *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, 2004, pp. 297-314.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998.
- VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES PRATS, F., «La atenuante de análoga significación», en Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2004, pp. 222-225.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Comentario al artículo 21.6», en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Madrid, 1999, pp. 793-798.

