



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Protección penal de la seguridad en el trabajo: aproximación a la configuración del derecho penal en la "sociedad del riesgo"

Juan Carlos Hortal Ibarra

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSIDAD DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES
PROGRAMA DE DERECHO PENAL. BIENIO 1997-1999**

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR EN
DERECHO PRESENTADA POR

Juan Carlos Hortal Ibarra

TÍTULO:

**PROTECCIÓN PENAL DE LA SEGURIDAD EN EL
TRABAJO**

**Aproximación a la configuración del Derecho penal en la
“sociedad del riesgo”**

DIRECTOR DE LA TESIS:

Prof. Dr. Santiago Mir Puig

Barcelona, noviembre 2004

Protección penal de la seguridad en el trabajo

Aproximación a la configuración del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”

Abreviaturas utilizadas	11
I. Introducción	15
II. Origen y concepto	25
1.1. Precedentes legislativos	25
1.2. Precisiones conceptuales	29
III. Legitimación de la protección penal de la seguridad en el trabajo	33
1. “Sociedad del riesgo”, bienes jurídico-penales supraindividuales y “delitos de peligro	33
1.1. Introducción	33
1.2. Tesis minimalista	35
1.3. Tesis maximalista	40
1.4. Toma de postura	42
2. Posiciones doctrinales en torno al bien jurídico-penal protegido en el delito contra la seguridad de los trabajadores ...	60

2.1. Tesis individualista: vida, integridad física y salud de los trabajadores	61
2.2. Tesis colectivista: “seguridad en el trabajo”	64
2.3. Valoración crítica	66
3. Toma de postura	68
3.1. Introducción	68
3.2. Merecimiento de pena: la “seguridad en el trabajo” como un bien jurídico penal digno de protección penal	71
3.2.1. Dañosidad social	73
3.2.2. Referente individual	79
3.2.3. Consagración constitucional	84
3.3. Necesidad de pena: eficacia de los mecanismos extra-penales y de la intervención penal en el ámbito de la seguridad en el trabajo	91
3.3.1. Introducción	91
3.3.2. Eficacia de los mecanismos extra-penales protectores de la seguridad en el trabajo	97
a) Rescisión contractual	98
b) Reparación civil	99
c) Sanciones administrativo-laborales	100
d) Recargo de prestaciones	102
3.3.3. Eficacia de <i>lege ferenda</i> de la intervención penal en el ámbito de la seguridad en el trabajo	105

3.3.4. Eficacia de <i>lege lata</i> de la intervención penal en el ámbito de la seguridad en el trabajo	108
3.4.Toma en consideración de los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad en la protección penal de la seguridad en el trabajo	116
IV. Ley penal en blanco y configuración de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales. Especial atención a la concreción del concepto “ <i>infracción de las normas de prevención de riesgos laborales</i> ”	121
1. Introducción	121
2. Modelos de accesoriadad	124
2.1.Accesoriadad relativamente dependiente <i>versus</i> accesoriadad totalmente dependiente	124
2.2.Accesoriadad relativamente dependiente <i>versus</i> accesoriadad totalmente independiente	125
3. Justificación e importancia de la utilización de la ley penal en blanco en la tipificación de la protección penal de la seguridad en el trabajo	129
4. Delimitación jurídico-penal del concepto “ <i>infracción de las normas de prevención de riesgos laborales</i> ”	131
4.1. Introducción	131
4.2. El bien jurídico-penal protegido como criterio de interpretación del término “ <i>infracción de las normas de prevención</i> ”	132
4.3. Normativa comunitaria y protección de la prevención de riesgos laborales	135

4.3.1. Introducción	135
4.3.2. La prevención de riesgos laborales en el marco de los Tratados constitutivos de la UE	136
4.3.3. Incidencia del Derecho comunitario en la protección penal de la seguridad en el trabajo. Especial atención a las Directivas no transpuestas por el Estado español	141
4.4. Potestad reglamentaria y “creación de espacios de riesgo permitido” por parte de la Administración	149
4.4.1. Introducción	149
4.4.2. Su proyección en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo	154
4.5. Negociación colectiva y protección penal de la seguridad en el trabajo	159
4.6. Incidencia de la normativa en materia de seguridad industrial en la protección penal de la seguridad y salud de los trabajadores	166
V. Riesgos laborales jurídico-penalmente relevantes	171
1. Introducción	171
2. El riesgo permitido como criterio de determinación del riesgo típicamente relevante	173
2.1. Naturaleza jurídica del riesgo permitido	174
2.2. Riesgo permitido por adecuación social	178
2.3. Riesgo permitido por insignificancia	180

2.4. Riesgo permitido y consentimiento	182
2.5. Supuestos genuinamente incluidos en el marco del riesgo permitido	185
2.6. Criterios de determinación del riesgo permitido	190
2.6.1. Bien jurídico-penal protegido	190
2.6.2. Utilidad social	191
2.6.3. Infracción de las normas extra-penales	199
2.6.4. Principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad	202
2.7. Riesgo permitido “laboral”	208
3. El deber extra-penal de seguridad como presupuesto del deber típicamente relevante	219
3.1. Introducción	219
3.2. Naturaleza jurídica del deber extra-penal de seguridad	219
3.3. Fundamento del deber extra-penal de seguridad	225
3.4. Características del deber extra-penal de seguridad	229
3.4.1. Generalidad	229
3.4.2. Dinamicidad	231
3.4.3. Principalidad	234
3.4.4. ¿Medios o resultado?	236
3.5. Contenido del deber extra-penal de seguridad	238
3.5.1. Introducción	238

3.5.2. Deber de evaluación (art. 16 LPRL)	240
3.5.3. Deber de facilitar los equipos de protección individual (art. 17.2 LPRL)	243
3.5.4. Deber de garantizar la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones (art. 17.1 LPRL)	246
3.5.5. Deber de información y formación (arts. 18 y 19 LPRL)	248
3.5.6. Deber de vigilancia de la salud (art. 22 LPRL)	250
3.5.7. Deber de paralización de la actividad (art. 21 LPRL)	261
4. El deber de seguridad típicamente relevante: “no facilitar los medios de seguridad necesarios”	266
4.1. Introducción	266
4.2. Contenido típico del derogado art. 348 bis a) ACP	267
4.3. Alcance jurídico-penal del término “medios”	269
4.3.1. Posiciones doctrinales	269
4.3.2. Valoración crítica	272
4.3.3. Toma de postura	278
4.4. Relevancia jurídico-penal del incumplimiento de la obligación de exigir la efectiva utilización de los “medios” previamente facilitados.....	286
4.5. Valoración político-criminal en relación a la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales	293

VI. La imputación subjetiva en el delito contra la seguridad en el trabajo. Especial consideración a la incriminación de la imprudencia (art. 317 CP).....	298
1. Introducción.....	298
2. Argumentos “dogmáticos” en contra de la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo.....	300
3. Delimitación dolo eventual/imprudencia consciente: su incidencia en la determinación del dolo en los “delitos de peligro” en general y en el delito contra la seguridad en el trabajo en particular.....	308
3.1. Introducción.....	308
3.2. Teorías volitivas: “teoría del consentimiento o de la aprobación”.....	310
3.3. Teorías de la representación: “teoría de la probabilidad” ...	320
3.4. Teorías eclécticas: “tomar en serio”, “conformarse”, “aceptar”.....	325
3.5. Teorías cognitivo-normativas: “conocimiento del riesgo típico”.....	331
3.6. Toma de postura.....	346
3.6.1. Su incidencia en la determinación del dolo en los “delitos de peligro”: “dolo de peligro”, “dolo eventual de lesión” e imprudencia consciente.....	360
3.6.2. Su incidencia en la determinación del dolo en el delito contra la seguridad en el trabajo.....	365
4. Argumentos político-criminales en contra de la incriminación de la imprudencia en el delito contra la seguridad en el trabajo	375

5. Limitada eficacia jurídico-penal del error en el ámbito de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales: su proyección en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo.....	380
VII. Determinación de la autoría en el delito contra la seguridad en el trabajo.....	391
1. Introducción.....	391
2. ¿Su configuración como un delito especial o como un delito consistente en la infracción de un deber extra-penal?	401
3. Delimitación del concepto “ <i>obligado legal</i> ”: ¿el “empresario” como “único” obligado a facilitar los medios de protección necesarios a los trabajadores?	405
4. La incidencia del mecanismo de la delegación de competencias en la determinación de la autoría en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo: la responsabilidad penal de los “servicios de prevención”	417
4.1. Delegación del control sobre los riesgos laborales y modelos de organización de la actividad preventiva.....	425
a) Asunción personal por el empresario.....	426
b) Designación de trabajadores de la empresa y creación de un servicio de prevención propio	430
c) Contratación de un servicio de prevención ajeno	445
4.2. Especial atención a la organización de la prevención en el sector de la construcción: la responsabilidad penal del arquitecto técnico en materia de prevención de riesgos laborales	455

5. Determinación de la autoría en el marco de las personas jurídicas: alcance jurídico-penal de la cláusula de extensión de la autoría establecida en el art. 318 CP	470
5.1. Primer inciso del art. 318 CP: su delimitación con respecto a la cláusula general de “extensión de la autoría” contenida en el art. 31 CP.....	473
5.2. Segundo inciso del art. 318 CP: ¿extensión de la autoría a los representantes legales de los trabajadores y a los inspectores de trabajo?	483
6. Determinación de la autoría en los supuestos de “pluralidad de sujetos”	488
6.1. Delimitación de la responsabilidad penal en los supuestos de contratas y subcontratas: Obligaciones del empresario principal y los contratistas y subcontratistas en materia de prevención de riesgos laborales (art. 24.3 LPRL)	490
6.2. Delimitación de la responsabilidad penal en relación a los trabajadores cedidos por una ETT a la empresa usuaria: Obligaciones de las ETT’s y las empresas usuarias en materia de prevención de riesgos laborales (art. 28 LPRL)	503
IX. Conclusiones	514
Legislación citada	554
Jurisprudencia citada	558
Bibliografía citada	567

Abreviaturas utilizadas

AC	Aranzadi Civil (Repertorio de Jurisprudencia)
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
AL	Actualidad Laboral
AP	Actualidad Penal
ARP	Aranzadi Penal (“Selección Aranzadi)
art (s)	Artículo (s)
AS	Aranzadi Social (revista)
AS.	Aranzadi Social (repertorio de Jurisprudencia)
ASTO	Asunto
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
AUE	Acta Única Europea
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal Alemán)
CC	Código Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Comp.	Compilador
coord.	Coordinador
CP	Código Penal
DA	Documentación Administrativa
Dir	Director
DP	Doctrina Penal
DyS	Derecho y Salud
ed.	Edición
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
EM	Exposición de Motivos
EPI	Equipos de Protección Individual
Fasc	Fascículo
FJ	Fundamento Jurídico
FS-	Festschrift (Libro Homenaje)
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa de Trabajo Temporal

GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
<i>infra</i>	Abajo
JL	Justicia Laboral (editorial Lex Nova)
JUR.	Fondo Jurisprudencial Base de Datos Aranzadi
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LH-	Libro Homenaje, Estudios en honor, Estudios a la memoria, homenaje a...
LI	Ley de Industria
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social
LL	Revista Jurídica La Ley
LO	Ley Orgánica
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LRP	Ley de Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos Defectuosos (L 22/94)
MFC	Manuales de formación continua (CGPJ)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
p.	página
pp.	páginas
Pte	Ponente
OGSHT	Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RDGH	Revista de Derecho y Genoma Humano
RDM	Revista de Derecho Mercantil
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RAP	Revista de Administración Pública
RAAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RDA	Revista de Derecho Ambiental
REC	Recopilación de Jurisprudencia del TJCE
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RdDL	Rivista di Diritto del Lavoro
RDGH	Revista de Derecho y Genoma Humano
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED)

RdPP	Revista de Derecho y Proceso Penal
RFC	Revista del Foro Canario
RGD	Revista General de Derecho
RJ	Revista Jurídica (Universidad Autónoma de Madrid)
RJCA	Repertorio de Jurisprudencia Contencioso-Administrativa (Base de Datos Aranzadi)
RJCLM	Revista Jurídica de Castilla-La Mancha
RMF	Revista del Ministerio Fiscal
RMGA	Revista Mensual de Gestión Ambiental
RPJ	Revista del Poder Judicial
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RSP	Reglamento de los Servicios de Prevención
RRCCS	Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro
RTC	Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Base de Datos Aranzadi)
RTDPE	Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia
RTSJP	Revista Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales (ed. Aranzadi)
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STJ	Sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<i>supra</i>	Arriba
TL	Temas Laborales (Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social)
TCCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCCEEA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica
TCECA	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero
TCUE	Tratado Constitutivo de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
Trad (s)	Traductor (es)

TS
Vid.
ZStW

Tribunal Supremo
veáse
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Protección penal de la seguridad en el trabajo

Aproximación a la configuración del Derecho penal en la “sociedad del riesgo”

1. Introducción

1. Varias son las razones que me han llevado a elegir la protección penal de la seguridad en el trabajo como objeto de la presente investigación. En primer lugar, la relevancia social y económica que en la actualidad ha adquirido la problemática relativa a los “accidentes de trabajo”¹, problemática que ha motivado una respuesta por parte de los diferentes poderes que conforman el Estado:

1.1. Así, por ejemplo, el poder ejecutivo, ha promovido, tanto a nivel estatal como autonómico, diversas campañas publicitarias con el fin de sensibilizar a la sociedad acerca de la necesidad de reducir los elevados índices de siniestralidad laboral que, desgraciadamente se registran en nuestro país, hasta unos límites socialmente tolerables.

1.2. El poder legislativo, en respuesta al compromiso adquirido de “*velar por la seguridad e higiene en el trabajo*” recogido en el art. 40.2 CE y transponer las numerosas directivas comunitarias dictadas en este ámbito, ha

¹ El término “accidente” únicamente resulta acertado en relación a aquellas muertes y/o lesiones que se han producido fortuitamente, pero no puede aplicarse a los casos en que dichos resultados lesivos son imputables al incumplimiento, normalmente imprudente, de las diferentes obligaciones en que se concreta el deber extra-penal de seguridad impuesto al “empresario”.

creado un nuevo sistema de obligaciones y derechos en materia de prevención de riesgos laborales cuyo cumplimiento se ha garantizado a través de la imposición de un cúmulo de responsabilidades de carácter civil, administrativo-laboral y penal.

1.3. Y el poder judicial además de intensificar su labor juzgadora en materia de recargo de prestaciones (art. 123 LGSS) y sanciones administrativo-laborales (arts. 11-13 LISOS), ha empezado a aplicar, tras la entrada en vigor del CP del 95, el hasta ahora “invisible” delito contra la seguridad en el trabajo.

2. En segundo lugar, entiendo que, tanto la nueva configuración dada por el legislador del 95 al anterior art. 348 bis a), como los cambios acaecidos en el ordenamiento jurídico-laboral, aconsejaban la realización de un nuevo trabajo en el que se analizaran los diferentes elementos que integran el delito contra la seguridad de los trabajadores a la luz de la actual redacción típica, recogida en el art. 316 CP, el nuevo sistema de obligaciones y derechos establecido en la LPRL y los diferentes reglamentos que la han desarrollado.

3. En efecto, hemos de tener presente que el estudio pionero en la materia, el realizado por ARROYO ZAPATERO², fue en realidad un trabajo de *lege ferenda*, por cuanto el delito contra la seguridad de los trabajadores fue introducido en nuestro ordenamiento en el año 1983, mientras que la tesis

² ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Barcelona 1981.

doctoral del citado autor fue publicada en el año 1981³. Por su parte, el, a mi juicio, mejor trabajo publicado hasta la fecha sobre el delito contra la seguridad de los trabajadores elaborado por LASCURAÍN SÁNCHEZ⁴, versó sobre el anterior art. 348 bis a) y partió de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el trabajo de 1971 (OGSHT) actualmente derogada por la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)⁵.

4. La necesidad de analizar las numerosas sentencias dictadas por nuestros Jueces y Tribunales constituye otra de las razones que me llevaron a acometer la presente investigación. En efecto, mientras que su precedente legal, el art. 348 bis a), pasó desapercibido para nuestra jurisprudencia, y consiguientemente, no pudo ser tomado en consideración por los autores que se ocuparon del mismo, el actual delito contra la seguridad en el trabajo, previsto en los arts. 316-318 CP se ha erigido en el objeto de más de 200 resoluciones desde que, en el año 1998, se dictara el primer fallo penal sobre la materia⁶. En mi opinión, todas estas resoluciones han de ser examinadas a

³ De ahí que el autor se ocupara principalmente de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, tomando como punto de referencia legal la antigua Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo promulgada en 1971.

⁴ Trabajo que como el propio autor señala tituló de la misma forma que la obra de ARROYO ZAPATERO en reconocimiento a la contribución de éste último al análisis de la intervención penal en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral. En este sentido, LASCURIAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid 1994, p. 25.

⁵ Obras a la que cabría añadir la que constituye la tesis doctoral de AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia 2002, investigación que si bien examina el actual art. 316 y toma en consideración el nuevo marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales, parte de la clásica metodología –que no comparto– utilizada en el abordaje del estudio concreto de los diferentes tipos de la Parte Especial.

⁶ En efecto, la primera sentencia de la denominada jurisprudencia menor en que se condenó a alguien por un delito contra la seguridad en el trabajo es la SAP GUADALAJARA 25-06-98

fin de comprobar la interpretación que de los distintos elementos que conforman el delito contra la seguridad en el trabajo realiza la jurisprudencia.

5. La inclusión de este delito en el ámbito del llamado “nuevo Derecho penal” constituye la última de las razones que me condujeron a optar por la elección de la protección penal de la seguridad en el trabajo como objeto de mi tesis doctoral. Ciertamente, el análisis de los diferentes elementos que integran el delito previsto en los arts. 316 y ss CP me ha permitido adentrarme, a su vez, en el estudio de algunas de las cuestiones político-criminales y dogmáticas que, en la actualidad, suscita la intervención del Derecho penal en el ámbito de los “nuevos riesgos”⁷. Cuestiones entre las que destacan, entre otras: **a)** la legitimidad de la protección penal de los denominados bienes jurídicos-penales supraindividuales o colectivos mediante los “delitos de peligro”; **b)** la problemática relativa a la utilización de la ley penal en blanco en la configuración de los tipos penales; **c)** la determinación del tipo subjetivo en el ámbito de los delitos contra bienes jurídico-penales

(ARP. 1998\3418, PTE. SERRANO FRÍAS). Por su parte, la STS 12-11-98 (RJ. 1998\7764, PTE. JIMÉNEZ VILLAREJO) constituye la primera resolución en que el alto tribunal aplica a los sujetos acusados el delito aquí analizado.

⁷ Entrecorillado mediante el que quiero poner de relieve el hecho de que existen dos tipos de riesgos: **a)** en primer lugar, los riesgos que el desarrollo tecnológico acaecido desde el siglo XIX se ha encargado de intensificar, como podrían ser los riesgos que para la salud pública traen consigo la comercialización de los productos; o los riesgos que el desarrollo industrial ha comportado para el equilibrio de los ecosistemas o para aquellas personas que participan en la propia elaboración de los productos, esto es, los trabajadores; y **b)** en segundo lugar, los riesgos que ciertamente pueden considerarse nuevos y que tienen su origen en el progreso que la ciencia y la técnica ha experimentado en determinados ámbitos, riesgos entre los que destacan, entre otros, los derivados de las investigaciones biotecnológicas.

supraindividuales; o **d**) la atribución de la autoría en el seno de estructuras jerárquicas complejas como las empresas⁸.

6. En otro orden de cosas, en la presente investigación he intentado no limitarme a la “clásica” metodología empleada en el estudio de los distintos delitos que conforman la Parte Especial del Derecho penal, esto es, aquella en la que se analiza de forma sucesiva los precedentes históricos, el bien jurídico-penal protegido, la conducta típica, el sujeto activo y pasivo, las causas de justificación, el *iter criminis*, la culpabilidad, los concursos y las consideraciones de *lege ferenda*. En su lugar he acogido una metodología más acorde con los diferentes problemas que suscita la investigación de los delitos incluidos en el marco del denominado “Derecho penal accesorio”. Esto es, aquellos sectores de actividad ya protegidos por otras ramas del ordenamiento jurídico (Derecho civil-mercantil, administrativo o laboral), donde el Derecho penal no constituye un mero reforzamiento de los mecanismos ya existentes, sino que tiene como función la incriminación de los ataques más graves para con el bien jurídico-penalmente protegido.

7. En efecto, he tratado de superar los tradicionales enfoques utilizados en la Parte Especial, decantándome por un análisis *ad extra* mediante el que pongo en relación el sistema extra-penal de protección de la prevención de

⁸ Cuestiones todas ellas que, sin lugar a dudas, habrán de ser dominadas por todo aquel que aspire a convertirse en un buen penalista y pretenda igualmente superar las diferentes pruebas que ha introducido la nueva Ley de Ordenación Universitaria para la elección del profesorado. Pruebas entre las que destaca el conocimiento que de los diferentes programas de la asignatura de Derecho penal Parte General y Parte Especial ha de acreditar el candidato, conocimiento en el que la preparación de las clases de licenciatura y la elección del tema de tesis jugarán, a mi juicio, un papel fundamental.

riesgos laborales con los diferentes elementos que integran el delito contra la seguridad en el trabajo, a fin de dar una respuesta a los siguientes interrogantes: **a)** en qué medida resulta legítima la intervención penal, junto con el resto de mecanismos extra-penales existentes, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales; **b)** qué se entiende a efectos jurídico-penales por “*normas de prevención de riesgos laborales*”; **c)** qué deberes extra-penales alcanzan relevancia jurídico-penal en base a la redacción típica contenida en el actual art. 316 CP; y **d)** qué cabe entender por “sujetos legalmente obligados”, a los efectos de determinar los sujetos jurídico-penalmente idóneos a los que imputar el delito contra la seguridad en el trabajo⁹.

8. Todos estos interrogantes son acometidos, además, desde lo que he denominado una perspectiva *ad intra*, es decir, son analizados poniéndolos en relación con los diferentes problemas político-criminales y dogmáticos que la protección penal de los bienes jurídico-penales supraindividuales plantean en la actualidad a la doctrina penalista. Así, por poner algunos ejemplos: **a)** el examen en particular de las diferentes posturas en torno al bien jurídico-penalmente protegido en el delito contra la seguridad en el trabajo lo he enmarcado en el análisis más general de los distintos planteamientos esgrimidos en el seno de la doctrina en relación a la tutela penal de los bienes

⁹ En efecto, como muy acertadamente ha puesto de relieve CORCOY BIDASOLO, en el prólogo a la obra *Derecho Penal de la Empresa*, (CORCOY BIDASOLO dir.), Pamplona 2002, pp. 27 ss, la delimitación de algunos de los elementos que conforman los delitos incluidos en el marco del denominado “nuevo Derecho penal” (delitos societarios, delito ecológico, delito contra la seguridad en el trabajo...) aconsejan al intérprete jurídico-penal realizar un acercamiento previo a la interpretación y aplicación que de los mismos efectúan otras ramas del ordenamiento jurídico (Derecho mercantil, administrativo, laboral...), a fin de conciliar los principios de autonomía del Derecho penal y la seguridad jurídica.

jurídico-penales supraindividuales por medio de la técnica legislativa de los “delitos de peligro”; o **b)** la concreta determinación del tipo subjetivo en el delito objeto de la presente investigación, es analizada en el marco de la problemática relativa a la delimitación entre los conceptos de dolo de peligro, dolo eventual de lesión y culpa consciente en el ámbito de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales.

9. La metodología aquí empleada tiene su origen, en definitiva, en la idea de que toda investigación que verse sobre un tipo integrado en el denominado “Derecho penal accesorio” debe tomar necesariamente en consideración tanto el ordenamiento extra-penal, en el que dicho tipo interactúa (perspectiva *ad extra*), como las diferentes cuestiones de Parte General que le resulten de aplicación (perspectiva *ad intra*).

10. Precisamente la inclusión del delito contra la seguridad en el trabajo en el denominado “Derecho penal accesorio” y el carácter interdisciplinar de la prevención de riesgos laborales ha motivado el que se tome en consideración las siguientes fuentes en la realización de la presente investigación:

10.1. En primer lugar, y como consecuencia del carácter reglado de la materia objeto de análisis, se ha analizado el Derecho positivo, prestando una especial atención a la LPRL, piedra angular del actual sistema legal de protección de la seguridad y salud en el trabajo, y a los diferentes reglamentos que la han desarrollado, y entre ellos, al RD 39/1997, Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP); RD 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción; RD 216/1999, sobre

disposiciones mínimas de seguridad y salud en el ámbito de la Empresas de Trabajo Temporal y el RD 171/2004, desarrolla el art. 24 LPRL.

10.2. En segundo lugar, y debido al carácter especialmente práctico de la materia objeto de la presente investigación, se ha prestado una especial atención a la jurisprudencia del TS y las Audiencias Provinciales en que se ha aplicado el actual delito contra la seguridad en el trabajo previsto en los arts. 316 y ss CP.

10.3. En tercer lugar, en el epígrafe dedicado a la incidencia del Derecho comunitario en el desarrollo del sistema extra-penal en materia de prevención de riesgos laborales, se han analizado algunas de las sentencias más significativas en relación a la transposición de las directivas comunitarias en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros.

10.4. En cuarto lugar, en el apartado relativo al análisis de los rasgos definitorios del deber extra-penal de seguridad impuesto al “empresario”, se han tomado en consideración algunas resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (TSJ) y los Juzgados de los Social.

10.5. En quinto lugar, y como no podía ser de otra manera, se han tomado como base las numerosas investigaciones elaboradas, tanto por la doctrina penalista como laboralista española, en torno al delito contra la seguridad en el trabajo, así como los artículos y monografías relativas a las cuestiones de parte general implicadas en la protección penal de la seguridad en el trabajo y la temática general relativa a la prevención de riesgos laborales.

10.6. Por último, quizás sorprenda el poco peso que se le ha dado en la presente investigación a la doctrina y jurisprudencia alemana en relación a la protección penal de la seguridad en el trabajo. Ello no es fruto del “olvido”, sino que responde al hecho de que en Alemania la protección penal de la seguridad no se realiza en el Código Penal (StGB), sino que se dispensa en la Ley de protección laboral (*Arbeitsschutzgesetz*)¹⁰, esto es, en el denominado “Derecho penal accesorio” (*Nebenstrafrecht*), en el que se recogen, en contraposición con el llamado “Derecho penal principal” (*Hauptstrafrecht*), todos los preceptos penales contenidos en las leyes penales especiales¹¹. Esta ubicación explica, tal y como ha apuntado SCHÜNEMANN, el poco interés que ha suscitado la protección penal de la prevención de riesgos laborales en la dogmática jurídico-penal y en la jurisprudencia alemana, por cuanto, como el propio autor reconoce, “*los tipos de delito del Derecho penal accesorio prácticamente nunca son analizados científicamente*”¹².

10.7. Ahora bien, el hecho de que la doctrina alemana no se haya ocupado de la protección penal de la seguridad en el trabajo, no significa que

¹⁰ *Arbeitsschutzgesetz*, BGBl I 1996 s. 1246, en cuyo § 26 sanciona con una pena privativa de libertad de hasta 1 año o multa penal aquellas infracciones dolosas de la normativa sobre seguridad y salud de los trabajadores que pongan en peligro la vida o la salud de los trabajadores.

¹¹ Lo cual, en cierto modo, resulta coherente, por cuanto, uno de los rasgos que caracteriza a las materias recogidas en el “Derecho penal accesorio”, es precisamente que se trata de ámbitos en los que existe ya una previa e intensa actuación normativa por parte de la correspondiente Administración, en nuestro caso, la laboral.

¹² Cfr. SCHÜNEMANN, “Prevención de riesgos laborales”, (SACHER/BOLEA trads.), en *La política criminal en Europa*, (MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO dirs.), Barcelona 2004, p. 258, ello explica, en su opinión, el hecho de que hasta la fecha sólo se haya publicado en Alemania un solo trabajo dogmático sobre los diferentes problemas penales que se suscitan en el ámbito del trabajo, el realizado por HERZBERG en el año 1984 a solicitud del Ministerio de Trabajo.

la misma haya sido obviada en la presente investigación, por cuanto, como ya he apuntado, en el delito contra la seguridad en el trabajo se suscitan muchas de las cuestiones político-criminales y de la Teoría del Delito que en la actualidad ocupan a la dogmática jurídico-penal y en este campo la doctrina alemana ha tenido y sigue teniendo un papel protagonista.

11. Dicho esto, no quisiera acabar esta introducción sin realizar una última reflexión acerca de la excesiva dependencia que todavía hoy padece la dogmática española en relación a la doctrina alemana. A este respecto considero que si bien la doctrina alemana jugó un papel fundamental en el incipiente desarrollo de la dogmática jurídico en nuestro país, actualmente, la doctrina española ha adquirido un nivel de madurez suficiente para, en cierta medida, “emanciparse” de la tutela que, hasta ahora, ejerce la dogmática jurídico-penal alemana. Y ello por tres motivos: **a)** en primer lugar, porque, como sucede en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo, en algunas ocasiones, en nuestro ordenamiento jurídico-penal se plantean problemas que no se han suscitado, por diferentes razones, en el marco del Derecho penal alemán; **b)** en segundo lugar, porque un “sometimiento” demasiado férreo a la tutela de la doctrina alemana, puede acabar entorpeciendo el propio desarrollo de la dogmática jurídico-penal española, sumiendo a esta última en el “letargo” que, en cierto modo, se encuentra la dogmática jurídico-penal alemana en la actualidad; y **c)** en tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, porque, de no hacerlo, la dogmática española corre el riesgo de perder el “tren europeo”, malogrando la oportunidad de convertirse en un “auténtico” protagonista en la construcción del incipiente “Derecho penal europeo”.

II. Origen y concepto

1. Precedentes legislativos

1. En el presente apartado no pretendo realizar una pormenorizada y exhaustiva exposición de los antecedentes históricos del vigente delito contra la seguridad en el trabajo previsto en los arts. 316 y ss CP¹³, sino únicamente una mera aproximación a los preceptos que, en mi opinión, han contribuido en mayor medida a su actual configuración y que, por tanto, pueden proporcionarnos las claves interpretativas a través de las que determinar el verdadero alcance jurídico-penal de los diferentes elementos que lo conforman¹⁴. Entre estos preceptos, ocupan, a mi juicio, un lugar preferente el art. 427 ACP en el que se recogía el denominado delito de lesiones laborales y, especialmente, el art. 348 bis a) ACP¹⁵, precedente legal inmediato del actual art. 316 CP¹⁶.

¹³ De la misma manera que tampoco me ocuparé en el presente apartado de la delimitación entre el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo y aquellos otros delitos que directa o indirectamente pueden incidir en la protección penal de la seguridad en el trabajo, como por ejemplo, los delitos de homicidio y lesiones imprudentes (arts. 142 y 152 CP), el delito en el que se protegen las condiciones ilegales de trabajo (art. 311 CP, anterior art. 499 bis) o los delitos de riesgo provocados por otros agentes (arts. 348, 349 y 350 CP), por cuanto, a mi juicio, estas cuestiones constituyen el objeto de estudio propio de las relaciones concursales. De otra opinión, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 116 ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, 62 ss.

¹⁴ Para una detallada descripción de los distintos precedentes legales del actual delito contra la seguridad en el trabajo, así como del tratamiento dispensado al mismo por los diferentes anteproyectos y proyectos elaborados hasta la fecha, *Vid.*, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 37 ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, Barcelona 2001, pp. 59 ss.

¹⁵ Preceptos cuyo tenor era, respectivamente, el siguiente: “*las penas señaladas en los artículos 420 y 421, en sus respectivos casos, serán aplicables a los que por infracciones graves de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo ocasionen quebranto apreciable en la salud o en la integridad física de los trabajadores*”; “*los que*

2. La importancia del delito de lesiones laborales en la configuración del vigente delito contra la seguridad en el trabajo radica en el hecho de que constituye, junto al art. 348 bis a), el primer antecedente de derecho positivo en que se vincula la existencia del ilícito penal, entre otros requisitos, con *la infracción grave de las leyes o reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo*¹⁷. Esta vinculación adquiere, en mi opinión, una especial significación, en la medida en que constituye el argumento sobre el que se fundamenta la tesis en virtud de la cual, en realidad, el delito de lesiones fue el primero de los instrumentos dirigidos a la protección de la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles socialmente permitidos¹⁸. Posición esta que vendría reforzada por la propia

estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas".

¹⁶ En este sentido, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 38, nota 8, señala expresamente como la remisión al derogado art. 348 bis a) ACP sigue siendo necesaria en la interpretación del actual art. 316 CP.

¹⁷ Este delito fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de reforma del Código Penal de 19 de julio de 1944, en el entonces art. 423, siendo modificado en los años 1963 y 1983 y finalmente derogado tras la aprobación del Código penal de 1995. Para un análisis más profundo del mismo *Vid.*, entre otros, ARROYO ZAPATERO, "Lesiones laborales", en *Comentarios a la Legislación penal*, (Tomo V): *La reforma del Código penal de 1983*, (v. 2º) Madrid 1985, pp. 919 ss; EL MISMO, *Manual de derecho penal de trabajo*, Barcelona 1988, pp. 139 ss; DE DIEGO DÍAZ-SANTOS, "Las lesiones laborales del artículo 427 del Código penal", CPC (2) 1977, pp. 35 ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 53 ss.

¹⁸ En este sentido, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, pp. 241 ss; EL MISMO, *Manual...*, p. 147, quien sostiene como de haberse configurado el tipo previsto en el art. 427 ACP como un delito de lesiones con dolo eventual por infracción de normas de seguridad en el trabajo habría recobrado igualmente el mismo "... un sentido político-criminal, el de ser un instrumento de protección de la seguridad e integridad del trabajador frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo y de la gestión patronal de las mismas..."; BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del*

voluntad del legislador, quien en la modificación proyectada del mismo por medio de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 introdujo, junto al delito de lesión ya existente, un delito de peligro en el que igualmente se protegía la salud e integridad física de los trabajadores¹⁹. Ciertamente, pese a que finalmente el gobierno, incumpliendo el mandato establecido en la citada ley, se limitó a incluir el delito de lesión, algunos años más tarde el art. 348 bis a) vino a sancionar el delito de peligro proyectado en la reforma de 1963²⁰.

3. Sin embargo, el precepto que ha ejercido una influencia más directa en la actual configuración del delito contra la seguridad en el trabajo es, sin lugar a dudas, el art. 348 bis a) ACP²¹, por cuanto, si bien el legislador del 95 procedió a mejorar alguno de sus elementos más criticados por la doctrina, (p.e. la supresión del término “grave” que calificaba la infracción de las

trabajo, (2ª ed) Madrid 1997, p. 111; ESCAJEDO SAN EPIFANIO, “Art. 317: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas”, AP 2000-3*, pp. 807 ss, para quien la vinculación del delito de lesiones laborales a la infracción de las normas de seguridad e higiene en el trabajo “... *podiera haberse interpretado como un intento del legislador por reforzar la normativa relativa a las medidas de seguridad e higiene respecto a los casos más graves...*”. En contra se muestra recientemente AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 54, quien mantiene que en el art. 427 “... *no se otorgaba una protección específica al trabajador*”.

¹⁹ En efecto, en la base 10ª de dicho texto legal se ordenaba “*dar al artículo 423 –anterior art. 427- una formulación en la se sancionase a los que por infracciones graves de las leyes de trabajo ocasionen o puedan ocasionar quebranto apreciable en la salud o en la integridad corporal de los obreros*”.

²⁰ En este sentido, ESCAJEDO SAN EPIFANIO, AP 2000-3*, p. 808, señala como esta exclusión favoreció el tratamiento separado de los arts. 427 y 348 bis a) ACP.

²¹ Precepto que como ha señalado la doctrina de forma mayoritaria tiene, a su vez, su precedente legal en el art. 578 del CP de 1928, en el que se tipificaba la imprudente puesta en peligro de la salud o la vida de los empleados en industrias peligrosas. En este sentido, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 38 ss; ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 154; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 128 ss.

normas reglamentarias, o la inclusión de la salud junto a la vida y la integridad física como objeto cuya puesta en peligro podía dar lugar a la realización típica), ha mantenido en el vigente art. 316 CP alguno de sus rasgos más característicos, entre otros, su configuración como un delito de peligro concreto o la utilización de la cláusula “*los que estando legalmente obligados*” en la determinación de la relación de autoría²².

4. Ciertamente, a mi juicio, la inclusión de dicho precepto en la reforma de 1983 resultó, pese a su nula posterior aplicación por los tribunales, especialmente importante, en la medida en que supuso el reconocimiento de la necesidad de la intervención penal en el ámbito de la seguridad en el trabajo ante la demostrada ineficacia preventiva de los mecanismos extra-penales de protección y el delito de lesiones laborales para contener los elevados índices de siniestralidad registrados en el mercado laboral²³.

5. Entre las posibles causas que explican la no aplicación del art. 348 bis a) ACP por parte de nuestros Jueces y Tribunales, destacan, entre otras, las siguientes: **a)** en primer lugar, la deficiente denuncia y persecución de las conductas allí incriminadas por parte de quienes las conocían (el propio trabajador, los representantes legales en materia prevención de riesgos laborales y los representantes sindicales) o tenían la obligación de descubrirlas

²² Lo cual convierte al derogado art. 348 bis a) en referencia obligada en la interpretación de los mismos y en el punto de partida en la delimitación del resto de elementos que conforman el vigente art. 316 CP, como veremos en el epígrafe en el que analizaré los deberes extra-penales en materia de prevención de riesgos laborales que han adquirido relevancia jurídico-penal, lo que en la terminología “clásica” se estudia en el marco de la conducta típica. Sobre ésta última cuestión Vid., *infra*. V. 4.3.

²³ En este sentido, entre otros, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, p. 103; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 64.

y reprimirlas (fundamentalmente la Inspección de Trabajo y la Fiscalía); y b) en segundo lugar, las propias imperfecciones en las que incurrió el legislador en la tipificación del delito contra la seguridad en el trabajo, esto es, la deficiente técnica legislativa utilizada en la determinación de la relación de autoría; la insuficiente coordinación con las correspondientes sanciones administrativo-laborales y la insuficiente eficacia preventiva de las penas previstas en dicho delito²⁴.

2. Precisiones conceptuales

1. En los diferentes estudios que se han ocupado del delito contra la seguridad en el trabajo, los autores han utilizado tres expresiones para referirse al sector del ordenamiento jurídico-laboral en que dicho ilícito penal se inscribe. Así en las primeras investigaciones realizadas al efecto, los autores se decantaron, indistintamente, por el uso de las expresiones “seguridad e higiene en el trabajo” o “seguridad en el trabajo”, posiblemente por ser éstas las expresiones utilizadas en los diferentes textos legales vigentes en aquel momento²⁵. En efecto, tanto la OGSHT (norma extra-penal sobre la que giraba

²⁴ En este sentido, entre otros, JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, “Reflexiones acerca de la reforma española de los delitos contra los intereses colectivos: dos casos paradigmáticos: arts. 347 bis (delito ecológico) y 348 bis a) (protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo) del CP”, RFC (87) 1993, pp. 149 ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 207 ss; EL MISMO, “Arts. 316-318 CP”, en *Comentarios al Código penal*, (RODRÍGUEZ MOURULLO dir.), Madrid 1997, p. 906; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 65; LA MISMA, “Sujetos responsables de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito laboral y en el ámbito penal. En especial la responsabilidad penal de los técnicos en prevención de riesgos laborales”, AP 2003-1, p. 336.

²⁵ En este sentido, los pioneros trabajos de ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, pp. 49 ss; EL MISMO, *Manual...*, pp. 153 ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 27 ss. Expresiones igualmente acogidas en la reciente monografía de AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 25 ss.

todo el sistema de protección de la materia), como los diferentes preceptos del Estatuto de los Trabajadores (arts. 4.2 d y 19.1 ET) y de la propia constitución (art. 40.2 CE) dedicados a la misma, acogieron la clásica expresión “seguridad e higiene en el trabajo”. Por su parte, el propio legislador penal utilizó la expresión “seguridad en el trabajo” en la intitulación de la sección en la que ubicó el derogado art. 348 bis a), prescindiendo de esta manera del criticado término “higiene” mediante el que se hacía referencia a las medidas tendentes a evitar las enfermedades profesionales²⁶.

2. Sin embargo, en los trabajos realizados tras la aprobación del CP de 1995, puede observarse como las clásicas expresiones “seguridad e higiene en el trabajo” y “seguridad en el trabajo” conviven con las más modernas “seguridad y salud en el trabajo”²⁷ y “prevención de riesgos laborales”²⁸.

²⁶ En opinión de MONTOYA MELGAR/PIZÁ GRANADOS, *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, (2ª ed) Madrid 2000, p. 23, la utilización del término “higiene” en la denominación que da nombre a dicha disciplina es atribuible a su gran peso histórico, y particularmente, a la gran divulgación que tuvieron los estudios de los médicos higienistas en el transcurso del siglo XIX. De hecho, el término “higiene” precede al término “seguridad” en la que constituye la norma que dio origen a este sector del ordenamiento jurídico-laboral, la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, conocida como “Ley Dato” en cuya EM se contenía la expresión “higiene y seguridad de los trabajadores”. En este sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp. 25 ss.

²⁷ En este sentido, en la doctrina jurídico-penal, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 25; en la doctrina jurídico-laboral, BARBANCHO TOVILLAS/RIVAS VALLEJO/PURCALLA BONILLA, “La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores”, *Tribuna Social* (99) 1999, pp. 24 ss.

²⁸ En este sentido, en la doctrina jurídico-penal, PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, “Responsabilidad penal del empresario y del técnico en prevención de riesgos laborales”, LH-CEREZO MIR, Madrid 2002, pp. 1511 ss; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “Prevención de riesgos laborales y Derecho penal”, *RPJ* (64) 2001, pp. 83 ss; en la doctrina jurídico-laboral, RIVERO LAMAS, “Responsabilidades penales de las empresa en materia de prevención de riesgos laborales”, *AP* 1996-3, pp. 687 ss.

Ambas expresiones tienen su origen, respectivamente, en el Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo y la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y en la LPRL, piedra angular del actual sistema extra-penal protector en materia de prevención de riesgos laborales²⁹. En efecto, en este último texto el legislador ha evitado la denominación “seguridad e higiene en el trabajo” adoptando indistintamente, por influencia de la normativa comunitaria, las expresiones “seguridad y salud en el trabajo” y “prevención de riesgos laborales”. Por su parte, el legislador penal del 95, si bien ha incluido el delito contra la seguridad en el trabajo en el Título XV, que lleva por título “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”³⁰, ha

²⁹ En este sentido, MONTROYA MELGAR/PIZÁ GRANADOS, *Curso...*, p. 24; quienes destacan como el abandono por parte del legislador español de la denominación “seguridad e higiene” y su paulatina sustitución por la expresión “seguridad y salud” responde a la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento a la normativa internacional y comunitaria existente sobre la materia.

³⁰ De esta forma el legislador del 95, en respuesta a las críticas vertidas por la doctrina mayoritaria, ha dotado de unidad sistemática a los denominados tradicionalmente “delitos sociales”, agrupando bajo una misma rúbrica “*de los delitos contra los derechos de los trabajadores*” todos aquellos tipos que giran en torno a la relación de trabajo (arts. 311-318 bis). Lo cual contrasta con la dispersión característica del ACP, donde el delito de coacciones laborales se recogía entre “*los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes*” (art. 177 bis), el delito contra la seguridad e higiene en el trabajo estaba ubicado entre los “*los delitos de riesgos en general*” (art. 348 bis a), y las conductas previstas en los actuales arts. 311-313 CP, se castigaban en el art. 499 bis, esto es, entre “*los delitos contra la libertad y la seguridad*”. En este sentido, se muestran a favor de la nueva sistematización, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 132 ss; GARCÍA SALAS, “Los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: algunas notas”, RL 1996-II, pp. 240 ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico*, Valencia 2002, p. 536; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, pp. 52 ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp. 67 ss; PÉREZ MANZANO, “Delitos contra los derechos de los trabajadores”, RL 1997-I, p. 271, si bien ésta última considera más apropiada la denominación acogida por el proyecto de CP de 1980 “*de los delitos cometidos con ocasión*

combinado en la redacción típica contenida en el art. 316 CP la moderna expresión “*infracción de las normas de prevención de riesgos laborales*” con la clásica denominación “*medidas de seguridad e higiene adecuadas*”.

3. En la presente investigación utilizo la expresión “prevención de riesgos laborales” cuando hago referencia al sector del ordenamiento jurídico-laboral en el que se enmarca dicha materia, por cuanto, no en vano, esta es la expresión que ha dado nombre a su ley marco (LPRL). Por su parte, he optado por la utilización de la expresión “seguridad en el trabajo”, cuando me refiero concretamente a la protección penal, por cuanto, como expondré a continuación, casa mejor con la posición que defiendo en relación al bien jurídico-penal protegido en los arts. 316 ss CP.

de las relaciones laborales”, por cuanto en su opinión no todas las figuras típicas recogidas en el actual Título XV lesionan los derechos de los trabajadores.

III. Legitimación de la protección penal de la seguridad en el trabajo

1. “Sociedad del riesgo”, bienes jurídico-penales supraindividuales y “delitos de peligro”

1.1. Introducción

1. Como ya he apuntado, el concreto análisis de la determinación del bien jurídico-penalmente protegido en el delito contra la seguridad en el trabajo la he encuadrado en el marco general de la discusión político-criminal y dogmática que, en la actualidad, ocupa y preocupa a la doctrina jurídico-penal en relación a la cuestión de la legitimación de la intervención penal en la contención de los nuevos riesgos propios de la denominada “sociedad del riesgo”³¹ y la legitimidad de la protección penal de los bienes jurídico-penales

³¹ Concepto introducido por el sociólogo alemán ULRICH BECK en su conocido libro *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt, 1988, en el que refleja el cambio de una sociedad en el que los riesgos procedían principalmente de la naturaleza, a una sociedad como la actual en la que los riesgos tienen su origen en el incipiente desarrollo tecnológico protagonizado por el propio hombre a fin de controlarla. El concepto de “sociedad del riesgo” ha adquirido un gran protagonismo en el campo del Derecho, por cuanto ha sido introducido por algunos autores en el ámbito del Derecho administrativo, entre otros, ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Barcelona 1999, pp. 28 ss; NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, (3ª ed) Madrid 2002, p. 38, y especialmente, en el Derecho penal, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica”, en *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, (CORCOY BIDASOLO/RUIDIAZ GARCÍA coords.), Pamplona 1999, p. 69; LA MISMA, *Los delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999, pp. 19 ss; GRACIA MARTÍN, “¿Qué es modernización del Derecho Penal?”, LH-CEREZO MIR, Madrid 2002, pp. 359 ss; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid 2001, pp. 23 ss, quien realiza una excelente caracterización de la llamada “sociedad del riesgo” y de las transformaciones que ha traído consigo en el ámbito del Derecho Penal; PÉREZ DEL VALLE, “Sociedad de riesgos y reforma penal”, RPJ (43-44), 1996; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El moderno Derecho Penal para una sociedad de riesgos”, PJ (48) 1997, pp. 289 ss; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der*

supraindividuales, por medio de la técnica legislativa de los “delitos de peligro”. Y lo he inscrito en este marco más general, porque entiendo que las diferentes posiciones mantenidas por los autores en torno a la particular cuestión de la legitimación de la intervención penal en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales y la delimitación del bien jurídico-penal protegido en el delito contra la seguridad en el trabajo, no son más que una clara, y a menudo quizás inconsciente, manifestación de las respuestas dadas en general por la doctrina a ambas discusiones.

2. A grandes rasgos, las respuestas dadas por la doctrina jurídico-penal en relación a la necesidad de la intervención penal en el ámbito de los “nuevos riesgos” propios de la actual sociedad y a la legitimidad de la protección penal de los bienes jurídico-penales supraindividuales a través de la técnica legislativa de los delitos de peligro pueden agruparse en torno a tres grandes posiciones:

2.1. En primer lugar, los autores que rechazan categóricamente, tanto la intervención penal en estos nuevos ámbitos, como la utilización de la técnica legislativa de los delitos de peligro, argumentando que ello puede traer consigo una intolerable flexibilización de las garantías materiales y procesales propias del Derecho penal clásico (tesis minimalista).

2.2. En segundo lugar, los autores que, contrariamente, defienden la intervención del Derecho penal en la contención de estos nuevos riesgos,

Risikogesellschaft, Frankfurt 1993, pp. 49 ss; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (2ª ed) Madrid 2001, pp. 26 ss; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Política criminal*, Madrid 2001, pp. 258 ss.

aunque ello pueda conllevar una cierta “flexibilización” de dichas garantías y consideran que los delitos de peligro constituyen el instrumento idóneo para garantizar una eficaz tutela frente a los mismos (tesis maximalista).

2.3. Y en tercer lugar, los autores que, a modo de solución intermedia, defienden la necesidad de la intervención penal en estos nuevos ámbitos y la legitimidad de la protección de los bienes jurídico-penales supraindividuales por medio de los delitos de peligro, sin que ello suponga una renuncia al respeto de los criterios de imputación y las garantías político-criminales característicos del Derecho penal.

1.2. Tesis minimalista

1. Entre los defensores de la primera de las opciones enumeradas destacan los autores incluidos en la llamada “Escuela de Frankfurt”³², escuela encabezada por HASSEMER³³ cuyo planteamiento ha obtenido un amplio eco

³² Si bien cabe poner de relieve la incorrección de dicha denominación, por cuanto, como muy atinadamente ha apuntado SILVA SÁNCHEZ, en el prólogo a la obra *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada 2000, p. 12, “... dicha escuela no existe como tal; y en el seno del grupo de profesores de Frankfurt se dan evidentes diferencias metodológicas e ideológicas”. En la misma línea, GÓMEZ MARTÍN, “Libertad, seguridad y «sociedad del riesgo», en *La Política criminal en Europa*, (MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO dirs.), Barcelona 2004, p. 64, nota 20.

³³ Autor que en los últimos años se ha mostrado especialmente crítico con lo que ha definido como el “Derecho penal moderno”, característico de la “sociedad del riesgo”, (principalmente la protección penal del medioambiente, responsabilidad por el producto y la criminalidad económica) en contraposición con el llamado “Derecho penal clásico” propio del Estado liberal. Preocupación que se ha traducido en la publicación de numerosos trabajos en los que ha desarrollado dicho planteamiento, entre otros, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, *Doc. Penal* (46/47) 1989, pp. 275 ss; “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en la *rev. Pena y Estado* (1) 1991, pp. 23 ss; “Crisis y características del moderno derecho penal”, (MUÑOZ CONDE trad.), *AP* 1993-2, pp. 635 ss; *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1994; *Persona, mundo*

en nuestra doctrina³⁴. Estos autores se muestran contrarios a la intervención del Derecho penal en el ámbito de los nuevos riesgos (medio ambiente, derecho penal económico, criminalidad organizada), y a la utilización de los delitos de peligro, en tanto técnica legislativa propia de los mismos, por cuanto, en su opinión, el Derecho penal ha de ocuparse principalmente de los bienes jurídico-penales individuales propios del Estado liberal: vida, integridad física, salud y propiedad. De ahí que configuren, a continuación, los “delitos de peligro” como un mero adelantamiento de las barreras de protección de estos últimos³⁵.

y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal, (MUÑOZ CONDE/DÍAZ PITA trads.), Valencia 1999, pp. 46 ss.

³⁴ En este sentido, entre otros, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid 1999, pp. 74 ss y 90 ss; con ulteriores referencias bibliográficas.

³⁵ En este sentido, en la doctrina alemana, entre otros, HASSEMER, AP 1993-2, pp. 637 ss y 645; EL MISMO, *Persona...*, pp. 67 ss; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1990, pp. 147 ss; KARGL, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daños y pena”, (RAGUÉS I VALLÈS trad.), en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada 2000, pp. 62; en la doctrina española, entre otros, HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?”, ADPCP 1994, pp. 119 ss y 139 ss, TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto y garantías penales”, LH-VALLE MUÑIZ, Pamplona 2000, pp. 812 ss, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, LH-VALLE MUÑIZ, Pamplona 2000, pp. 706 ss; en la doctrina italiana, entre otros, GRASSO, “L’Anticipazioni della tutela penale. I reati di pericolo e i reati di attentato”, RIDPP 1986, pp. 715. Planteamiento frente al que muestran su disconformidad, en la doctrina española, entre otros, ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico y Constitución”, RP (1) 1997, pp. 15; CORCOY BIDASOLO, *Delitos...*, pp. 25 ss y 184 ss; GRACIA MARTÍN, LH-CEREZO MIR, pp. 349 ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del *Big Crunch* en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico), LH-CEREZO MIR, Madrid 2002, pp. 426 ss; en la doctrina alemana, entre otros, SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (CANCIO MELIÁ trad.), Bogotá 1996, pp. 21 ss; EL MISMO, “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente” (MARIANA SACHER trad.), en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Madrid 2002, pp. 219 ss.

2. Ciertamente, a su juicio, la intervención penal en estos nuevos ámbitos (medio ambiente, urbanismo, delitos socioeconómicos) por medio de los delitos de peligro puede traer consigo, no sólo una quiebra de los principios y garantías característicos del Derecho penal y Procesal Penal (intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*), y una “desformalización” o “flexibilización” de las categorías de la teoría del delito (relación de causalidad, imputación objetiva, imputación subjetiva, autoría y participación, omisión...)³⁶, sino también la asignación al Derecho penal de una **función meramente simbólica** contraria a los fines que tiene encomendados³⁷.

³⁶ En este sentido, en la doctrina alemana, entre otros, HASSEMER, *Persona...*, pp. 59 ss; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el Producto en Derecho Penal*, Valencia 1995, pp. 122 ss; MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente”, (ÍNIGO/PASTOR/RAGUÉS trads.) en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada 2000, pp. 514 ss; PRITTWITZ, *Strafrecht...*, pp. 248 ss; SEELMANN, “Societat de risc i dret penal”, *IURIS* (1) 1994, pp. 274 ss; en la doctrina española, entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, “Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad por el producto”, LH-CASABÓ RUIZ, Valencia 1997, pp. 695 y 707; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 20 y 97 ss; SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, LH-VALLE MUÑIZ, p. 722.

³⁷ Función simbólica que, en la opinión de algunos autores, es propia de los nuevos planteamientos de corte funcionalista que asignan al Derecho penal una función exclusivamente de prevención general positiva reinterpretando todas las categorías de la teoría del delito en clave normativista. En este sentido, en la doctrina española, entre otros, MUÑOZ CONDE, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, LH-VALLE MUÑIZ, pp. 570 ss; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH-VALLE MUÑIZ, pp. 717 ss; SANTANA VEGA, “Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos”, AP 2001, p. 145; en la doctrina alemana, entre otros, HASSEMER, AP 1993-2, pp. 638 ss, MÜLLER-TUCKFELD, “Ensayo...”, pp. 524 y 528 ss, quien en relación a la protección penal del medio ambiente concluye muy “expresivamente” “*el Derecho penal del medio ambiente se convierte así en una especie de academia popular para educar al auditorio en los cuidados que necesita la naturaleza...*”.

3. En efecto, ante la “contrastada” incapacidad del Derecho penal para acometer eficazmente la protección de estos nuevos intereses propios de la sociedad del riesgo³⁸, denuncian el carácter meramente promocional o simbólico que cumple el Derecho penal en estos nuevos ámbitos, por cuanto, a su juicio, con la intervención penal el legislador, únicamente, pretende concienciar a la ciudadanía sobre la necesidad de tutelar a la sociedad frente a determinados riesgos que atentan contra su seguridad (el medio ambiente, la llamada responsabilidad por el producto, o manipulaciones genéticas constituyen ejemplos paradigmáticos) y restablecer su confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para mantenerlos bajo control, pasando de esta forma el Derecho penal de tutelar bienes jurídicos a tutelar meras funciones sociales³⁹.

4. Dicho sector doctrinal, ante la “desmesurada” expansión del Derecho penal que, a su entender, se observa en la sociedad actual por desmedido recurso a los delitos de peligro abstracto, propugna la creación de un “nuevo Derecho penal”, al que denominan “derecho de intervención”

³⁸ En este sentido, entre otros, HASSEMER, *Derecho penal simbólico...*, pp. 35; EL MISMO, *Persona...*, pp. 58 ss; PALIERO, “Il principio di effettività del Diritto penale”, RIDPP 1990, pp. 471 ss; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH-VALLE MUÑIZ, pp. 708 y 722.

³⁹ En este sentido, en la doctrina alemana, entre otros, HASSEMER, “Lineamientos...”, pp. 279 ss; EL MISMO, *Persona...*, pp. 50 ss; en la doctrina española, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 41 y 130; MUÑOZ CONDE, “El moderno Derecho penal en el nuevo Código penal. Principios y tendencias”, LL 1996-3, p. 1339; MUÑOZ LORENTE, “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, RdPP (6) 2001, pp. 127 ss; SANTANA VEGA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid 2000, pp. 165 ss; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno...*, pp. 96 ss; en la doctrina italiana, entre otros, MOCCIA, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales”, (RAGUÉS I VALLÈS trad.), LH-ROXIN, (SILVA SÁNCHEZ ed.), Barcelona 1997; PALIERO, “L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?”, RIDPP 1994, pp. 1228 ss.

(*Interventionsrecht*). Derecho situado a medio camino entre el Derecho penal clásico y el Derecho de contravenciones (*Ordnungswidrigkeitenrecht*), en el que se permitiría una flexibilización de los criterios de imputación acuñados, a cambio de la sustitución de las penas privativas de libertad por penas pecuniarias o privativas de otros derechos⁴⁰ y/o el desplazamiento de los

⁴⁰ En este sentido, HASSEMER, AP 1993-2, pp. 645 ss; EL MISMO, *Persona...*, pp. 69 ss; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad...*, pp. 43 ss. Desde otro punto de vista, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 157 ss, quien, partiendo de la idea de que es posible configurar diferentes sistema de imputación jurídica en función de la consecuencia jurídica que se asigna a su infracción, defiende, de *lege ferenda*, la necesidad de distinguir *dentro* del Derecho penal: **a)** un Derecho penal nuclear dirigido a la protección de bienes jurídicos individuales, en el que se aplicarían los criterios de imputación integrados en la llamada teoría del delito, se extremarían las garantías procesales y materiales propias del Derecho penal clásico y se impondrían penas privativas de libertad; y **b)** un “Derecho penal de la intervención”, en la línea apuntada por HASSEMER, que asumiría la tutela frente a los denominados “nuevos riesgos” vinculados al desarrollo tecnológico (medio ambiente...) y económico (delitos societarios, tráfico de influencias, delito fiscal, fraude de subvenciones...), en el que se permitiría una “flexibilización” de los criterios de imputación clásicos (e incluso la aceptación de nuevos criterios como, por ejemplo, la aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídica) y de las garantías político-criminales (principio de determinación del tipo, principio de culpabilidad...) y, en contraprestación, se impondrían únicamente penas pecuniarias y privativas de otros derechos, renunciando de este modo, a la utilización de la pena privativa de libertad. Si bien, a continuación, *de lege lata* y, asumiendo una posición realista, acaba estimando que, mientras se impongan penas privativas de libertad a dichos delitos (especialmente los socioeconómicos), deben ser incluidos en el núcleo duro del Derecho penal, rechazando de plano cualquier flexibilización de las reglas de imputación y los principios garantistas propios del mismo. En la misma línea, se sitúa MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, LH-CEREZO MIR, pp. 407 ss y 429 ss, quien en relación a los delitos socioeconómicos, propone la necesidad de distinguir entre: **a)** aquellas infracciones de menor entidad que formarían parte de un nuevo Derecho penal accesorio, en el que se flexibilizarían los criterios de imputación clásicos y donde se podría prescindir de las pena privativa de libertad; y **b)** aquellas infracciones penales que, por su gravedad, se integrarían en el seno del llamado Derecho penal nuclear, a las que se les aplicaría las clásicas reglas de imputación penal y la pena privativa de libertad. Si bien no comparte el análisis que, sobre las causas de la expansión del Derecho penal, realiza SILVA SÁNCHEZ, así como sus propuestas en contra de la intervención, en general, del Derecho penal en la protección de los intereses socioeconómicos y la configuración, en particular, del delito fiscal como un delito de acumulación. Por el contrario, muestran su desacuerdo con los planteamientos suscritos por los autores incluidos o en la órbita de la “Escuela de Frankfurt”, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, 26 ss y 184 ss; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español. Parte General*, (3ª ed) Madrid 2002, pp. 77 ss y 80 ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO

bienes jurídicos tutelados por medio de los delitos de peligro a aquellos otros sectores del Ordenamiento que, como el Derecho civil, mercantil o administrativo, cuentan con los instrumentos y procedimientos adecuados para garantizar una eficaz protección de los mismos sin conculcar los principios y garantías propios del Derecho penal⁴¹.

1.3. Tesis maximalista

1. En el extremo opuesto se sitúan aquellos autores que defienden la intervención del Derecho penal en el control de los nuevos riesgos derivados de la sociedad actual, pese a que ello comporte una cierta flexibilización de las garantías político-criminales y de los criterios de imputación tradicionalmente acuñados, y que propugnan como la categoría de los delitos de peligro abstracto constituye la técnica legislativa más adecuada para garantizar una eficaz intervención en dichos ámbitos⁴².

5/2000 y la LO 7/2000”, RJ (4) 2001, pp. 57 ss; PAREDES CASTAÑÓN, “La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*”, en *Derecho Penal de la Empresa*, (CORCOY BIDASOLO dir.), Pamplona 2002, p. 407, nota 6; EL MISMO, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales”, RDPC (11) 2003, p. 130 nota 98; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, pp. 183 ss.

⁴¹ En este sentido, entre otros, CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, RDPC (10) 2002, pp. 58 ss; MENDOZA BUERGO, *El derecho penal...*, p. 187; MUÑOZ CONDE, LH-VALLE MUÑIZ, p. 572; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH-VALLE MUÑIZ, p. 722; MUÑOZ LORENTE, RdPP (6) 2001, p. 129, quien, en relación a la intervención penal en el ámbito medioambiental, mantiene que la mejor solución ante su comprobada ineficacia es su abolición y su protección por medio de las sanciones administrativas, no sólo porque resultan más eficaces, sino porque comportan “... **un menor coste de libertad para los ciudadanos...**”.

⁴² En este sentido, en la doctrina alemana, entre otros, SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pp. 22 ss; en la doctrina española, entre otros, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, PJ (48) 1997, pp. 299 y 302; PÉREZ DEL VALLE, PJ (43-44) 1996, pp. 84, quien califica de positivas algunas

2. Entre dichos autores, cabe destacar la posición sostenida por SCHÜNEMANN quien califica de “atávica” la propuesta formulada por la “Escuela de Frankfurt” de reconducir la mayor parte de los delitos medioambientales al ámbito del Derecho administrativo sancionador, manteniendo los delitos patrimoniales en el núcleo duro del Derecho penal y quien mantiene que la “moderna” categoría de los delitos de peligro abstracto constituye una lógica respuesta a la complejidad y estandarización que presiden las actuales relaciones de intercambio en la sociedad. En efecto, tomando como ejemplo los múltiples riesgos a los que la ciudadanía se enfrenta como consecuencia de la distribución y comercialización en masa de los alimentos, justifica el paso de los delitos de resultado a los delitos de peligro y elogia la intuición mostrada por el legislador al desarrollar dicha categoría sin la ayuda de la ciencia jurídico-penal⁴³.

de las flexibilizaciones que han sufrido ciertas categorías dogmáticas, como la relación de causalidad o el dolo, al compás de la evolución jurisprudencial.

1.4. Toma de postura

1. Por último, cabe prestar especial atención⁴⁴ a aquellos autores que, partiendo de la existencia en la actualidad de una serie de “nuevos riesgos” que tienen su origen en el desarrollo tecnológico característico de la actual sociedad postindustrial, reclaman, en contra de las propuestas “minimalistas”, la intervención del Derecho penal como medio para mantenerlos dentro de los niveles de riesgo permitido⁴⁵, dotando precisamente de autonomía a los bienes jurídicos supraindividuales frente a los bienes jurídicos individuales mediante una adecuada reinterpretación de la categoría de los “delitos de peligro”⁴⁶.

⁴³ En este sentido, SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, p. 31. En la misma línea, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, PJ (48) 1997, pp. 298 ss y 302, quien siguiendo a JAKOBS señala como la “... *evolución hacia los delitos de peligro abstracto es una evolución irreversible...*”.

⁴⁴ Especial atención que justifico en el hecho de que, como expondré más adelante, construyo mi definición del bien jurídico protegido en el art. 316 CP sobre la base, justamente, de la posición de aquellos autores que propugnan la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales como respuesta a la necesidad de intervenir en el ámbito de los nuevos riesgos.

⁴⁵ Son varios los autores que tanto en la doctrina penal española, como en la doctrina penal alemana, han llamado la atención respecto a la necesidad de que el Derecho, en tanto instrumento más contundente con que cuenta el ordenamiento jurídico, no se inhiba frente a los “nuevos riesgos” que amenazan la seguridad de amplias capas de la sociedad. En este sentido, entre otros, en la doctrina española, ARROYO ZAPATERO, RP (1) 1997, pp. 1 ss; EL MISMO, “Derecho y riesgo”, RRCS (8) 1995, pp. 63 ss; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, (2ª ed) Pamplona 2003, pp. 65 y 92 ss; en la doctrina alemana, entre otros, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat...*, pp. 277 ss; EL MISMO, “Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts”, FS-HELMRICH, München 1994, pp. 967 ss; KUHLEN, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, GA 1994, pp. 347 ss; SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pp. 15 ss; STRATENWERTH, “Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts”, ZStW (105) 1993, pp. 679 ss.

⁴⁶ En efecto, la doctrina mayoritaria distingue entre los “delitos de lesión”, en los que se produce una efectiva lesión del bien jurídico-penal protegido y los “delitos de peligro”, tanto abstracto como concreto, en los que únicamente existe una puesta en peligro del mismo. Sin embargo, como ha puesto de relieve CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*

2. Este planteamiento ha sido especialmente desarrollado en nuestra doctrina por CORCOY BIDASOLO⁴⁷, quien como ha destacado MIR PUIG⁴⁸, no sólo ha intentado conciliar los principios limitadores del *ius puniendi* con el reconocimiento de la necesidad de proteger los nuevos intereses sociales, sino que ha elaborado una verdadera teoría general de la dogmática de los delitos de peligro que afectan a los bienes jurídicos supraindividuales, cubriendo, de esta forma, el vacío existente en la dogmática jurídico-penal española⁴⁹. En

pp. 142 ss, dicha distinción además de no funcionar en aquellos delitos de peligro en que se protege un bien jurídico-penal supraindividual (delitos contra la administración, delitos de falsedades...), no permite superar las objeciones planteadas por el principio de lesividad, por cuanto en última instancia la antijuricidad material en estos delitos se fundamenta en una puesta en peligro del bien jurídico. Con el fin de superar ambas objeciones he abandonado la clásica distinción “delitos de lesión” *versus* “delitos de peligro”, adoptando en su lugar la sugerente clasificación elaborada por CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 143 ss, quien, en atención al bien jurídico, distingue los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales individuales y los delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales, diferenciando en el seno de estos últimos, los delitos en los que, junto a la protección del bien jurídico-penal supraindividual, se requiere la concurrencia de un resultado concreto para con algún bien jurídico-penal individual (los llamados delitos de peligro concreto) y aquellos otros delitos en los que, únicamente, se protege el mismo bien jurídico-penal supraindividual (los denominados delitos de peligro abstracto).

⁴⁷ Este planteamiento ha ido tomando forma en los diferentes trabajos que CORCOY BIDASOLO ha dedicado a la cuestión de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales, entre otros, “Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública”, ADPCP 1989, pp. 331 ss; LA MISMA, “Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal español: delitos de peligro”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, (MIR PUIG/LUZÓN PEÑA dirs), Barcelona 1996, pp. 249 ss; LA MISMA, “Los delitos...”, pp. 69 ss; LA MISMA, “Delitos contra la seguridad en el tráfico en el Código Penal de 1995”, TSJyAP (7) 1998, pp. 10 ss; LA MISMA, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999, obra ésta última en la que dicha autora elabora una teoría general de los “delitos de peligro” en el marco de los valores prevalentes en la actual sociedad del riesgo.

⁴⁸ Cfr. Prólogo a la obra, *Delitos de peligro...*, pp. 12 ss.

⁴⁹ La citada autora ha colmado así los “deseos” de aquellos que como, NAVARRO CARDOSO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Valencia 1998, p. 25; ZÚÑIGA

efecto, a mi juicio, dicha autora ha respondido convincentemente a cada una de las críticas que se han dirigido a la intervención del Derecho penal en la contención de los “nuevos riesgos” y a la utilización de los “delitos de peligro abstracto” en la protección de los bienes jurídicos supraindividuales: **a)** ha rebatido las acusaciones de los autores que han atribuido al denominado “Derecho penal moderno” un carácter meramente simbólico, cuestionando de esta forma su eficacia como medio de solución de lo que denominan “problemas sistémicos”; y **b)** las posiciones de aquellos que configuran los “delitos de peligro abstracto” como una mera barrera de protección de los bienes jurídicos individuales, negando de este modo cualquier autonomía a los bienes jurídico-penales supraindividuales y convirtiéndolos en meros delitos presuntos.

3. Considero, en la línea defendida por CORCOY BIDASOLO, que el fundamento de la protección penal de los bienes jurídico-penales supraindividuales por medio de los delitos de peligro radica en el cambio de actitud que en la actualidad muestra la sociedad frente a los “nuevos riesgos” derivados del desarrollo tecnológico⁵⁰. Ciertamente, el origen último de la intervención penal en estos nuevos ámbitos se encuentra en el paso de la sociedad industrial, en la que la sociedad valoraba el avance de la técnica como algo necesario para controlar mejor los peligros propios de la naturaleza, a la actual sociedad postindustrial, en la que ha tenido lugar una ruptura del

RODRÍGUEZ, *Bases...*, p. 94, nota 122, han reclamado la necesidad de construir una teoría general sobre la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales.

⁵⁰ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 27, 93 y 188; LA MISMA, “Los delitos...”, p. 75. En la misma línea, DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente y accesoriadad administrativa*, Barcelona 1996, p. 42; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases...*, pp. 92 ss.

consenso social en relación a los beneficios derivados del desarrollo tecnológico, al constatar la ciudadanía como los riesgos derivados de la técnica han superado con creces los peligros que en su día pretendió evitar⁵¹.

4. Sin embargo, la sociedad no es la única que se siente indefensa ante este abrumador desarrollo tecnológico, sino que también el propio Estado ha pasado de incentivarlo, adaptando las viejas estructuras jurídicas al compás de las nuevas realidades⁵², a advertir la necesidad de controlarlo, utilizando todos los instrumentos que permitan mantener el riesgo tecnológico dentro de los márgenes tolerables y garanticen la seguridad de los ciudadanos⁵³. Siendo

⁵¹ En este sentido, en la doctrina administrativista, ESTEVE PARDO, *Técnica...*, pp. 36 ss; en la doctrina penal, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 26 ss, 93 y 190; LA MISMA, "Límites...", pp. 27 ss.

⁵² En este sentido, ESTEVE PARDO, *Técnica...*, pp. 44 ss, quien apunta como, al compás del desarrollo tecnológico, se fueron configurando los contornos propios del actual Derecho Administrativo, dando vida así a una rama del ordenamiento que frente a las rigideces propias del Derecho Civil era capaz de readaptar las estructuras jurídicas existentes a las nuevas necesidades introducidas por los avances técnicos, surgiendo así figuras, ya totalmente consolidadas en el Derecho Administrativo actual, como son el principio de la mutabilidad de los contratos administrativos, el rescate de concesiones o la cláusula de progreso introducida en los servicios públicos.

⁵³ En efecto, este cambio de actitud que puede observarse, tanto en la sociedad como en el propio Estado a la hora de aceptar las nuevas actividades propias de la sociedad postindustrial, ha traído consigo una reducción de las fronteras del riesgo permitido, en la medida en que el conocimiento de los nuevos riesgos derivados del desarrollo tecnológico ha modificado el juicio de ponderación (costes/beneficios) que está en su base. Lo cual explica, en otro orden de cosas, la importancia que, en general, ha adquirido la figura del riesgo permitido en la actual dogmática jurídico-penal y la trascendencia que, en particular, posee en el planteamiento elaborado, por CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 93 ss, para quien, según alcanzo a ver, el riesgo permitido no sólo constituye un criterio sobre el que se construye el juicio objetivo de peligro típico, sino que se erige en el criterio general sobre el que se fundamenta la tipicidad objetiva de una conducta, es decir, la relevancia penal de una acción respecto a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal.

precisamente esta necesidad de controlar la técnica la que está en la base de la legitimación de la intervención penal en estos nuevos ámbitos en general y la legitimación de la protección autónoma de los bienes jurídico-penales supraindividuales por medio de los “delitos de peligro” en particular.

5. Ahora bien, pese a que la doctrina jurídico-penal, mayoritariamente, ha destacado el papel que ha ejercido la efectiva aparición de estos nuevos riesgos en la intensificación de la utilización de la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto, este consenso se ha roto a la hora de valorar el alcance de la “sensación de inseguridad” que dichos riesgos han suscitado al conjunto de la sociedad. En efecto, mientras los autores incluidos y/o en la línea de la “Escuela de Frankfurt” consideran que los riesgos objetivamente existentes son mucho menores a los riesgos subjetivamente percibidos por la ciudadanía⁵⁴, otros autores han cuestionado la corrección de dicha aseveración, contraargumentado que, en realidad, en ámbitos como los delitos socioeconómicos la situación es justamente la contraria⁵⁵.

6. Los autores que postulan la ilegitimidad de la intervención del Derecho penal en el ámbito de los “nuevos riesgos”, defendiendo la supeditación de los bienes jurídicos supraindividuales a la protección de los

⁵⁴ En este sentido, respectivamente, PRITTWITZ, *Strafrecht...*, pp. 73 ss; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 32 ss, lo cual explica el porqué, a continuación, cuestionan la posibilidad de responder a estas demandas de mayor seguridad utilizando un instrumento como el Derecho penal que además de resultar ineficaz (a diferencia del Derecho administrativo) puede acarrear la conculcación de los principios y garantías que le son propios.

⁵⁵ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, LH-CEREZO MIR, p. 410, quien señala en relación a los mismos que “... el ciudadano medio no tiene conciencia de la gravedad de esta criminalidad y, por tanto, aquí el **riesgo objetivo es muy superior a la sensación subjetiva...**”.

bienes jurídicos individuales y la creación de un “nuevo Derecho penal”, “olvidan” que los nuevos riesgos procedentes del desarrollo tecnológico no pueden dejarse en manos de quienes los promueven, sino que el Estado tiene la obligación (plasmada incluso en las modernas constituciones y textos internacionales)⁵⁶ de controlarlos utilizando todas las “armas” de que disponga⁵⁷, y entre ellos, los “delitos de peligro”.

7. En efecto, “los delitos de peligro” constituyen un instrumento especialmente idóneo para proteger la “seguridad”, no como un fin en sí mismo, sino como presupuesto básico para garantizar, en última instancia, el libre desarrollo de las personas en la vida en sociedad. De ahí que no le falte razón a CORCOY BIDASOLO cuando, frente a los que enarbolan la bandera de la libertad como argumento para sostener su propuesta de un “derecho penal

⁵⁶ En efecto, son varios los preceptos constitucionales en los que se proyecta esta idea de “seguridad” como motor de su intervención del Estado en la contención de los nuevos riesgos derivados del desarrollo tecnológico. Así entre los Principios Rectores de la Política Social y Económica encontramos: **a)** el mandato dirigido a los poderes públicos para que velen por la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, permitiéndoles el establecimiento de las sanciones penales o administrativas que resulten necesarias (art. 45 CE); **b)** el compromiso adquirido por el Estado de garantizar a los consumidores, además de sus legítimos intereses económicos, su seguridad y salud mediante el establecimiento de unos procedimientos eficaces (51.1 CE) y **c)** por último, el mandato dirigido a los poderes públicos para que velen por la seguridad y la higiene de los trabajadores (art. 40.2 CE). Ahora bien, dicho esto, cabe precisar igualmente que la constitucionalización de dichos intereses constituye uno de los criterios (junto con la necesidad y el merecimiento de pena) y no el “único” criterio sobre los que ha de construirse su protección por medio del Derecho Penal. En este sentido, entre otros, MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, EPC (XIV) 1991, pp. 211 ss; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 28 y 179 ss; PORTILLA CONTRERAS, “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos”, CPC (39) 1989, p. 745; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 272 ss.

⁵⁷ Así lo afirma, en clara referencia a la denominada “Escuela de Frankfurt”, CORCOY BIDASOLO, *Los delitos...*, pp. 69 ss; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, pp. 25 ss y 184 ss.

mínimo”, se pregunta en qué medida se puede proteger la libertad de una persona, entendida como libre desarrollo de su personalidad, si cada vez que quiere ejercerla no se garantiza antes su seguridad y confianza en que los nuevos riesgos característicos de la actual sociedad no se mantendrán dentro de los niveles de riesgo permitido⁵⁸.

8. A diferencia de los autores que, partiendo de la “comprobada” ineficacia del Derecho penal en el control de los nuevos riesgos, deslegitiman la intervención penal al cumplir una función meramente simbólica⁵⁹, entiendo que no puede fundamentarse su ineficacia sobre la base de que se continúan cometiendo delitos en estos sectores, sino que, partiendo del razonamiento contrario, cabe plantearse en qué medida las acciones delictivas en dichos ámbitos han descendido como consecuencia, justamente, de su intervención⁶⁰.

⁵⁸ Sobre la polémica acerca de si la seguridad garantiza o limita la libertad Vid., *infra* III. 3.2.2.

⁵⁹ Numerosos autores han rechazado, en general, la utilización del Derecho penal como medio eficaz para contener los nuevos riesgos derivados del desarrollo tecnológico y han denunciado, en particular, la ineficacia y el carácter simbólico de la intervención penal en el ámbito del medio ambiente. En este sentido, en la doctrina alemana, entre otros, MÜLLER-TUCKFELD, “Die Legitimation des Rechtes durch die Erfindung des symbolischen Rechtes”, *KrimJ* 1993, pp. 82 ss; EL MISMO, “Ensayo...”, pp. 523 ss; PRITTWITZ, *Strafrecht*, pp. 365 ss; KUHLEN, “-Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *ZStW* (105) 1993, pp. 697 ss; en la doctrina española, entre otros, HORMAZÁBAL MALARÉE, “Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal”, en *El delito ecológico* (TERRADILLOS BASOCO coord.), Madrid 1992, pp. 51 ss; MUÑOZ LORENTE, *RdPP* (6) 2001, pp. 124 ss; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno...*, pp. 96 ss; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, pp. 52; EL MISMO, “¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal”, *LL* 1997-3, pp. 1714 ss.

⁶⁰ Ciertamente, la eficacia intimidatoria de la pena no se construye sobre la base de los delitos cometidos, sino sobre la base de los hechos delictivos que no se producen como consecuencia del “miedo” que tienen sus posibles autores a ser castigados penalmente. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 200; LA MISMA, “Los delitos...”, pp. 76 ss, en relación a la protección penal del medio ambiente; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 1992, pp. 217 ss.

En efecto, la función simbólica asignada al Derecho penal, únicamente, resulta rechazable en aquellos supuestos en los que la deficiente incriminación realizada por el legislador impide o limita la función instrumental del Derecho penal. Esto es, en los supuestos en que la técnica legislativa utilizada resulta tan deficiente que, o bien impide su aplicación, o bien acaba aplicándose de modo aleatorio y/o a casos insignificantes (delitos bagatela), tal y como sucede, respectivamente, en opinión de algunos autores, en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo ⁶¹ o el medio ambiente⁶².

9. Frente a la propuesta defendida por la “Escuela de Frankfurt” de crear un “nuevo Derecho penal” a caballo entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, considero que un adecuado manejo de las estructuras propias del “Derecho penal clásico” en la interpretación y aplicación de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales, podría evitar la injusta

⁶¹ En este sentido, subraya CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 202 ss, como el delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP) constituye, precisamente, uno de los ejemplos más claros de la función simbólica del Derecho penal en su faceta negativa. En efecto, considera dicha autora que si bien la intervención penal en este ámbito podría justificarse sobre la base de la alta siniestralidad que se produce a pesar de la ingente normativa extra-penal existente, la indeterminación de la conducta típica y su configuración como un delito de peligro concreto auguran su inaplicación, apuntando, como la nula aplicación del art. 348 bis a) ACP, precedente legislativo del actual art. 316 CP, debería haber motivado una reflexión más profunda del legislador, no tanto sobre la necesidad de la intervención penal, sino sobre la técnica legislativa empleada. En la misma línea, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, p. 111.

⁶² En efecto, a juicio de un destacado sector doctrinal, la protección penal del medio ambiente constituye un ejemplo paradigmático de cómo una incorrecta incriminación de la conducta típica, junto a una falta de voluntad de la Administración a la hora de poner en marcha todos los recursos necesarios para garantizar su persecución, motivan su aplicación a supuestos irrelevantes, mientras que las “grandes contaminaciones” discurren por cauces formalmente “legales” por el amparo administrativo. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 169 y 201 ss; LA MISMA, “Los delitos...”, pp. 70 ss y 76 ss; MUÑOZ LORENTE, RdPP (6) 2001, pp. 126 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 300 ss; EL MISMO, LL 1997-3, pp. 1719 ss.

atribución de responsabilidades penales en aquellos sectores en los que de forma más evidente ha incidido el desarrollo tecnológico.

10. En mi opinión, los autores que, como alternativa a la intolerable “flexibilización” de los clásicos criterios de imputación, defienden la creación de un derecho de intervención, así como el mantenimiento de la incriminación de los clásicos ataques a la propiedad o la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, en el fondo, lo que pretenden es garantizar la no aplicación del “moderno derecho penal” a determinados sectores de la sociedad, por cuanto no debemos olvidar que los “autores” de estos nuevos delitos (p.e el delito ecológico, el delito contra la seguridad en el trabajo, la llamada responsabilidad por el producto o el delito fiscal) no son “los de siempre”, sino, precisamente, los llamados profesionales liberales y los altos cargos directivos de las personas jurídicas⁶³.

11. A mi juicio, las críticas que se han dirigido a la intervención penal en ámbitos como la llamada responsabilidad por el producto no sólo no constituyen un argumento en contra de su legitimidad, sino todo lo contrario, son un ejemplo de la función que los delitos contra bienes jurídicos

⁶³ En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 26 ss y 184 ss; LA MISMA, “Límites...”, p. 29; GRACIA MARTÍN, LH-CEREZO MIR, pp. 393 ss, nota 282; MARINUCCI/DOLCINI, “Derecho penal «mínimo» y nuevas formas de criminalidad”, (CARNEVALI RODRÍGUEZ trad.), RDPC (9) 2002, p.161, quienes señalan muy expresivamente “... *el derecho penal mínimo revela un rostro incómodo: la frase frecuente «menos intervención del Estado» parece dirigirse a la impunidad de la «gente honorable», de los «delincuentes de guantes amarillos» o... de la «criminalidad de cuello blanco»*”; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Valencia 1998, pp. 26 ss; EL MISMO, LH-CEREZO MIR, p. 431; ZUGALDÍA ESPINAR, “Límites al poder punitivo del Estado (I)”, en *Derecho Penal. Parte General*, (ZUGALDÍA ESPINAR dir.), Valencia 2002, pp. 207 ss.

supraindividuales pueden cumplir en aquellos supuestos en los que la presión ejercida por la opinión pública lleva a la aplicación de delitos clásicos, como son el homicidio y las lesiones, desvirtuando las categorías dogmáticas acuñadas por el Derecho penal (imputación objetiva, imputación subjetiva, autoría y participación...) y conculcando, consiguientemente, las garantías procesales y materiales propias del mismo (presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, responsabilidad personal...) ⁶⁴.

12. De ahí que comparta la “sorpresa” mostrada por CORCOY BIDASOLO al comprobar como la polémica imputación de las muertes y lesiones en el “caso de la colza” han sido utilizadas por un sector doctrinal para desacreditar la intervención penal en el ámbito de la responsabilidad por el producto mediante la técnica legislativa de los “delitos de peligro”, cuando, si algo quedó probado en este caso, fue la concurrencia de un delito contra la salud de los consumidores en el momento en que se puso a su disposición un aceite desnaturalizado con una sustancia tan tóxica como la anilina, mientras que, por el contrario, nunca se probó a qué conducta de las juzgadas se podían imputar efectivamente las muertes y lesiones ⁶⁵.

13. Si alguna construcción contribuye realmente a deslegitimar la utilización de los “delitos de peligro” como un medio eficaz en la contención

⁶⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 191 ss. En este sentido, podría traerse aquí a colación la STS 1-04-03 (RJ. 2003\2871, PTE. CONDE-PUMPIDO TOURÓN) en cuyo FJ 19º afirma que únicamente se le ha imputado un delito contra la salud de los consumidores (art. 362 CP), precisamente, por las dificultades que conllevaba, en el supuesto de hecho planteado, la prueba de la relación de causalidad entre la administración del fármaco (amatriisán) y las muertes y lesiones ocasionadas a quienes lo utilizaron.

⁶⁵ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 191 ss, en particular nota 409.

de los nuevos riesgos derivados del desarrollo tecnológico es, precisamente, la que configura a los “delitos de peligro” como un mero adelantamiento de las barreras de protección de intereses personales, conectando, de esta forma, la antijuricidad material propia de la conducta a la lesión efectiva de un bien jurídico de carácter individual como la vida o la salud. Ciertamente, la configuración de los “delitos de peligro” como delitos en los que se protegen mediatamente bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, salud) ni supera el filtro del principio de ofensividad, por cuanto no existe lesión de bien jurídico-penal alguno, sino únicamente su puesta en peligro; ni supera el handicap de la prueba *ex post* de su puesta en peligro, en la medida en que no se ha producido lesión alguna⁶⁶.

14. Ello explica mi adhesión expresa a la posición de los autores que, partiendo del planteamiento contrario, propugnan que la legitimación de los “delitos de peligro” pasa por la necesidad de dotarlos de un contenido de antijuricidad material propio, mediante su configuración como delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales con referente individual. Esto es, delitos en los que se protege de forma directa e inmediata un bien jurídico-penal supraindividual y en los que el referente individual constituye uno de los valores a tener en cuenta por el legislador en el momento en que se decide la intervención del derecho penal en el ámbito en cuestión⁶⁷.

⁶⁶ Cfr. CORCOY BIDASOLO, “Los delitos...”, pp. 66 ss.

⁶⁷ Cr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 142 ss y 213 ss. En la misma línea, DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, p. 44, quien tras mostrar su disconformidad con los autores que configuran los delitos como mero adelantamiento de las barreras de protección de los bienes individuales, considera que la legitimidad de dichos delitos pasa por una correcta delimitación del contenido material de los bienes jurídicos colectivos que en principio intentan proteger.

15. Por ello, consecuentemente, no comparto la postura de los autores que defienden la necesidad de distinguir en el seno de los “delitos de peligro” entre: **a)** los tipos en que se protege directamente un bien jurídico-penal individual (delitos contra la seguridad en el trabajo, delitos contra la seguridad en el tráfico, delitos contra la salud pública), en los que se recurre a la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto para adelantar la barrera de protección de los bienes jurídico-penales individuales; y **b)** aquellos tipos en que se tutela un bien jurídico-penal colectivo o difuso sin reconducirlo a la protección de interés jurídico-penal individual alguno (delitos contra la administración de justicia, delitos contra la administración pública, los delitos socioeconómicos...) ⁶⁸, en los que se recurre a la utilización de los delitos de peligro abstracto, como único instrumento posible, por cuanto dichos bienes únicamente pueden ser lesionados mediante una reiteración de las conductas ⁶⁹. Y ello en base a los siguientes argumentos:

⁶⁸ También conocidos como delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado” o delitos con “bien jurídico con función representativa”, denominaciones ambas, respectivamente, elaboradas por SCHÜNEMANN, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, JA 1975, p. 798 y JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO trads.), Madrid 1995, p. ; y que han sido acogidas en la doctrina española, entre otros, por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro...*, p. 300; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte General...*, pp. 98 ss.

⁶⁹ En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, “Seguridad en el tráfico y resultado de peligro concreto (Comentario a las sentencias del TS de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999), LL 1999-6, p. 1882; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte General...*, pp. 90 ss; EL MISMO, LH-CEREZO MIR, pp.; 415 ss; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1998, pp. 21 ss; PAREDES CASTAÑÓN, “La responsabilidad...”, p. 429, quien en relación a la llamada responsabilidad penal por el producto, considera que la “salud pública” constituye un bien jurídico intermedio o instrumental respecto de los bienes jurídico-penales directamente protegidos en dicho ámbito: la vida, integridad física y salud de las personas; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*,

15.1. No comparto la primera de las clasificaciones porque supone, *de facto*, una negación de la autonomía de los bienes jurídico-penales supraindividuales, cuando, en última instancia, la protección autónoma de estos bienes constituye una manifestación del paso del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho.

15.2. No estoy de acuerdo con aquellos que han acogido la construcción de los delitos “con bien jurídico intermedio espiritualizado” porque, a mi juicio, resulta incoherente afirmar simultáneamente que no resulta necesario lesionar el bien jurídico jurídico-penal “representativo” o “institucionalizado”, al constituir únicamente uno de los criterios a valorar por el legislador en el momento de la intervención penal, y sostener la solución del concurso de delitos en los casos en que se constata la lesión efectiva del bien jurídico-penal individual inmediatamente protegido (vida, integridad física, patrimonio), fundamentando dicha solución sobre la base de que una misma conducta lesiona dos bienes jurídico-penales de distinta naturaleza⁷⁰.

Madrid 1994, pp. 299 ss; LA MISMA, “Consideraciones generales acerca de la responsabilidad por el producto. Las peculiaridades del caso de la colza”, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos defectuosos*, Valencia 1995, pp. 38 ss, quien rechaza expresamente las tesis de los autores que en Alemania o en España han defendido la posibilidad de configurar a los delitos de peligro como delitos de lesión *sui generis*.

⁷⁰ En este sentido, PUENTE ABA, *Delitos económicos contra los consumidores y delito publicitario*, Valencia 2002, pp. 420 ss; quien tras admitir la existencia de un concurso de delitos entre el delito de publicidad engañosa y el delito de estafa, argumentando que se lesionan dos bienes jurídicos distintos, esto es, el “patrimonio” de los concretos consumidores y “*el interés de los consumidores en la veracidad publicitaria*”, señala con respecto a este último que “*carece de autonomía y su configuración se debe a la necesidad de proteger bienes jurídicos individuales (en este caso el patrimonio), y al fin y al cabo son estos último los que han de servir como criterio rector interpretativo del tipo*”. Esta solución constituye una manifestación del planteamiento que en torno a los “delitos de peligro” y la protección penal de los bienes jurídico colectivos defiende su maestro MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte General...*, pp. 90 ss; EL MISMO,

15.3. Por último, tampoco comparto la categoría de los tipos penales en los que se protege directamente un bien jurídico-penal colectivo o “difuso” no orientado a bien jurídico-penal individual alguno, porque al carecer de vinculación a un interés personal no casa con un Derecho penal preventivo en el que la norma penal cumple una función motivadora de conductas.

16. Llegados a este punto, puede observarse como existen importantes coincidencias entre la tesis defendida por CORCOY BIDASOLO en España (y que yo he acogido plenamente en el presente trabajo) y el planteamiento elaborado por KINDHÄUSER en Alemania: **a)** en primer lugar, ambos autores reclaman la necesidad de superar la clásica caracterización de los delitos de lesión como aquellos en los que se produce un menoscabo del bien jurídico protegido y los delitos de peligro como aquellos en los que únicamente se castigan las acciones potencialmente lesivas para los intereses individuales; **b)** en segundo lugar, ambos propugnan igualmente la necesidad de realizar un tratamiento unitario de la categoría de los delitos de peligro abstracto, rechazando así la tesis de quienes propugnan su diferenciación; y **c)** en tercer lugar, los dos autores coinciden al señalar la necesidad de dotar a la categoría de los delitos de peligro abstracto de un contenido de antijuricidad propio, configurándolos como delitos de lesión *sui generis* en los que se protege la seguridad y la confianza.

Derecho penal..., pp. 104. En la misma línea, se sitúa GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*, Valencia 2002, pp. 425, quien si bien se adscribe expresamente a la caracterización “autonomista” de los bienes jurídico-penales supraindividuales propuesta por CORCOY BIDASOLO, diferencia en el ámbito del delito fiscal-tributario, al igual que MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, entre el bien jurídico-penal supraindividual mediatamente protegido, “*las funciones asignadas al tributo*” y el bien jurídico-penal individual inmediatamente protegido, “*el patrimonio público concebido funcionalmente*”, constituyendo, en su opinión, el primero uno de los motivos (*ratio legis*) que legitiman la intervención penal en este sector del ordenamiento jurídico.

17. Sin embargo, en este último punto empiezan las divergencias, puesto que mientras CORCOY BIDASOLO identifica la seguridad y confianza con el mantenimiento de los peligros derivados del desarrollo tecnológico en el nivel del riesgo permitido, como medio para garantizar en última instancia el libre desarrollo de la persona en la vida social, convirtiéndolo en un bien jurídico en sí mismo⁷¹, KINDHÄUSER concibe la seguridad como un presupuesto para garantizar la libre disposición de los bienes jurídicos individuales⁷². Lo cual, como muy bien sostiene CORCOY BIDASOLO, constituye una reformulación de los delitos de peligro abstracto como mero adelantamiento de la barrera de protección de los intereses personales y, consiguientemente, una negación de la autonomía propia de los bienes jurídicos supraindividuales⁷³.

18. Sin embargo, lejos de lo que pudiera pensarse, la configuración de los delitos de peligro defendida por CORCOY BIDASOLO, aquí asumida, no persigue una mayor incriminación de las conductas en estos nuevos ámbitos, sino justamente lo contrario: la limitación de la intervención penal a aquellos supuestos especialmente graves. Para lo cual resulta imprescindible, tal y como ha señalado dicha autora, interpretar el concepto “resultado” en clave jurídica y no naturalística y distinguir el objeto del delito sobre el que recae la

⁷¹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 218 ss.

⁷² Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat...*, pp. 280; EL MISMO, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal Económico”, (MOLINA FERNÁNDEZ trad.), LH-TIEDEMANN, Madrid 1995, p. 449.

⁷³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 44, nota 55.

conducta típica, esto es, el sustrato material, del objeto jurídico del delito, esto es, el bien jurídico-penal protegido en el mismo.

19. En efecto, considero que la reticencia mostrada por la doctrina mayoritaria al reconocimiento de la legitimidad de los bienes jurídico-penales supraindividuales radica en el hecho de que ésta “confunde” “*el bien jurídico con su sustrato material y la lesión del bien jurídico con la producción de un daño*”, en la medida en que cuando rechazan su utilización por constituir un ataque al principio de ofensividad toman el sustrato material del delito como referente para determinar la lesión del bien jurídico⁷⁴. De ahí que CORCOY BIDASOLO defienda la necesidad de sustituir el concepto “lesión” del bien jurídico por el de “afectación” del bien jurídico, por cuanto el contenido naturalístico atribuido al concepto “lesión” no sólo dificulta su aplicación a los delitos contra los bienes jurídico-penales supraindividuales, sino, incluso, su aplicación a muchos delitos en los que se protegen bienes jurídico-penales

⁷⁴ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 219 ss. Planteamiento al que adhiere, expresamente, GALLEGO SOLER, *Patrimonio y perjuicio patrimonial en Derecho penal. Aproximación sistemática a los delitos contra intereses patrimoniales*, Tesis doctoral, (capítulo inédito), Barcelona 2001, p. 698, quien en relación al delito fiscal entiende que dicha diferenciación puede contribuir a asignarle un contenido de antijuricidad material propio; GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, Valencia 2003, pp. 651 ss y 662 ss, quien considera que la concepción de la lesión del bien jurídico-penal como “*destrucción*” responde “... **a una visión de esta clase de afectación anclada en la concepción causal-naturalista del daño como perjuicio en objetos corpóreos...**” que trae consigo una “... **una confusión entre la lesión del bien jurídico-penal y lesión del objeto material o resultado estructural del delito...**”. De otra opinión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, LH CEREZO MIR, pp. 421 ss, en especial notas 75 y 79, quien tras reconocer la validez de dicha diferenciación en la configuración de algunos bienes jurídico-penales supraindividuales, como el medio ambiente o el libre mercado, niega su utilidad para determinar la lesividad propia del delito fiscal, al entender que el bien jurídico-penal directamente protegido (el patrimonio público) puede ser lesionado, esto es, materialmente destruido al igual que el patrimonio individual en el marco del delito de estafa.

genuinamente individuales, como sucede, por ejemplo, en los delitos contra el honor o los delitos de amenazas y coacciones⁷⁵.

20. Esta distinción entre el sustrato material y el objeto de protección y la sustitución del concepto “lesión” por el de “afectación”, constituye precisamente la base sobre la que CORCOY BIDASOLO, muy acertadamente, construye su crítica a la posición de aquellos autores que mantienen la legitimidad de los delitos de peligro abstracto como técnica legislativa adecuada para proteger los bienes jurídicos colectivos que, al carecer de referente individual alguno, sólo pueden ser lesionados tras una generalizada reiteración de las concretas conductas (los llamados bienes jurídicos intermedios espiritualizados)⁷⁶.

21. En efecto, no le falta razón cuando muestra su disconformidad, tanto con el motivo aducido por sus creadores para defenderla como en la solución que propugnan para superarla. En el motivo, porque cuando defienden que estos bienes jurídicos colectivos no se lesionan, sino por una repetición de las conductas concretas, están entendiendo la lesión como “destrucción” y no como “afectación”. Y discutible en la solución, porque además al confundir la lesión del bien jurídico con lo que en realidad constituye un elemento del tipo en cuestión, convierten los delitos de peligro contra bienes jurídicos supraindividuales en delitos presuntos o formales, en los que resulta imposible utilizar el concepto de bien jurídico protegido como criterio de interpretación

⁷⁵ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 220. En la misma línea, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid 1993, pp. 40 ss; GÓRRIZ ROYO, *Protección penal...*, pp. 616 ss y 651 ss, quien realiza una breve exposición y crítica de las diferentes concepciones doctrinales acerca del concepto jurídico-penal de lesión.

⁷⁶ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 260 ss.

apto para restringirlos en los supuestos en que la conducta carece de la idoneidad necesaria para lesionarlo⁷⁷.

⁷⁷ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 261 ss.

2. Posiciones doctrinales en torno al bien jurídico-penal protegido en el delito contra la seguridad en el trabajo

1. A grandes rasgos, en el seno de la doctrina jurídico-penal pueden observarse dos posturas en torno a la cuestión del bien jurídico-penalmente protegido en el delito contra la seguridad en el trabajo, previsto en el art. 316 CP: **a)** los autores que sostienen que el bien jurídico-penal directamente protegido es la vida, integridad física y la salud de los trabajadores⁷⁸; y **b)** los que mantienen que se protege “la seguridad de los trabajadores” como bien jurídico supraindividual autónomo respecto a dichos bienes jurídicos individuales⁷⁹.

⁷⁸ En este sentido, en la doctrina jurídico-penal, entre otros, AGUADO LÓPEZ, “El delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 del Código Penal): problemas concursales con las infracciones administrativas de seguridad e higiene”, RGD (625-626) 1996, p. 11367; LA MISMA, *El delito...*, pp. 79 ss; BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, pp. 116 ss, GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, “El concepto de trabajador en el Derecho penal español”, RDPC (13) 2004, pp. 21 y 25 ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 110 ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal...*, pp. 538 ss y 626 ss; TERRADILLOS BASOCO, “Delitos contra los derechos de los trabajadores (I)”, en *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, (BACIGALUPO ZAPATER dir), CDJ Madrid 1997, pp. 160 ss; EL MISMO, “Peligro abstracto...”, pp. 812 ss; EL MISMO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia 2002, pp. 52 ss; HERNÁNDEZ PLASENCIA, ADPCP 1994, pp. 136 ss; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, RPJ (64) 2001, p. 95; en la doctrina jurídico-laboral, entre otros, BARBANCHO TOVILLAS/RIVAS VALLEJO/PURCALLA BONILLA, *Tribuna Social* (99) 1999, pp. 27 ss.

⁷⁹ En este sentido, en la doctrina jurídico-penal, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, pp. 49 ss; EL MISMO, *Manual...*, pp. 154 ss; CHOCLÁN MONTALVO, *Tráfico inmobiliario y Derecho Penal. Estudio dogmático y jurisprudencial del fraude y otros ilícitos penales en el sector inmobiliario*, Madrid 1997, pp. 223 ss; GARCÍA ARÁN, “La protección penal de la seguridad en el trabajo en el Código Penal vigente y en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Derecho penal del trabajo y Derecho administrativo sancionador*, (TERRADILLOS BASOCO coord.), Cádiz 1992, p. 23; GARCÍA RIVAS, “Reflexiones sobre inseguridad laboral e imprudencia”, RDS (24) 2003, pp. 184 ss; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*, pp. 29; ORTUBAY FUENTES, *Tutela penal de las condiciones de trabajo: un estudio del artículo 311 del Código penal*, Bilbao 2000, p. 207; PORTILLA CONTRERAS, CPC (39) 1989, p. 746; SERRANO-PIEDCASAS, “La responsabilidad

2.1. Tesis individualista: vida, integridad física y salud de los trabajadores

1. La primera de las interpretaciones tiene su origen en la caracterización de los delitos de peligro como un mero adelantamiento de la barrera de protección de los bienes jurídicos individuales, planteamiento éste que, como ya he expuesto, significa *de facto* la negación de la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales y su configuración como delitos presuntos o formales. En efecto, los autores que mantienen esta tesis se muestran totalmente contrarios a la aceptación de la seguridad de los trabajadores como un bien jurídico merecedor de tutela propia, asignándole una función meramente complementaria de los bienes que constituyen, en su opinión, el auténtico fundamento de la intervención del Derecho penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales: la protección de la vida, la integridad física y la salud del trabajador⁸⁰. Ciertamente, si bien consideran que en el delito contra la seguridad e higiene se protege un interés de carácter supraindividual o colectivo, lo vinculan no con el objeto jurídico tutelado sino

penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, RP (10) 2002, p. 95; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp. 69 ss; y en la doctrina jurídico-laboral, entre otros, BARTOMEUS PLANA, “El artículo 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo”, en *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social*, (ROJO TORRECILLA coord.), Barcelona 1998, pp. 238 ss; RIVERO LAMAS, “Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales”, AL 1996-3, pp. 696 ss.

⁸⁰ En este sentido, TERRADILLOS BASOCO, “Delitos contra...”, p. 160; HERNÁNDEZ PLASENCIA, ADPCP 1994, p. 137; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal...*, pp. 538 ss y 626, quien partiendo de la consideración de la “seguridad e higiene en el trabajo” como un bien jurídico espiritualizado concluye “... *no se tutela como un bien jurídico autónomo o propio, sino en la medida en que va ineludiblemente referido a genuinos bienes jurídicos individuales o individualizables, como son la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores*”.

con los titulares del mismo, esto es, el colectivo formado por los trabajadores en tanto grupo necesitado de una especial protección⁸¹.

Este planteamiento es íntegramente acogido en el AAP CASTELLÓN 5-02-03 (JUR. 2003\186252, PTE. GÓMEZ SANTANA) en el que se señala “... ***El bien jurídico protegido es la vida y la salud de los trabajadores. Aunque se siga manteniendo por un sector doctrinal importante que el bien jurídico es la seguridad e higiene en el trabajo, hay que entender que esa seguridad es el marco condicionante de la eficacia en la protección de la vida o salud. Pero no es el auténtico bien jurídico. La esencia del delito no sería, pues, la infracción de un deber de seguridad fundamentado en normas de Derecho público indisponibles. Lo que no es incompatible con la calificación del bien jurídico como colectivo. Se castiga el poner en peligro la vida o salud de los trabajadores (en plural) al no facilitar los medios para que ese mismo colectivo desempeñe su actividad en condiciones idóneas...***” (FJ 2º).

2. Dentro de este primer grupo quisiera realizar una especial mención a la posición defendida por AGUADO LÓPEZ, en su tesis doctoral recientemente publicada⁸². Y ello por los siguientes motivos: **a)** en primer lugar, porque constituye el suyo el primer estudio exhaustivo que sobre el delito contra la seguridad en el trabajo se ha elaborado, en el marco del nuevo sistema normativo en materia de prevención de riesgos laborales establecido en la LPRL y los diferentes reglamentos que la han desarrollado; **b)** en segundo lugar, porque en dicho trabajo la autora ha podido contar con las numerosas sentencias que en nuestra jurisprudencia se han ocupado del actual art. 316; y

⁸¹ En este sentido, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte Especial...*, pp. 638 ss; TERRADILLOS BASOCO, “Delitos contra...”, p. 161; EL MISMO, *Delitos contra...*, pp. 57 ss.

⁸² AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal*, Valencia 2002.

c) y en tercer lugar, especialmente, porque en algunos aspectos la citada autora adopta un punto de vista completamente distinto hasta los ahora propuestos por nuestra doctrina.

3. La citada autora inicia su toma de posición en torno a la cuestión del bien jurídico protegido criticando la tesis de los autores que defienden la autonomía del bien jurídico-penal colectivo “seguridad en el trabajo”. Crítica que construye en base a los siguientes razonamientos: **a)** en primer lugar, partiendo de la premisa de que para imputar el resultado típico resulta suficiente la puesta en peligro grave de un solo trabajador, rechaza el argumento de aquellos que fundamentan el carácter supraindividual del bien sobre la base de que tiene como fin la protección del colectivo formado por los trabajadores⁸³; **b)** en segundo lugar, defendiendo el carácter complementario del art. 40.2 CE, con respecto al art. 15 CE, resta valor al mandato dirigido a los poderes públicos de “*velar por la seguridad e higiene en el trabajo*”, como fundamento sobre la que construir el citado bien jurídico-penal supraindividual⁸⁴; y **c)** en tercer lugar, partiendo de la premisa de que la “*seguridad en el trabajo*” constituye una nueva forma de ataque contra los bienes jurídico-penales individuales, concluye que en el delito contra la seguridad en el trabajo se protege la vida, integridad física y salud del trabajador en tanto individuo⁸⁵.

⁸³ Cfr. AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 82 ss y 109 ss

⁸⁴ Cfr. AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 84 ss y 110 ss.

⁸⁵ Cfr. AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 82, 86 y 114, donde afirma “... *El art. 316 del CP protege la vida, salud e integridad física del trabajador, coherentemente con el principio de intervención mínima, en su aspecto estático, es decir, frente a ataques directos, y en este caso, como consecuencia de dicho principio, frente a uno de los ataques más graves*”

4. Conclusiones todas ellas que no comparto en atención a los siguientes argumentos: **a)** no comparto la primera de las aseveraciones de AGUADO LÓPEZ, por cuanto entiendo que constituye una flagrante conculcación del principio de legalidad al superar con creces el tenor literal del tipo: “*trabajadores*”; **b)** tampoco estoy de acuerdo con la segunda de sus observaciones, en la medida en que considero que el mandato recogido en el art. 40.2 CE no sólo es el fundamento legal último sobre el que se construye la llamada vertiente preventiva o dinámica de la prevención de riesgos laborales, sino, lo que resulta más importante a los efectos de la presente investigación, el fundamento sobre el que se configura la intervención del Derecho penal y la protección autónoma del bien jurídico-penal supraindividual “seguridad en el trabajo”; y **c)** no comparto, en definitiva, la perspectiva claramente individualista adoptada por la autora, entre otras razones, porque ello se traduce en una caracterización de los “delitos de peligro” como un mero adelantamiento de las barreras de protección de los bienes jurídico-penales vida, integridad física y salud y, consecuentemente, en el reconocimiento de que dichos bienes no están suficientemente tutelados por medio de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes (arts. 142 y 152 CP, respectivamente).

2.2. Tesis colectivista: “seguridad de los trabajadores”

1. Frente a la tesis individualista destaca la propuesta formulada por ARROYO ZAPATERO quien, a la luz de la interpretación del art. 348 bis a), precedente legal del actual art. 316 CP, defendió que el bien jurídico-

*que puedan sufrir esos bienes jurídicos: la puesta en peligro concreto (además de la lesión)...”. Planteamiento frente al que se muestra especialmente crítico TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, pp. 56 ss.*

penalmente protegido en el mismo era la “seguridad de los trabajadores”, entendiéndose por tal “*la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanantes de las condiciones materiales de prestación de trabajo*”⁸⁶.

2. Configuración autónoma de la “seguridad en el trabajo” con respecto a los bienes jurídico-penales vida, integridad física y salud de la cual se derivan, tal y como apuntó el propio ARROYO ZAPATERO⁸⁷, importantes consecuencias jurídico-penales: **a)** en primer lugar, el que la aplicación del delito contra la seguridad en el trabajo no exija la concurrencia de un resultado lesivo para la vida y la salud de los trabajadores; **b)** en segundo lugar, que carezca de eficacia jurídico-penal el consentimiento prestado por el trabajador en relación a la asunción de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo; y **c)** en tercer lugar, que pueda aplicarse la solución del concurso ideal de delitos en aquellos supuestos en que como consecuencia de la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales se produzca la muerte y/o lesión de un trabajador⁸⁸.

⁸⁶ En este sentido, ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, pp. 154 ss, tesis que ya fue esbozada por el autor en la que constituyó su tesis doctoral cuando aún no había intervenido el Derecho penal en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, *La protección penal...*, pp. 49 ss.

⁸⁷ Cfr. ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 155.

⁸⁸ En este sentido, en la doctrina penalista, entre otros, ALMELA VICH, “Los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. La problemática en el sector de las obras de la construcción”, AP 1998-2, pp. 508 y 511; CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, “Protección penal de los accidentes laborales (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 2ª, 2 de septiembre de 2003), RPJ (71) 2003, p. 48; GARCÍA ARÁN, “La protección penal...”, p.23; LASCURÁIN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 114 ss; NAVARRO CARDOSO, *Los delitos...*, pp. 30 ss; PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, LH-CEREZO MIR, p. 1514, nota 13; SERRANO-PIEDCASAS, RP (10) 2002, p. 95; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, p. 78; DE

3. Sin embargo, pese a que la caracterización propuesta por ARROYO ZAPATERO, goza, en la actualidad, de un amplio reconocimiento doctrinal⁸⁹ y jurisprudencial⁹⁰ y, en su momento, supuso un notable avance al reconocer autonomía al bien jurídico-penal supraindividual “seguridad de los trabajadores”, entiendo que no ha sido lo suficientemente desarrollada y fundamentada como para contrarrestar las críticas de los autores que la han tildado de formalista⁹¹.

2.3. Valoración crítica

1. Si bien es cierto que no puede negarse que, en última instancia, en el delito contra la seguridad en el trabajo se estaría protegiendo la vida, la integridad física y salud de la persona del trabajador, no es menos cierto que dichos bienes jurídico-penales individuales constituyen el objeto jurídico propio de los clásicos delitos de homicidio y lesiones imprudentes recogidos, respectivamente, en los arts. 142 y 152 CP. Circunstancia ésta ante la cual uno debería preguntarse si, junto a dichos intereses personales, no se estaría

VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp. ; en la doctrina laboralista, entre otros, BARTOMEUS PLANA, “El artículo 316...”, pp. 238 y 259 ss.

⁸⁹ Vid., *supra* nota 79.

⁹⁰ En este sentido, acogen, textualmente, la tesis elaborada por ARROYO ZAPATERO, entre otras, las siguientes resoluciones: STS 29-07-02 (RJ. 2002\8826, PTE. GIMÉNEZ GARCÍA, FJ 3º); SSAP ÁLAVA 15-07-99 (ARP. 1999\3391, PTE. RUIZ JIMÉNEZ, FJ); LA RIOJA 31-07-01 (JUR. 2001\311793, PTE. SANTISTEBAN RUIZ, FJ 1º); VIZCAYA 26-11-02 (ARP. 2003\335, PTE. MARTÍNEZ SAINZ, FJ 3º); LA RIOJA 21-01-03 (ARP. 2003\214, PTE. SANTISTEBAN RUIZ, FJ 4º); TOLEDO 3-06-03 (JUR. 2003\185581, PTE. TASENDE CALVO, FJ 2º); ASTURIAS 2-10-03 (ARP. 2003\812, PTE. BARRIO BERNARDO-RUA, FJ 4º).

⁹¹ Fundamentación para la que considero imprescindible partir de la concepción de los “delitos de peligro” esbozada en el apartado anterior.

tutelando otro bien jurídico-penal de carácter supraindividual como la “seguridad en el trabajo”⁹².

2. Por el contrario, la corriente doctrinal que identifica a la “seguridad en el trabajo” como único bien jurídico-penalmente protegido en el delito previsto en el art. 316 CP, “olvida”, en mi opinión, que todo bien jurídico para alcanzar la consideración de interés jurídico-penalmente protegido debe tomar como referente un bien jurídico-penal de carácter individual, esto es, debe garantizar la autorrealización del individuo en sociedad. De ahí que defienda que la legitimación de la intervención penal, en materia de prevención de riesgos laborales, pasa, necesariamente, por la protección de un bien jurídico-penal de carácter supraindividual como es la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles de riesgo permitido, no como un fin en sí mismo, sino como un medio para garantizar el libre desarrollo de la personalidad del trabajador en un ámbito tan crucial de la vida social como es la actividad laboral.

⁹² En parecidos términos, GARCÍA RIVAS, RDS (24) 2003, p. 184, quien señala “... *La tipificación de figuras delictivas en las que el núcleo de la conducta incriminada viene constituido por la causación de un peligro para la seguridad de los **trabajadores** tiene sentido únicamente si estamos en presencia de un interés autónomo y distinto de la salud o vida de cada trabajador, pues para la protección de éstas bastaría recurrir a la tradicional figura de la imprudencia...*”

3. Toma de postura

3.1. Introducción

1. Según datos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a lo largo de 1999 se registraron en España 856.286 accidentes laborales con baja durante la jornada de trabajo, esto es, sin contar los accidentes *in itinere*, de los cuales 11.771 fueron graves y 1.104 mortales. Dichos accidentes motivaron la pérdida de 21,9 millones de jornadas laborales. Estas cifras se han incrementado a lo largo del año 2001, en el que se registraron, según la misma fuente, un total de 946.600 accidentes laborales con baja durante la jornada de trabajo, de los cuales 12.086 fueron graves y 1030 mortales, accidentes que motivaron la pérdida de 24,1 millones jornadas laborales⁹³. En el transcurso del año 2002 las cifras de siniestralidad han vuelto a aumentar, por cuanto se han producido un total de 1.016.670 de accidentes, de los cuales 14.453 fueron graves y 1544 mortales. Ello ha comportado la pérdida de 24,1 millones de jornadas de trabajo, 47.514 jornadas más que en 2001⁹⁴.

⁹³ Datos extraídos de las estadísticas sobre siniestralidad laboral contenidas en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: www.mtas.es.

⁹⁴, se afirma que los costes derivados de los “accidentes laborales” ascienden en nuestro país a un total de 12.000 millones de euros, distribuyéndose dichos costes de la siguiente manera: **a)** en primer lugar, los costes derivados de las jornadas perdidas como consecuencia de los “accidentes laborales” ascienden a un total de 1489 millones de euros; **b)** en segundo lugar, los gastos de cotización, estos es, los costes derivados de la asistencia sanitaria y la sustitución del salario mediante una prestación económica por el tiempo de baja, asciende a 5038 millones de euros; **c)** en tercer lugar, no hay que olvidar los costes que genera los “accidentes laborales” sufridos por los trabajadores que prestan sus servicios en la denomina “economía sumergida” (sector que, según las estimaciones más “optimistas” del sindicato CC.OO, ocupa a un 12% de la población activa), costes que ascienden, aproximadamente, a uno 2350 millones de euros; y **d)** en cuarto lugar, hemos de tener presente que en estudio reciente de la UPF, se afirma que un 16% de las actuaciones del Sistema Público de Salud tienen un origen laboral que no es reconocido como tal por

2. En la III Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo elaborada por el citado Ministerio, en el año 1999, se señala como el 65% de los trabajadores encuestados manifiestan la existencia de algún riesgo de accidente durante el transcurso de su prestación laboral, porcentaje que se eleva por encima del 80% cuando se trata de un trabajador de la construcción (87,4%) y del metal (82%)⁹⁵. Estos porcentajes han aumentando con posterioridad, por cuanto, como se ha puesto de relieve en la IV Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo realizada en el año 2000, los trabajadores preguntados que afirman tener riesgos en su puesto de trabajo se ha elevado hasta el 74%, aproximándose al 100 % cuando se trata de trabajadores de la construcción (97,8 %) o el metal (89 %).

3. Por último, se afirma en un reciente investigación que los costes derivados de los “accidentes de trabajo” ascienden en nuestro país a un total de 12.000 millones de euros, (casi 2 billones de las antiguas pesetas), lo cual equivale al 1.7 % del Producto Interior Bruto⁹⁶. Estos costes se distribuyen de la siguiente manera: **a)** en primer lugar, los costes derivados de las jornadas perdidas como consecuencia de los “accidentes laborales” ascienden a un total de 1.489 millones de euros; **b)** en segundo lugar, los gastos de cotización, estos es, los costes derivados de la asistencia sanitaria y la sustitución del salario mediante una prestación económica por el tiempo de baja, asciende a

parte de los empresarios y de las Mutuas de Accidentes y Enfermedades profesionales, lo cual significa que los aproximadamente 2176 millones de euros que dichas actuaciones comportan son sufragados, vía impuestos, por la sociedad.

⁹⁵ Datos que pueden igualmente consultarse en la citada página del Ministerio.

⁹⁶ Cfr. NIETO SAINZ/GARCÍA JIMÉNEZ, “Aproximación a los costes de la siniestralidad laboral en España”, RDS (24) 2003, pp. 217 ss.

un total de 5.038 millones de euros; **c)** en tercer lugar, los costes que generan los “accidentes laborales” sufridos por los trabajadores que prestan sus servicios en la denomina “economía sumergida” (sector que, según las estimaciones más “optimistas” del sindicato CC.OO, ocupa a un 12% de la población activa), ascienden, aproximadamente, a un total de 2.350 millones de euros; y **d)** en cuarto lugar, y tomando como base un reciente estudio de la UPF⁹⁷, se afirma que los gastos sanitarios derivados de las actuaciones que, teniendo un origen laboral no son reconocidas como tales por los empresarios y las Mutuas de Accidentes y Enfermedades Profesionales (16% de los procesos sanitarios), ascienden a un total de 2.176 millones de euros que son sufragados, vía impuestos, por la sociedad en su conjunto.

4. Estos escuetos pero esclarecedores datos nos ayudan a corroborar algo que resulta evidente. Ante la importancia que ha adquirido en nuestra sociedad la siniestralidad laboral el Estado ha de intervenir con todos los instrumentos que tenga a su disposición y, especialmente, a través del Derecho a fin de reducirlos hasta unos límites socialmente tolerables. Y es en este contexto en el que cabe analizar el papel que debe y/o puede cumplir el Derecho penal, en tanto instrumento más contundente con el que cuenta el Estado, en dicha tarea. Pregunta cuya solución pasa, en mi opinión, por la resolución de dos interrogantes, íntimamente relacionados, como son: **a)** ¿constituye la prevención de riesgos laborales un bien jurídico merecedor de protección penal?; y **b)** de serlo, ¿resulta en general su intervención necesaria

⁹⁷ Cfr. CASTEJÓN/BENAVIDES/GIMENO/COMPANY/FÁBREGA/FUNES, *Origen laboral de la incapacidad temporal notificada como contingencia común*, Barcelona 2001.

en atención a los diferentes mecanismos contenidos en la normativa extra-penal?

3.2. Merecimiento de pena: la “seguridad en el trabajo” como un bien jurídico-penal digno de protección penal

1. A juicio de la doctrina mayoritaria para que un bien jurídico se convierta en un bien jurídico-penal debe tratarse de un bien “merecedor” de protección penal, esto es, es preciso determinar respecto a qué realidades especialmente valoradas es justo hacer uso de la protección penal⁹⁸. O, en otras palabras, hemos de dilucidar qué características ha de reunir una “realidad positivamente valorada” para merecer la protección penal. Al respecto, entiende la doctrina mayoritaria que son tres los requisitos que han que concurrir para que un interés sea merecedor, en general, de la tutela penal y, consiguientemente, para que la seguridad en el trabajo, en particular, se convierta, en un interés digno de protección penal: **a)** la dañosidad social de la conducta⁹⁹; **b)** la existencia de un referente individual; y **c)** su consagración directa o indirecta en el texto constitucional.

⁹⁸ En este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 288.

⁹⁹ Este requisito tiene su origen en las concepciones sociológico-funcionalistas del bien jurídico, concepciones que, con el fin rescatar al bien jurídico de la abstracción a la cual le condujo el neokantismo, pusieron el acento en la dimensión social del mismo, defendiendo que sólo pueden protegerse penalmente los intereses que resulten necesarios para garantizar la conservación del orden social. En este sentido, entre otros, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, pp. 129 ss; “Sobre la teoría del bien jurídico”, RFDUC (69) 1983, pp. 87 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 268 ss; TERRADILLOS BASOCO, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, RFDUC (63) 1981, pp. 123 ss y 132 ss.

2. Pues bien, estos requisitos concurren en relación a la seguridad en el trabajo: **a)** en primer lugar, basta remitirse a los altos índices de siniestralidad que se registran en nuestro mercado de trabajo para percibir la enorme dañosidad de dichas conductas, siendo precisamente estas elevadas tasas de siniestralidad las que justifican la intervención penal del Derecho penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales¹⁰⁰ y las que explican el cambio de actitud que, actualmente, se observa tanto en la sociedad como en el Estado en relación a la necesidad de introducir todas las medidas de seguridad que resulten precisas para mantener los riesgos laborales dentro unos márgenes socialmente tolerables; **b)** en segundo lugar, concurre el ineludible referente individual que precisa todo bien jurídico para convertirse en un bien jurídico-penal, por cuanto, como señalé anteriormente, la protección penal de la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles permitidos, garantiza, en última instancia, la libre participación de la persona del trabajador en el medio laboral; y, **c)** en tercer lugar, la prevención de riesgos laborales ha sido objeto de un expreso reconocimiento en el art. 40.2 CE en el que se insta a los poderes públicos a “... *velar por la seguridad e higiene en el trabajo...*”. Requisitos todos ellos que serán analizados a continuación.

¹⁰⁰ En este sentido, entre otros, En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 203; LA MISMA, “Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores”, en *Derecho penal económico*, (CONDE-PUMPIDO TOURÓN dir.), CDJ Madrid 2003, p. 120; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, p. 13. En la misma línea, se pronuncia la SAP BARCELONA 18-06-02 (ARP. 629\02, PTE. GALLEGO SOLER) en cuyo FJ 8º hace suyas las palabras de la primera autora citada “... « **La altísima siniestralidad que existe en este ámbito y el hecho de que no disminuya sustancialmente pese a la existencia de una ingente normativa laboral inspectora y sancionadora, podría justificar la intervención penal como recurso final para intervenir donde las limitaciones propias de los otros mecanismos les impiden hacerlo**»”.

3.2.1. Dañosidad social

1. La primera de las razones sobre las que fundamento la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y la protección autónoma del bien jurídico-penal “seguridad en el trabajo”, tiene su origen en el cambio de actitud que, en general, se observa en la sociedad y en Estado ante los “nuevos riesgos” derivados del desarrollo tecnológico y el cambio de postura que, en particular, se percibe en el colectivo formado por los trabajadores y en los poderes públicos frente a los riesgos generados durante el transcurso de la prestación laboral.

2. En efecto, las repetidas informaciones que a diario se producen en los medios de comunicación acerca de las numerosas muertes y lesiones que se registran en nuestro mercado laboral y que han colocado, desgraciadamente, a España a la cabeza de los países europeos con el mayor índice de siniestralidad laboral¹⁰¹, han generado una especial sensibilización de la sociedad en general y del colectivo de los trabajadores en particular (reflejada en la preocupación mostrada por sus representantes legales, los sindicatos), respecto a la necesidad de introducir todas aquellas medidas de protección que

¹⁰¹ Dato este que es puesto de relieve tanto por la doctrina penalista, entre otros, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, pp. 103 ss; HAVA GARCÍA, “Accidente laboral con resultado de muerte: últimos pronunciamientos jurisprudenciales”, RDS (10) 2000, p. 204, nota 6; PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, LH-CEREZO MIR, p. 1511; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, RPJ (64) 2001, p. 87, nota 14; TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos contra...*, pp. 13 ss; EL MISMO, “La responsabilidad penal en materia de seguridad y salud en el trabajo”, TL (50) 1999, p. 174; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp. 18 ss, como por la jurisprudencia, entre otras, STSJ CATALUÑA 6-11-03 (JUR. 2004\4657, PTE. PICÓ LORENZO) en cuyo FJ 3º se señala “...*Máxime cuando es un hecho notorio que España ocupa un puesto preeminente en un ámbito nada positivo como es la producción de accidentes de trabajo en los Estados Miembros de la Unión Europea constituyendo la disminución de tal siniestralidad uno de los retos actuales...*”.

resulten necesarias para garantizar la seguridad de los trabajadores en el transcurso de su prestación laboral¹⁰².

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la STS 5-09-01 (RJ. 2001\8340, PTE. DELGADO BARRIO) en la que se afirma “... *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. Ello 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...*” (FJ 4º).

3. Esta preocupación, tal y como apunté en la introducción de la presente investigación, se ha proyectado sobre los tres poderes que conforman el Estado:

3.1. En primer lugar, sobre el **poder ejecutivo** quien, tanto a nivel estatal como autonómico: **a)** ha promovido importantes campañas publicitarias dirigidas a concienciar a la ciudadanía sobre la necesidad de reducir los índices de siniestralidad por medio de la prevención de riesgos laborales; **b)** ha

¹⁰² En mi opinión, esta sensibilidad hacia la seguridad en el trabajo, junto con el descenso de los costes de las medidas de seguridad, han motivado, a su vez, una reducción de los altos niveles de riesgo que se venían tolerando en el ámbito de la actividad laboral. Esta reducción de las fronteras del riesgo permitido han tenido lugar en el momento en que la sociedad ha percibido que los costes derivados de la realización de una prestación laboral sin las medidas de protección adecuadas para garantizar la seguridad del trabajador resultan más altos que la utilidad social que reporta desarrollarla careciendo de las mismas.

intensificado su función fiscalizadora y sancionadora a través de la Inspección de Trabajo; y, **c)** ha empezado a crear fiscalías especializadas en materia de prevención de riesgos laborales, al igual que sucedió en su día en el marco de la protección penal del medio ambiente¹⁰³.

3.2. En segundo lugar, sobre el **Poder Legislativo** quien ha multiplicado su actividad legislativa en dicho sector hasta crear un auténtico sistema de derechos y obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales cuya infracción trae consigo toda una serie de responsabilidades civiles, administrativo-laborales y penales.

3.3. Y en tercer lugar, sobre el **Poder Judicial** quien, como consecuencia de todo lo anterior, ha intensificado su actividad juzgadora, tanto en la jurisdicción laboral, por medio de la imposición del recargo de prestaciones (art. 123 LGSS) y las sanciones administrativo-laborales (arts. 11-13 LISOS), como en la jurisdicción penal, a través de la aplicación del hasta hace poco “invisible” delito contra la seguridad en el trabajo.

¹⁰³ En efecto, aunque no se ha creado orgánicamente un fiscal especial en materia de prevención de riesgos laborales lo cierto es que en numerosas fiscalías, en atención a lo establecido en la Instrucción 1/2001, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad, se han nombrado fiscales a los que funcionalmente se les ha encomendado la tarea de canalizar la actuación de oficio en los casos de accidentes laborales a fin de dilucidar las posibles responsabilidades que de los mismos puedan derivarse. Esta circunstancia constituye un indicio más para constatar la importancia que en la actualidad ha adquirido la protección penal de la seguridad en el trabajo y el cambio de actitud que se observa en la propia Administración en relación a la problemática social que comporta las elevadas tasas de siniestralidad que se registran en nuestro país. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Delitos laborales...”, p. 120, nota 70; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 22.

4. En mi opinión, todas estas medidas constituyen, en última instancia, una respuesta a la “obligación” que pesa sobre el Estado de garantizar un plus de protección a los colectivos que, como los trabajadores¹⁰⁴ o los consumidores¹⁰⁵, se encuentran en una verdadera situación de inferioridad que los hace más proclives a ser dañados. O más concretamente, una manifestación más del paso del Estado liberal de Derecho en el que los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos constituían un mero límite a la intervención de los poderes públicos, al Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE) en el que se han constitucionalizado una serie de derechos sociales cuya garantía depende, en gran parte, justamente de la intervención del Estado.

5. Es más, esta transformación del Estado está en el origen de la conversión que, en la actualidad, está experimentando el ordenamiento jurídico-penal, donde se puede observar como, junto a la protección de los “clásicos” bienes jurídico-penales individuales (vida, integridad física, libertad y propiedad), se ha empezado a prestar igualmente atención a la tutela de bienes jurídico-penales supraindividuales¹⁰⁶ como: la seguridad en el tráfico

¹⁰⁴ En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 208 ss; LA MISMA, “Responsabilidad penal...”, pp. 249 ss; GARCÍA RIVAS, RDS (24) 2003, p. 180.

¹⁰⁵ En este sentido, entre otros, CUADRADO RUIZ, “¿Protege el Derecho penal a los consumidores?”, AP 1999-1, pp. 381 ss y 386; PUENTE ABA, *Delitos económicos...*, pp. , quienes apuntan como la situación de inferioridad y de debilidad estructural en que se encuentra el consumidor en relación con los productores, suministradores y distribuidores de productos se erige en el fundamento sobre el que se construye la intervención penal en el ámbito de la responsabilidad por el producto.

¹⁰⁶ Si bien como destacué con anterioridad un importante sector de la doctrina jurídico-penal actual, principalmente los autores incluidos en la denominada “Escuela de Frankfurt”, continúan reivindicando la necesaria vuelta del Derecho penal al “viejo, bueno y sano”

viario, la salud de los consumidores o la seguridad en el trabajo, con el fin de garantizar la libertad del individuo como ser social, esto es, la autorrealización del individuo en sociedad¹⁰⁷.

6. En efecto, a mi juicio, en la actual “sociedad del riesgo” el Estado no puede limitarse a garantizar al individuo unos espacios de autonomía que impidan la injerencia de terceros en su esfera de libertad, mediante el reconocimiento “formal” de una serie de derechos a su favor, sino que debe garantizar igualmente el libre y efectivo desarrollo de su personalidad en la sociedad, mediante el establecimiento de todos los mecanismos que permitan su participación en unas condiciones de igualdad material. Y, entre estos mecanismos, entiendo que debe ocupar un destacado lugar la protección de los bienes jurídico-penales supraindividuales a través de “delitos de peligro”. Lo cual no significa que propugne una defensa de su protección como un medio para asegurar la estabilidad del sistema social (propia de un Estado social totalitario), sino como un instrumento más para garantizar ese efectivo desarrollo del individuo en sociedad, prestando especial atención a los grupos

Derecho penal liberal, ignorando así dicha transformación. Sobre esta cuestión, Vid., *supra* III. 1.1.

¹⁰⁷ En nuestra doctrina varios autores sostienen que la intervención del Derecho penal en ámbitos como el medio ambiente, las relaciones económicas, la responsabilidad por el producto..., no es más que una manifestación del paso del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho, en el que no sólo se protege la igualdad formal, sino especialmente la igualdad material. En este sentido, entre otros, ARROYO ZAPATERO, RP (1) 1997, pp. 2 y 9; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, (3ª ed) Valencia 1999, pp. 78 ss; DÍEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, JpD (30) 1997, p. 18; GRACIA MARTÍN, LH-CEREZO MIR, p. 394, nota 282, con amplias referencias a la doctrina constitucionalista; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, LH-CEREZO MIR, p. 430.

sociales que, por encontrarse en una franca situación de desigualdad, requieren una protección reforzada¹⁰⁸.

7. Y es, precisamente, en este contexto en el que estimo que la protección penal de la seguridad en el trabajo contribuiría a reequilibrar la situación de subordinación y dependencia en la que se encuentra el trabajador con respecto al “empresario” como consecuencia del vínculo contractual que les une¹⁰⁹, en la medida en que la protección de un bien jurídico-penal como la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles permitidos, reforzaría la igualdad y libertad real del trabajador en el transcurso de su prestación laboral en favor del empresario (art. 10.2 CE)¹¹⁰.

¹⁰⁸. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 140, nota 290; DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del Ambiente...*, pp. 42 ss, quien apunta muy atinadamente como “... un Derecho penal de orientación democrática no puede limitarse a penalizar los ataques a los bienes que ya se poseen –esto es los bienes jurídicos individuales clásicos- sino que ha de alcanzar también a las conductas que obstaculizan el acceso al disfrute de los bienes en condiciones de igualdad, sin que con ello pretendan protegerse funciones meramente instrumentales de la vida social”.

¹⁰⁹ En este sentido, se expresó ya ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 248 quien señaló como la “... posición material de desamparo frente a aquellos a quienes está jerárquicamente sometido...”, constituía, de *lege ferenda*, uno de los argumentos sobre los que fundamentar la creación de un delito de peligro en el que se protegiera la seguridad de los trabajadores. En la misma línea, se pronuncia, en general, GUANARTEME SÁNCHEZ LÁZARO, RDCr (13) 2004, p. 36, quien señala, muy acertadamente, como la existencia de los delitos contra los derechos de los trabajadores responden a la necesidad de proteger a aquellos que ocupan una situación subordinada y de dependencia en la relación laboral, estos es, los trabajadores.

¹¹⁰ Bien jurídico-penal que, como muy acertadamente ha señalado CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 209, encuentra su fundamento legal último en el art. 9.2 CE, en el que se insta a los poderes públicos a remover todos aquellos obstáculos que limiten la participación de los individuos en condiciones de igualdad real, por cuanto ello constituye la premisa básica para garantizar el libre desarrollo de su personal en el transcurso de su trabajo.

3.2.2. Referente individual

1. Sin embargo, siendo necesaria la existencia de una dimensión social de la prevención de riesgos laborales, cabe destacar que resulta insuficiente como criterio sobre el que construir su protección penal, si no va acompañado de la imprescindible referencia individual que exige todo bien jurídico para convertirse en un bien jurídico-penal. Y ello es así porque, como ha destacado de forma unánime la doctrina científica, únicamente pueden protegerse penalmente los bienes jurídicos que constituyen un instrumento necesario para garantizar el libre desarrollo de todo individuo en la vida social¹¹¹.

2. Pues bien, este requisito no plantea problema alguno en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo, por cuanto, como he apuntado anteriormente, mediante la protección de la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de unos márgenes tolerables, se garantiza, en última instancia, el libre desarrollo de la personalidad del trabajador en un ámbito de la vida social tan importante como es la actividad laboral¹¹². Ciertamente, a diferencia de los autores que

¹¹¹ En este sentido, entre otros, MIR PUIG, *Introducción...*, pp. 139 ss, quien sigue a CALLIES en este punto; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 182 ss; GÓMEZ BENÍTEZ, “Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito pena)”, RFDUC (69) 1983, p. 99; PORTILLA CONTRERAS CPC (39) 1989, pp. 745 ss; TERRADILLOS BASOSO, RFDUC (63) 1981, pp. 136 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 270 ss.

¹¹² De la misma forma que protegiendo la seguridad y confianza de los consumidores en que los productos que están a su disposición en el mercado no constituyen un peligro para su vida y salud se garantiza, en última instancia, su libre participación en el ámbito del consumo (art. 363 CP) o tutelando la veracidad en la oferta de productos y servicios se garantiza, en última instancia, su libre disposición patrimonial (art. 282 CP). En este sentido, respectivamente, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Responsabilidad penal...”, pp. 249 ss; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, pp. 227 ss. MUÑAGORRI LAGUÍA, *La protección*

mantienen que la seguridad y la libertad constituyen dos intereses en conflicto no realizables simultáneamente, el planteamiento aquí suscrito se inscribe en la línea de aquel sector doctrinal que sostiene que la verdadera libertad requiere como presupuesto necesario la seguridad, de tal modo que sin esta última no es posible garantizar efectivamente la libertad del individuo.

3. La primera de las posiciones esbozadas ha sido especialmente defendida por HASSEMER, quien sobre la base del respeto a la libertad personal del individuo, ha construido su crítica a la expansión del Derecho penal a los nuevos ámbitos derivados de la “sociedad del riesgo” y su contumaz defensa de la reducción del Derecho penal a su núcleo mínimo (*kernstrafrecht*). En efecto, partiendo de la idea rousseaniana del contrato social, en base a la cual los individuos renuncian a una parte de su autonomía en pro del establecimiento de un ordenamiento jurídico que garantice la libertad de todos ellos, considera que el Derecho penal constituye uno de los instrumentos con los que cuenta el Estado para garantizar, precisamente, las esferas de libertad de los individuos frente a las posibles injerencias de terceros. Ahora bien, al constatar que dicha rama del ordenamiento jurídico cuenta con una consecuencia jurídica especialmente aflictiva para con la libertad de los individuos, justifica el recurso al Derecho penal únicamente en aquellos supuestos en que no existe otro medio menos restrictivo para reestablecer la libertad lesionada, circunscribiendo la protección a los bienes jurídicos

penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa, Granada 1998, pp. 73 ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid 2000, p. 55.

individuales tradicionales, esto es, la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad¹¹³.

4. Sin embargo, esta postura ha sido especialmente criticada en nuestra doctrina por CORCOY BIDASOLO, quien ha destacado como aquellos que, en nombre de la libertad, han defendido la necesidad de reducir el Derecho penal a un derecho penal mínimo, circunscrito a la protección de los bienes jurídicos individuales propios del Estado liberal, incurren en un doble error:

4.1. En primer lugar, “olvidan” que no es posible garantizar la libertad individual de los ciudadanos sin garantizar, al mismo tiempo, su seguridad. En efecto, a su juicio, el individuo únicamente puede ejercer verdaderamente su libertad, entendida como libre desarrollo de su personalidad, en un ambiente de seguridad y confianza¹¹⁴.

4.2. Y, en segundo lugar, advierte CORCOY BIDASOLO que cuando los autores limitan la intervención penal en relación a los ataques a los bienes jurídicos de carácter individual, están pensando exclusivamente en la libertad

¹¹³ En este sentido, HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, (LARRAURI PIJOÁN trad.), ADPCP 1992, pp. 237 ss. La consecuencia lógica de la traslación de este planteamiento al contexto de la protección penal de la seguridad en el trabajo sería la no intervención en dicho ámbito del ordenamiento jurídico-laboral, por cuanto su incriminación traería consigo una restricción de la libertad de los individuos a los que se impute el delito, esto es, fundamentalmente los directivos y/o representantes legales que están al frente de las empresas y los sujetos que les asesoran (técnicos en prevención de riesgos laborales).

¹¹⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 194. De tal forma que, en base a la posición mantenida por dicha autora, la protección penal de la seguridad en el trabajo no sólo no restringiría la libertad de los trabajadores, sino que fortalecería su posición al garantizarles el libre desarrollo de su personalidad en el transcurso de su prestación laboral en favor del empresario.

del autor. Lo cual, en su opinión, es incorrecto, en la medida en que el Derecho penal debe atender fundamentalmente a la libertad de la víctima, que en los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales, son todos los ciudadanos menos los autores¹¹⁵.

5. Como habrá podido deducirse de lo hasta ahora expuesto mi posición coincide plenamente con el planteamiento mantenido por esta última autora, por cuanto entiendo que ha orientado acertadamente la discusión abierta entre los defensores del Derecho penal mínimo y sus detractores. En efecto, frente a aquellos que han presentado la libertad y la seguridad como dos intereses contrapuestos y, por consiguiente, no realizables al mismo tiempo, ha puesto de relieve como el individuo no puede vivir en libertad si no se le garantiza, simultáneamente, que los riesgos que se ciernen sobre él se mantienen dentro de unos determinados niveles. Esto es, “no hay libertad sin seguridad”¹¹⁶.

¹¹⁵ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 192 ss. En la misma línea, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, LH-CEREZO MIR, pp. 430 ss, quien tras reclamar la necesidad de relativizar las continuas apelaciones a la libertad realizadas por los autores de la “Escuela de Frankfurt” con el fin de restringir la intervención penal recuerda que “... *el ordenamiento jurídico no sólo tiene que proteger la libertad de quienes infringen las normas sino también – y fundamentalmente- la libertad de quienes las cumplen...*”; MARINUCCI/DOLCINI, REDCr (9) 2002, p. 164, quienes concluyen “... *las libertades propuestas... por los autores del Derecho penal mínimo parecen identificarse no con la libertad de los ciudadanos, sino más bien con la más ilimitada e incontrolable libertad de empresa...*”; POZUELO PÉREZ, “De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”, LH- GÜNTHER JAKOBS, Bogotá 2003, p. 116.

¹¹⁶ Planteamiento igualmente compartido por GÓMEZ MARTÍN, “Libertad...”, p. 88 ss, quien trae a colación la situación de inseguridad en la que se encuentra el consumidor en relación con los riesgos derivados de la producción en masa.

6. Ciertamente, de la misma forma que la idea del Estado Social y Democrático de Derecho acogida en las modernas constituciones vino a conciliar los intereses propios del Estado liberal y el Estado social, la fórmula “no hay libertad sin seguridad” se ha presentado como una solución de compromiso a través de la cual se sintetizan ambos intereses: la necesidad de dar una respuesta, también desde el Derecho penal, a los nuevos retos que la “sociedad del riesgo” está planteando a los ciudadanos, respetando, al mismo tiempo, las garantías materiales y procesales y los criterios de imputación propios del Derecho penal.

7. Por otra parte, al defender la necesidad de garantizar fundamentalmente la libertad de las víctima y no sólo la libertad de quien infringe la norma, además de asignar un mayor protagonismo a la víctima, viene a destacar como la libertad individual no sólo constituye un límite a la intervención del Derecho penal, sino que también la fundamenta¹¹⁷. En efecto, mientras que los autores de la “Escuela de Frankfurt” ponen el acento en la idea de la libertad individual como un freno a la expansión del Derecho penal frente a los nuevos riesgos, es posible enfatizar la idea de la libertad del individuo como fundamento de la intervención penal, por cuanto la protección penal de estos nuevos riesgos garantiza, en última instancia, la libre participación del individuo en la sociedad¹¹⁸.

¹¹⁷ En este sentido, GÓMEZ MARTÍN, “Libertad...”, p. 89.

¹¹⁸ En esta línea, cabe enmarcar la posición mantenida por MARINUCCI/DOLCINI, RDPC (9) 2002, p. 166 ss, quienes, tras reconocer la importancia del principio de *ultima ratio* en tanto límite de la intervención penal, muestran su disconformidad con aquellos autores que abogan por la no protección penal “... *de los intereses colectivos afectados por los poderosos, por la criminalidad organizada, por los destructores de las instituciones democráticas...*”.

3.2.3. Consagración constitucional

1. Ahora bien, para que un bien jurídico adquiriera relevancia jurídico-penal no sólo es preciso que su menoscabo comporte dañosidad social y que posea un referente individual, sino que es necesario (aunque no suficiente) que haya recibido una plasmación expresa o implícita en el texto constitucional. Esta exigencia la cumple, sin lugar a dudas, el interés aquí analizado, por cuanto, en el art. 40.2 CE, los poderes públicos asumieron el compromiso de velar por la seguridad e higiene de los trabajadores¹¹⁹. Este último precepto ha sido desarrollado, a su vez, por el legislador ordinario en la LPRL¹²⁰ y, junto con los arts. 15 y 43.1 CE, conforman la llamada dimensión constitucional de la prevención de riesgos laborales¹²¹. Preceptos cuyo papel

¹¹⁹ En un claro paralelismo con el art. 51.1 CE donde el Estado adquiere el compromiso de establecer todos aquellos procedimientos que resulten eficaces para garantizar la seguridad y la salud de los consumidores.

¹²⁰ En este desarrollo legislativo, como expondré más adelante, ha desempeñado un destacado papel la normativa comunitaria, por cuanto la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores constituye una de las medidas para preservar el mantenimiento del principio de libre competencia en el ámbito del mercado único europeo. Sobre la incidencia del derecho comunitario en el desarrollo de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores *Vid., infra*. IV. 4.3.

¹²¹ En este punto, he de mostrar mi disconformidad con los autores, entre otros, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, “Trabajo y medio ambiente”, RL 1995, pp. 104 ss, RODRÍGUEZ RAMOS, MARÍA JOSÉ, “Salud laboral *versus* medio ambiente: por una política de prevención de riesgos laborales también en el medio externo”, AS (22) 2003, pp. 51 ss; quines partiendo de un concepto integral de la protección del medio ambiente consideran que el mismo engloba, tanto la tutela del medio ambiente externo (la empresa como fuente de peligros para el medio natural) como del medio interno (la empresa como fuente de peligro para el disfrute por parte del trabajador de un medio ambiente laboral adecuado), por cuanto, como muy atinadamente ha señalado, CORCOY BIDASOLO, “Los delitos...”, pp. 72 ss, cuando la LPRL hace referencia en su art. 31.1 a los “*factores ambientales en el trabajo*” no debe interpretarse en el sentido de que la norma reconozca un hipotético derecho del trabajador al disfrute de un medio ambiente adecuado en el trabajo, sino a la

en la legitimación de la intervención del Derecho penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pasará a precisar a continuación.

2. Sin embargo, antes de acometer dicha cuestión, quisiera poner de relieve que no debe sobrevalorarse la consagración constitucional de la prevención de riesgos laborales, por cuanto, si bien es cierto que constituye uno de los argumentos sobre los que la doctrina ha fundamentado la intervención penal en dicho ámbito¹²², no es menos cierto que, en opinión de la doctrina, dicho reconocimiento cumple, únicamente, una función de carácter negativo. Esto es, solamente los intereses que directa o indirectamente han sido consagrados constitucionalmente pueden ser objeto de protección penal¹²³.

“... situación en la que se encuentra el trabajador en el desarrollo de su trabajo en atención a los elementos físicos que le rodean...”.

¹²² En efecto, todos los autores que en nuestra doctrina han tratado la cuestión de la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo se han ocupado, en mayor o menor medida, de su dimensión constitucional (arts. 15, 40.2 y 43.1 CE) a fin de legitimar la intervención penal en este sector del ordenamiento jurídico-laboral. En este sentido, en la doctrina penalista, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *La Protección penal...*, pp. 49 ss; EL MISMO, *Manual...*, pp. 154 ss; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 110 ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 188 ss; en la doctrina laboralista, entre otros, BARBANCHO TOVILLAS/RIVAS VALLEJO/PURCALLA BONILLA, *Tribuna Social* (99) 1999, p. 24; PURCALLA BONILLA, *Autonomía Colectiva y prevención de riesgos laborales*, Valencia 1998, pp. 76 ss. Dimensión constitucional a la que también ha hecho referencia la jurisprudencia penal, entre otras, las SSAP GUADALAJARA 25-06-98 (ARP. 1998\3418; PTE. SERRANO FRÍAS; FJ 1º); BARCELONA 4-05-01 (JUR. 2001\234501; PTE. GIMENO JUBERO; FJ 2º).

¹²³ En este sentido, entre otros, CARBONELL MATEU, “Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos”, en *Intereses difusos y Derecho penal*, (BOIX REIG dir.) CDJ Madrid 1995, pp. 15 ss; EL MISMO, *Derecho penal...*, p. 38; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 179 ss; GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación...*, p. 421; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro...*, pp. 26 ss; OCTAVIO DE TOLEDO, “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, ADPCP 1990, pp. 10 ss; PORTILLA CONTRERAS, CPC (39) 1989, p. 745, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 274 ss.

3. En el art. 15 CE se ha constitucionalizado el derecho fundamental de toda persona, y consiguientemente del trabajador, a la protección de su vida e integridad física¹²⁴. Este reconocimiento constitucional resulta especialmente importante por dos motivos:

3.1. En primer lugar, porque el art. 15 CE garantiza la protección del trabajador no sólo frente a las posibles injerencias del Estado (eficacia vertical de los derechos fundamentales), sino también frente a las “agresiones” procedentes de los particulares, esto es, del “empresario” (eficacia horizontal de los derechos fundamentales)¹²⁵. Aspecto este último que adquiere una especial significación en el seno de una relación como la laboral en la que, como consecuencia de la situación de dependencia en la que se encuentra el trabajador respecto al empresario, frecuentemente se conculcan sus derechos fundamentales¹²⁶, y entre ellos, el derecho fundamental a la protección de su vida e integridad física durante el desempeño de su prestación laboral. En este punto, no debemos olvidar que mientras el trabajador en el intercambio

¹²⁴ Derecho a la vida e integridad física que junto con los derechos fundamentales al honor, intimidad, propia imagen y la libertad ideológica y religiosa conforman los denominados derechos inespecíficos del trabajador.

¹²⁵ Ambos aspectos conforman la llamada dimensión subjetiva o negativa de los derechos fundamentales, dimensión que tiene su origen en el Estado liberal de Derecho en el que los derechos fundamentales garantizaban una esfera de autonomía de los individuos frente a la actuación del Estado. En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ MORENO, *El estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid 2002, pp. 24 y 38.

¹²⁶ En este sentido, entre otros, DEL REY GUANTER, “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, RL 1995-I, p. 198; MIÑARRO YANINI, *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratadas y subcontratadas*, Madrid 2002, p. 249.

económico salario-prestación laboral derivado del contrato de trabajo, compromete su propia vida, integridad física y salud, el empresario, únicamente, arriesga su patrimonio¹²⁷. De hecho, la defensa de estos intereses está en el origen, tanto de la aparición del Derecho del Trabajo, en cuanto rama autónoma del ordenamiento jurídico, como del proceso de normativización que, a lo largo de estos años, ha experimentado el contrato de trabajo a raíz de la intervención del Estado con el fin de compensar la desigual capacidad contractual del trabajador en relación al “empresario”¹²⁸.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la STSJ EXTREMADURA 22-02-02 (RJCA. 2002\413, PTE. RUIZ BALLESTEROS) en la que se señala “*Las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo son una de las manifestaciones más antiguas de la intervención estatal limitativa de la autonomía de la voluntad de las partes en la relación de trabajo...*” (FJ 2º).

3.2. Y, en segundo lugar, porque el reconocimiento constitucional del derecho a la vida y la integridad física de la persona del trabajador asegura la actuación positiva del Estado, “obligando” a los poderes públicos a establecer los mecanismos necesarios para garantizar su respeto, tanto en las relaciones jurídico-públicas, como en las relaciones jurídico-privadas derivadas del

¹²⁷ Cfr. SUPLOT, *Crítica del Derecho del Trabajo*, (GIL Y GIL trad.) Madrid 1996, pp. 90 ss. ; MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO/GARCÍA MURCIA, *Derecho del trabajo*, (9ª ed) Madrid 2000, p. 57; PURCALLA BONILLA, *Autonomía...*, pp. 33 ss.

¹²⁸ En este sentido, entre otros, MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO/GARCÍA MURCIA, *Derecho...*, pp. 57 ss, quienes apuntan como el Derecho del Trabajo tiene como misión el compensar la debilidad contractual del trabajador en la relación laboral establecida con el empresario, constituyendo precisamente **el principio de irrenunciabilidad de los derechos** contenido en el art. 3.5 ET unos de los mecanismos utilizados para reequilibrarla; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 186; PURCALLA BONILLA, *Autonomía...*, pp. 37 ss; SEMPERE NAVARRO, “Sobre el concepto del Derecho del Trabajo”, REDT (26) 1986, p. 193.

contrato de trabajo (dimensión objetiva propia de los derechos fundamentales). Entre estos mecanismos, como ya apunté con anterioridad, ocupa un lugar destacado el delito contra la seguridad en el trabajo, siempre y cuando, claro está, adquieran relevancia jurídico-penal únicamente aquellos incumplimientos del deber general de seguridad especialmente graves, por cuanto no debemos olvidar que dicho ilícito penal incide en un sector de actividad ya protegido por otras ramas del ordenamiento como son el Derecho administrativo laboral (arts. 11-13 LISOS) o el Derecho civil (arts. 1902 ss CC)¹²⁹.

4. Ahora bien, dicho esto, considero que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la vida e integridad física del trabajador resulta insuficiente para legitimar la intervención del Derecho penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales mediante el delito de peligro concreto previsto en el art. 316 ss CP. Y ello por dos razones:

4.1. En primer lugar, porque parto de la premisa de que la vida y la salud de los trabajadores está suficientemente protegida en el ordenamiento jurídico-penal a través de los clásicos delitos y/o faltas de homicidio imprudentes (arts. 142 y 621.2) y los delitos de lesiones delitos y/o faltas de lesiones imprudentes (arts. 152, 621.1 y 3).

¹²⁹ El recurso a los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, como el previsto en el art. 316 CP, únicamente está justificado cuando se utiliza para castigar aquellas acciones especialmente idóneas para lesionar tanto el bien jurídico supraindividual (seguridad y confianza de los trabajadores) como los bienes jurídicos individuales (vida, integridad física y salud), siendo suficientes las sanciones contenidas en el Derecho Administrativo-laboral para contener los ataques menos graves.

4.2. Y, en segundo lugar, porque entiendo que si bien el 15 CE constituye el sustrato legal último de los bienes jurídico-penales individuales tutelados en el delito contra la seguridad en el trabajo (vida, integridad física y salud individual de los trabajadores), únicamente cumple una función complementaria en la fundamentación del bien jurídico-penal supraindividual igualmente tutelado en el art. 316¹³⁰: la protección de la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro del nivel de riesgo permitido, no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento a través del que se garantiza el libre desarrollo de la personalidad del trabajador en el marco de la actividad laboral (art. 10.2 CE). Bien jurídico-penal que, en mi opinión, encuentra su fundamento constitucional último en los arts. 40.2 y 43.1 en los que se recogen, respectivamente, el compromiso de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y proteger la salud de las personas¹³¹.

5. En efecto, los arts. 40.2 y 43.1 CE adquieren una notable importancia en el ámbito del sistema extra-penal de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, en la medida en que conforman la base sobre la que se

¹³⁰ En contra, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 110 ss, quien, partiendo de la premisa de que en el delito contra la seguridad en el trabajo se protege exclusivamente la vida, integridad física y salud del trabajador, defiende el carácter complementario del art. 40.2 CE con respecto a dichos intereses individuales.

¹³¹ Estos dos preceptos están ubicados en el Capítulo III de la CE, donde se establecen los llamados principios rectores de la política social y económica. Principios estos que, a diferencia de los derechos fundamentales previstos en la sección 1ª del capítulo II, se caracterizan por gozar de un sistema de garantías atenuado. En este sentido, en el art. 53.3 CE se señala que dichos principios informarán “*la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”, lo cual significa que, únicamente, podrán ser invocados ante los Tribunales una vez hayan sido desarrollados por ley.

asienta la llamada dimensión colectiva o preventiva de la seguridad y salud en el trabajo. Dimensión esta que, contemplando al trabajador en tanto colectivo y parte más débil de la relación contractual, “obliga” al empresario a adoptar cuantas medidas de seguridad resulten precisas para preservar su seguridad y salud durante el desarrollo de su prestación laboral y mantener así los riesgos laborales dentro de los niveles legalmente establecidos.

6. Y, lo que resulta más importante a los efectos de la presente investigación, los arts. 40.2 y 43.1 CE adquieren un especial protagonismo en la protección penal de la seguridad en el trabajo, por cuanto, de *lege ferenda*, se erigen en el fundamento legal último sobre el que se construye la legitimación de la intervención penal en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral, y, de *lege lata*, constituyen uno de los criterios para interpretar los diferentes elementos que integran el delito contra la seguridad en el trabajo.

3.3. Necesidad de pena: eficacia de los mecanismos extra-penales y de la intervención penal en el ámbito de la seguridad en el trabajo

3.3.1. Introducción

1. Ahora bien, para que un interés se convierta en un bien digno de protección penal no sólo es necesario que respete los diferentes requisitos derivados del principio de merecimiento de pena, sino que, como ha puesto de relieve la doctrina, es preciso que supere los distintos subprincipios derivados del principio de necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit* o *Strafbedürfnis*)¹³². Por un lado, los principios que atienden a la intensidad del ataque dirigido al bien jurídico: intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad. Y, por el otro, los principios que hacen referencia a la eficacia de la tutela penal en relación al resto de instrumentos previstos en las distintas ramas que conforman el Ordenamiento Jurídico: principios de eficacia y utilidad de la intervención penal. Veamos, siquiera brevemente, en qué consiste cada uno de ellos.

1.1. **Principio de fragmentariedad del Derecho penal:** se refiere a la necesidad de castigar, únicamente, las modalidades de ataque al bien jurídico más graves. Lo cual significa, *a sensu contrario*, que la intervención penal será político-criminalmente ilegítima en los casos en que el tipo penal incrimine las conductas menos lesivas para el bien jurídico-penal protegido. Este principio adquiere una especial relevancia en el marco de los delitos

¹³² En este sentido, entre otros, LUZÓN PEÑA, “La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito”, LH-ROXIN, Barcelona 1995, p. 119;

contra bienes jurídico-penales supraindividuales como el aquí analizado, por cuanto la incidencia de estos últimos sobre ámbitos de actividad en los que existe una duplicidad sancionatoria (sanción penal-sanción administrativa/laboral/mercantil) aconseja, de *lege ferenda*, la delimitación precisa de la conducta típica y la exclusión de la punición de la tentativa y la comisión imprudente¹³³.

1.2. **Principio de intervención mínima:** incide en la idea de que la intervención penal ha de utilizarse, únicamente, en los casos en que resulte imprescindible para garantizar la protección de la sociedad¹³⁴. Idea que responde al criterio de que la pena solamente es admisible cuando no existe otro “mal menor”¹³⁵, puesto que de existir, la intervención penal será considerada ilegítima. Mientras que algunos autores lo engloban en el

ROMANO, “Merecimiento de pena, necesidad de pena y teoría del delito”, LH-ROXIN Barcelona 1995, pp. 141 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 291.

¹³³ En este sentido, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona 1999, pp. 19 ss; CORCOY BIDASOLO, “Delincuencia imprudente y Código Penal de 1995”, RTSJAP 1998, pp. 561 ss; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, pp. 187 y 271 ss; LA MISMA, “Los delitos...”, p. 82; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte General...*, pp. 117 y 160 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 290.

¹³⁴ En este sentido, entre otros, MIR PUIG, *Introducción...*, pp. 124 ss; MARTOS GARCÍA, MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, pp. 59 ss; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid 1981, pp. 358 ss.

¹³⁵ En este sentido, entre otros, MIR PUIG, *Introducción...*, pp. 124 ss, MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, pp. 59 ss, MARTOS NÚÑEZ, *El principio de intervención mínima*, ADPCP 1987, pp. 99 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 246 ss.

denominado principio de subsidiariedad del Derecho penal¹³⁶, otros lo enmarcan en el llamado principio de *última ratio*¹³⁷.

1.3. Principio de subsidiariedad del Derecho penal: supone que debe descartarse la utilización de la sanción penal en aquellos supuestos en que puede conseguirse el mismo efecto preventivo, por medio de otros mecanismos menos lesivos para con los derechos fundamentales de la persona como, por ejemplo, las infracciones administrativas o civiles, o incluso, las medidas estatales de política social¹³⁸.

d) Principios de utilidad y eficacia del Derecho penal: integran la otra vertiente del principio de necesidad de pena. Con ellos se hace referencia al hecho de que la protección penal resulte eficaz con respecto al resto de instrumentos extra-penales presentes en el Ordenamiento jurídico. Lo cual, *a sensu contrario*, significa que la intervención será ilegítima en los supuestos en que la misma no garantiza una mayor tutela al bien jurídico-penal protegido. En este sentido, resulta paradigmática la protección penal del medio ambiente a la que se ha “acusado”, no sin razón, de ineficaz y por tanto, de cumplir una función meramente simbólica que deslegitima la intervención penal en este ámbito.

¹³⁶ En este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 247.

¹³⁷ En este sentido, entre otros, MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, pp. 60 ss; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte General*, (3ª ed) Madrid, p. 44.

¹³⁸ Vid., por todos, ROXIN, *Derecho penal...*, p. 65.

2. Pues bien, tomando como referencia el último de los principios enumerados, abordaré en el presente apartado abordaré tres cuestiones íntimamente relacionadas: **a)** en primer lugar, examinaré los distintos mecanismos con los que cuenta el sistema extra-penal para tratar de prevenir o minimizar los riesgos laborales, con el fin de determinar hasta que punto resultan eficaces, y consiguientemente, está justificada la intervención penal en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral¹³⁹; **b)** en segundo lugar, analizaré en qué medida la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, o más concretamente, la imposición de una pena privativa de libertad a aquellos a los que se les impute el delito contra la seguridad en el trabajo, garantiza, *de lege ferenda*, una protección eficaz de la seguridad en el trabajo; y de ser así, **c)** examinaré, en tercer lugar, hasta qué punto, las actuales penas previstas en los arts. 316 y 317 CP garantizan, *de lege lata*, la eficacia de la intervención penal en este sector del ordenamiento jurídico-penal.

3. Sin embargo, antes de acometer el análisis de tales cuestiones, quisiera realizar una breve reflexión en relación al componente económico presente en los delitos contra los derechos de los trabajadores entre los cuales se enmarca el delito contra la seguridad en el trabajo. En efecto, pese a que el legislador del 95 ha estimado oportuno ubicar a los delitos contra los derechos de los trabajadores en un título independiente (XV), rechazando de esta forma su inclusión en el Título dedicado a los “Delitos contra el patrimonio y contra

¹³⁹ En la misma línea, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 193 ss, quien señala como la legitimación de la intervención en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo pasa inexorablemente por el análisis previo de la eficacia de los diferentes instrumentos previstos en el sistema extra-penal de protección.

el orden socioeconómico”, no debe obviarse el componente económico que subyace en los delitos contra los derechos de los trabajadores en general y en el delito contra la seguridad en el trabajo en particular.

4. Y ello en base a las siguientes razones: **a)** en primer lugar, porque no debemos olvidar que la mayoría de los delitos incluidos en el Título XV giran en torno a la relación laboral que une al empresario con el trabajador; **b)** en segundo lugar, porque el mantenimiento de un cierto equilibrio en el marco de las relaciones laborales resulta fundamental para garantizar en general la estabilidad de la economía de mercado¹⁴⁰; **c)** en tercer lugar, porque hemos de tomar en consideración que el fenómeno de la inmigración ilegal (arts. 313 y 318 bis CP), además de constituir una tragedia humanitaria vergonzosa, constituye un factor distorsionador de la libre competencia en el acceso al mercado de trabajo¹⁴¹; y, **d)** en cuarto lugar, porque los empresarios,

¹⁴⁰ Este aspecto de los delitos contra los derechos de los trabajadores que ha sido puesto de relieve en nuestra doctrina por algunos autores, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho...*, pp. 517 ss; CORCOY BIDASOLO, “Delitos laborales...”, p. 91, quien señala que si bien en estos delitos se protegen los derechos de los trabajadores, en tanto colectivo que se encuentra en una situación de inferioridad con respecto al empresario, considera que también se tutela “... *la libre competencia, tratando de asegurar condiciones de productividad igualitarias...*”; PÉREZ MANZANO, RL 1997-II, p. 272, quien admite la existencia de una doble faceta en dichos ilícitos: **a)** una individual que protege los derechos de los trabajadores como individuos particulares; y **b)** una colectiva, en la que además de proteger a los trabajadores en tanto colectivo, en la que se tutela el interés del Estado en el “... *mantenimiento de un cierto equilibrio en el marco de desarrollo de las relaciones laborales...*”.

¹⁴¹ En este sentido, entre otros, LAURENZO COPELLO, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, RDPC (12) 2003, p.65, quien se hace eco de la recomendación de la Unión Europea a los estados miembros en relación a la necesidad de que establezcan en sus respectivos ordenamientos jurídicos sanciones administrativas o penales para combatir la contratación de ciudadanos extracomunitarios sin permiso de trabajo por el riesgo que ello conlleva para el mantenimiento de la libre competencia en el interior del mercado (Recomendación 96/C 304/01, de 27 de septiembre).

actualmente, siguen considerando que las inversiones en materia de seguridad en el trabajo no les reportan un beneficio ni a ellos ni al sistema económico en su globalidad, sino que les supone un coste que resta competitividad a sus productos y servicios con respecto a los empresarios que, contrariamente, no destinan recurso económico y humano alguno a la mejora de los niveles de seguridad existentes en el seno de sus centros de trabajo¹⁴².

5. Ciertamente, el “empresario” todavía no percibe los numerosos costes que comporta en “teoría” el que uno de sus trabajadores sufra un “accidente” laboral en el desarrollo de su prestación bajo su dirección: **a)** las cotizaciones que se destinan al pago de las prestaciones objetivas de la seguridad social aparejadas a la siniestralidad laboral y que los empresarios contribuyen a su financiación; **b)** los recursos económicos destinados al pago del recargo de prestaciones; **c)** las indemnizaciones civiles que ha de sufragar para reparar los daños irrogados al trabajador “accidentado”; **d)** el dinero destinado al pago de las correspondientes sanciones pecuniarias impuestas por la Administración laboral a instancia de la Inspección de Trabajo; y, **e)** lo que debería resultar más preocupante para los “empresarios” o las personas en quien delegue el control de los riesgos laborales, las consecuencias que conlleva la imposición de una condena penal (pérdida de crédito social, pérdida de la libertad...).

6. De la misma forma que tampoco es consciente de los elevados costes que conlleva la siniestralidad en nuestro país, dinero que podría ser destinado a otras partidas presupuestarias que directa o indirectamente podrían resultar

¹⁴² Precisamente esta necesidad de erradicar la competencia desleal en el mercado común explica el interés mostrado desde sus orígenes por la Comunidad Económica Europea (la actual Unión Europea) en el desarrollo de la normativa relativa a la seguridad y salud en el trabajo. Sobre esta cuestión *Vid., infra*. IV. 4.3.

beneficiosas para el tejido empresarial: **a)** aumento de las subvenciones estatales y autonómicas en materia de formación profesional; **b)** reducción de las cotizaciones sociales; **c)** mejora de las infraestructuras (red de carreteras, ferrocarril, puertos...); **d)** más inversiones en investigación y desarrollo...

3.3.2. Eficacia de los mecanismos extra-penales protectores de la seguridad en el trabajo: a) rescisión contractual; b) reparación civil; c) sanciones administrativo-laborales; d) recargo de prestaciones

1. El ordenamiento jurídico extra-penal cuenta con cuatro mecanismos para garantizar la seguridad en el trabajo: **a)** la rescisión del contrato por parte del trabajador; **b)** la reparación civil de los daños irrogados; **c)** las sanciones administrativo-laborales previstas en la LISOS; y, **d)** el denominado recargo de prestaciones de la seguridad social recogido en el art. 123 LGSS¹⁴³. Mecanismos todos ellos que, en mi opinión, no garantizan una eficaz protección de la seguridad en el trabajo.

¹⁴³ Medidas a las que debemos sumar, por un lado, las **distintas prestaciones de la Seguridad Social derivadas de un accidente de trabajo**, prestaciones que tienen como fin reequilibrar la situación económica del trabajador (o la de sus causahabientes en caso de fallecimiento) durante el período en que no puede volver a sus ocupaciones habituales, esto es, las incapacidades laborales, la pensión de viudedad atribuida al cónyuge superviviente y la pensión de orfandad asignada a los hijos del trabajador difunto y, por el otro, las **mejoras voluntarias** incluidas en el correspondiente convenio colectivo en ejercicio del derecho a la negociación colectiva que el ordenamiento jurídico reconoce a los representantes de los trabajadores y los empresarios (art. 37.1 CE).

a) Rescisión contractual

1. El primero de los mecanismos extra-penales previstos en el sistema extra-penal de protección de la prevención de riesgos laborales es la rescisión del contrato de trabajo. En efecto, el trabajador, en el caso en que el empresario incumpla gravemente la obligación que le ha impuesto el ordenamiento jurídico-laboral de garantizar la seguridad y salud en el trabajo en el desarrollo de su prestación (arts. 4.2 d y 19. 1 ET y 14 LPRL), puede solicitar la rescisión del vínculo contractual que les une (art. 50.1 c ET), debiendo percibir las indemnizaciones señaladas para los supuestos en que concurra un despido improcedente (art. 50.2 ET).

2. Sin embargo, este mecanismo resulta del todo ineficaz para proteger la seguridad en el trabajo, por cuanto, si bien es cierto que formalmente puede utilizarlo en pro de la defensa de los derechos que tiene reconocidos, no es menos cierto que la situación de dependencia y subordinación en que se encuentra el trabajador con respecto al empresario, como consecuencia del vínculo contractual que les une, imposibilita *de facto* su utilización¹⁴⁴.

¹⁴⁴ En este sentido, un sector de la doctrina jurídico-laboral llama la atención sobre la nula utilización de dicho instrumento por parte del trabajador, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, "Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores", en *La Prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, (OJEDA AVILÉS/ALARCÓN CARACUEL/RODRÍGUEZ RAMOS, coords.), Pamplona 1996, p. 109; GONZÁLEZ ORTEGA, "Seguridad y salud en el Trabajo. En torno al art. 19 ET", REDT (100) 2000, pp. 562 ss; IGARTUA MIRÓ, *La obligación general de seguridad*, Valencia 2000, pp. 201 ss, lo cual en opinión de ésta última autora justifica la existencia de un fuerte sistema sancionador y reparador.

b) Reparación civil del daño

1. El segundo de los instrumentos extra-penales recogidos en el ordenamiento jurídico-laboral es la reparación civil del daño. El trabajador o, en aquellos supuestos en que haya fallecido, sus causahabientes, puede/n instar el pago de los daños que se le hayan irrogado y tengan su origen en la infracción de la obligación general de seguridad que pesa sobre el empresario (art. 14.2 LPRL), así como todas las obligaciones en que legalmente la misma se concreta (arts. 16-28 LPRL)¹⁴⁵.

2. Sin embargo, en mi opinión, la reparación civil tampoco garantiza una protección eficaz de la seguridad en el trabajo, y ello en base a los siguientes argumentos: **a)** en primer lugar, porque si bien la responsabilidad civil puede cumplir una función preventiva, cumple esencialmente una función reparadora o compensadora del trabajador¹⁴⁶; **b)** en segundo lugar,

¹⁴⁵ Si bien no voy a entrar aquí a analizar la cuestión ampliamente debatida en el seno de la doctrina jurídico-laboral y civil acerca de la naturaleza contractual (art. 1124 CC) o extra-contractual (art. 1902 CC) de la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de la obligación general de seguridad, me sumo al sector doctrinal que defiende su naturaleza contractual, por cuanto, no en vano constituye ésta una de las obligaciones que ha impuesto el Estado en la relación contractual laboral con el fin de suavizar el principio de autonomía de las partes propio del Derecho civil. Calificación de la que se derivan importantes consecuencias prácticas, entre otras: **a)** la atribución de su enjuiciamiento a la jurisdicción social en detrimento de la jurisdicción civil; y, **b)** la necesidad de tomar en consideración la cuantía de la responsabilidad civil en el momento de determinar el *quantum* indemnizatorio del recargo de prestaciones. Para un análisis más detenido de todas estas cuestiones, *vid.*, entre otros, el completo trabajo realizado por LUQUE PARRA, *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Madrid 2002, pp. 73 ss y 179 ss, donde podremos encontrar numerosas referencias a la doctrina y jurisprudencia laboral y civil.

¹⁴⁶ En efecto, si bien es cierto que los autores *iusprivatistas* situados en la órbita del denominado análisis económico del derecho, asignan a la responsabilidad civil una

porque al tratarse de una responsabilidad de naturaleza civil es susceptible de aseguramiento, de tal forma que los sucesivos aumentos de las primas a que den lugar los accidentes laborales serán repercutidos sobre el precio final del producto o servicio y consiguientemente, sufragados por la propia sociedad en su conjunto¹⁴⁷; y, **c)** en tercer lugar, porque, en muchas ocasiones, la perentoria situación de necesidad en la que se encontrará el trabajador accidentado o sus causahabientes en caso de defunción, le llevará a transaccionar con el empresario, cerrando así la posible incoación del procedimiento penal.

c) Sanciones administrativo-laborales

1. Las sanciones administrativo-laborales constituyen otro de los mecanismos con los que cuenta el ordenamiento jurídico para tutelar la seguridad en el trabajo. En efecto, a través de la potestad sancionadora la Administración laboral competente impone una serie de sanciones en

importante función preventiva, en la medida en que su imposición contribuye a reducir la cantidad y gravedad de los accidentes, de forma mayoritaria, la doctrina civilista sigue atribuyendo a la misma una función compensadora o reparadora del daño irrogado. En este sentido, entre otros, SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOP, *Prevenir y Castigar*, Madrid 1997, pp. 117 ss, con numerosas referencias a la doctrina alemana y norteamericana; BISBAL MÉNDEZ, “La responsabilidad extra-contractual y la distribución de los costes del progreso”, RDM (167-168) 1983, pp. 77 ss; GÓMEZ POMAR/PASTOR PRIETO, “El derecho de accidentes y la responsabilidad civil: un análisis económico y jurídico”, ADC 1990, pp. 499 ss, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, (3ª ed) Madrid 1993, p. 60; PANTALEÓN PRIETO, “Art. 1902”, en *Comentarios...*; EL MISMO, “Cómo repensar la responsabilidad civil extra-contractual...”, pp. 442 ss, quien se muestra especialmente crítico con la asignación de una función preventiva a la responsabilidad civil.

¹⁴⁷ En este sentido, MIR PUIGPELAT, *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Madrid 2002, pp. 141 ss, quien destaca la incidencia que ha tenido la proliferación de los seguros públicos y privados en las funciones asignadas a la responsabilidad civil y, especialmente, a la función preventiva.

respuesta a la infracción por parte del empresario de alguno de los ilícitos administrativo-laborales previstos en los arts. 11-13 de la LISOS.

2. No obstante, a mi juicio, la potestad sancionadora de la Administración laboral tampoco garantiza una protección eficaz en materia de prevención de riesgos laborales, y ello por los siguientes razones¹⁴⁸: **a)** en primer lugar, porque la sanción administrativa por excelencia, la sanción pecuniaria, además de carecer de la fuerza estigmatizadora propia de la pena, puede internalizarse sencillamente en el correspondiente balance de gastos de la empresa y puede ser finalmente repercutida sobre el consumidor o usuario del producto o servicio¹⁴⁹; **b)** en segundo lugar, porque la propia Administración controla y determina, a través de la Inspección de Trabajo, las

¹⁴⁸ En este sentido, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 197 ss, quien señala como el carácter económico y la cuantía necesariamente limitada de las sanciones administrativas pecunias debilitan en gran parte su eficacia preventiva.

¹⁴⁹ En este sentido, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 109, quien apuntaba ya en sus tesis doctoral como el problema fundamental de las sanciones administrativas es la posibilidad de ser rentabilizadas por el sujeto infractor; CORCOY BIDASOLO, “Límites...”, p. 39, quien señala muy atinadamente como, desde una perspectiva de prevención general negativa, la intervención penal en el ámbito de los nuevos riesgos resulta, en general, especialmente eficaz “... **por cuanto, mientras un «empresario»... puede minimizar cualquier sanción, por elevada que sea, y contabilizarla como gasto o/y repercutirla en el producto, es más difícil que asuma personalmente un proceso penal, cuanto más una condena...**”; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas*, Madrid 2002, p. 46; MARINUCCI/DOLCINI, REDCr (9) 2002, p. 162; NIETO SAINZ/GARCÍA JIMÉNEZ, RDS (24) 2003, quienes sostienen que mientras los empresarios externalizan gran parte de los gastos asociados a los “accidentes laborales”, las inversiones y las reestructuraciones organizativas tendentes a mejorar las condiciones de seguridad existentes son percibidas como “... **costes propios, directos e intransferibles**”; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 417; PAREDES CASTAÑÓN, “La responsabilidad...”, p. 430; POZUELO PÉREZ, LH GÜNTHER JAKOBS, p. 126; TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos contra...*, p. 30, quien apunta como la presunta capacidad preventiva de la sanción pecuniaria “... **se burla, mediante compensaciones...**”; EL MISMO, TL (50) 1999, pp. 175 ss.

empresas que finalmente serán sancionadas (principio de oportunidad)¹⁵⁰; y, c) en tercer lugar, porque aquellas sanciones accesorias que podrían resultar más eficaces para proteger la seguridad y salud de los trabajadores, esto es, la pérdida de la posibilidad de contratar y subcontratar con las Administraciones Públicas, la paralización de la actividad o el cierre definitivo de la empresa infractora, son utilizadas en escasas ocasiones por la Administración debido a los costes sociales que las mismas comportan (p.e pérdida de puestos de trabajo, descenso del consumo...).

d) Recargo de prestaciones

1. El recargo de prestaciones constituye el último de los mecanismos establecidos en el sistema extra-penal tendentes a proteger la seguridad en el trabajo (art. 123 LGSS)¹⁵¹. El recargo constituye un instrumento compatible

¹⁵⁰ En efecto, la Administración laboral puede decidir las empresas cuyo cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales será controlado por la Inspección de Trabajo, así como las empresas que finalmente serán efectivamente sancionadas tras estudiar la propuesta realizada por ésta última. Decisiones ambas que no tienen necesariamente que responder a la ejecución de una meditada planificación previa (y de hecho normalmente no es así), sino que pueden tener su origen en la presión ejercida por los medios de comunicación tras registrarse en un corto período de tiempo un incremento del número de accidentes laborales, tal y como sucedió en Cataluña en el verano del 2002, en el que tras la “avalancha” informativa y el consiguiente debate social que se produjo en torno a la siniestralidad laboral, la Administración laboral intensificó las labores de inspección y sanción que tiene legalmente encomendadas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

¹⁵¹ Precepto cuyo tenor es el siguiente: “*Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tenga inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo,*

con la responsabilidad civil, administrativo-laboral y penal (arts. 123.3 LGSS y 42.3 LPRL). A través del recargo se impone al empresario un incremento desde el 30 hasta el 50 %, en función de la gravedad de la norma conculcada, de las prestaciones de la seguridad social a que tiene derecho el trabajador que haya sufrido un accidente de trabajo, siempre y cuando, éste último tenga su origen en la infracción por parte del empresario de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Este incremento es sufragado por el empresario y se hace efectivo al trabajador o a sus causahabientes en caso de fallecimiento y, a diferencia de la responsabilidad civil, no puede ser asegurado (art. 123.2 LGSS)¹⁵².

2. Sin embargo, no considero que el recargo de prestaciones pueda garantizar una eficaz protección de la prevención de los riesgos laborales, puesto que de considerar que posee una naturaleza esencialmente reparadora nos plantea los mismos problemas suscitados por la responsabilidad civil. Por el contrario, si nos decantamos por atribuirle una naturaleza fundamentalmente sancionadora afloran los mismos problemas que nos

habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.

¹⁵² Cabe precisar, sin embargo, que tras la promulgación de la LPRL se ha reabierto en la doctrina laboralista en torno a la naturaleza jurídica del recargo y a la posibilidad de su aseguramiento. El aseguramiento o no del recargo constituye uno de los argumentos que esgrime un sector de la doctrina laboralista para defender la naturaleza esencialmente indemnizatoria o reparadora del mismo. Existen numerosos trabajos en los que se aborda la cuestión del aseguramiento del recargo de prestaciones y su repercusión en la determinación de la naturaleza jurídica de esta controvertida figura jurídica, entre otros, LUQUE PARRA, “El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales”, REDT (96) 1999, pp. 539 ss, con numerosas referencias bibliográficas y jurisprudenciales; DESDENTADO BONETE, “El recargo de prestaciones de la seguridad social y su aseguramiento. Contribución a un debate”, RDS (21) 2003, pp. 11 ss.

planteaba la responsabilidad administrativo-laboral. Y finalmente de sostener su naturaleza mixta reparadora-sancionadora nos plantea los problemas suscitados por una y otra.

3. La naturaleza jurídica del recargo constituye, sin lugar a dudas, una de las cuestiones más controvertidas que suscita esta figura, entre otras razones, porque de la misma se derivan importantes consecuencias jurídicas en torno a su compatibilidad con las sanciones administrativo-laborales y penales (especialmente con el delito de peligro concreto) y la responsabilidad civil contractual¹⁵³. A grandes rasgos, en la doctrina laboralista se observan tres posiciones en relación a la naturaleza jurídica del recargo:

3.1. En primer lugar, los autores que defienden la naturaleza eminentemente sancionadora del recargo, en base a los siguientes argumentos: **a)** el empresario infractor constituye el único sujeto responsable de su pago, siendo imposible su transmisión y aseguramiento; **b)** el porcentaje se calcula no en función de la gravedad del daño irrogado sino en atención a la gravedad del incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos

¹⁵³ Ello explica los numerosos trabajos existentes en la doctrina laboralista en los que se analiza la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones, entre otros, CARRERO DOMÍNGUEZ, "Compatibilidad de responsabilidades y recargo de prestaciones", TL (63) 2002, pp. 95 ss; CRUZ VILLALÓN/JOVER RAMÍREZ, "La responsabilidad de seguridad social en materia de seguridad y salud en el trabajo", TL (50) 1999, pp. 260 ss; MOLINA NAVARRETE, "Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de medidas sobre prevención de riesgos laborales: la nueva «modernidad» de una institución jurídica clásica", REDT (79) 1996, pp. 787 ss; MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid 1992, pp. 51 ss; PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud. Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Granada 2000, pp. 37 ss.

laborales; y, **c)** es declarado tras el preceptivo procedimiento administrativo por el INSS.

3.2. En segundo lugar, los autores que, contrariamente, destacan su vertiente fundamentalmente reparadora o indemnizadora, en base a las siguientes razones: **a)** el trabajador constituye el único beneficiario del recargo, lo cual refuerza su carácter reparador y compensador; **b)** si bien la cuantía del recargo se determina en función de la gravedad de la norma infringida, su existencia se anuda a la declaración de una serie de prestaciones de la seguridad social que tienen su origen en un accidente laboral; y **c)** de la interpretación conjunta de los arts. 15.5 y 42.3 LPRL deducen el carácter asegurable del recargo, lo cual, en última instancia, garantizaría la reparación íntegra del trabajador en el supuesto en que el empresario sea insolvente.

3.3 Y en tercer lugar, los autores que, con el fin de superar la prohibición del *ne bis in idem* y el enriquecimiento injusto que suscitan respectivamente la primera y la segunda de las posiciones expuestas, asignan al recargo una naturaleza mixta sancionadora-reparadora.

3.3.3. Eficacia de *lege ferenda* de la intervención penal en el ámbito de la seguridad en el trabajo

1. En mi opinión la creación de un “delito de peligro” en el que se tutela la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles legalmente establecidos, y la consiguiente imposición de una pena privativa de libertad a quienes lo

lesionen, puede garantizar, a diferencia de los distintos mecanismos extra-penales ya expuestos, una eficaz protección de la seguridad en el trabajo.

2. En efecto, a diferencia de la responsabilidad civil o la facultad rescisoria prevista en el art. 50.1 ET, la protección penal de la seguridad en el trabajo: **a)** intensifica la dimensión jurídico-pública de la seguridad y salud de los trabajadores¹⁵⁴; **b)** impide que la persecución de las conculcaciones de las obligaciones empresariales en dicha materia queden en manos de los particulares, esto es, de los propios trabajadores; y, **c)** constituye un menor coste económico para el trabajador, en la medida en que la acusación puede ser asumida únicamente por el Ministerio Público.

3. Así mismo, a diferencia del Derecho administrativo-laboral sancionador, el proceso penal abierto a resultas de la comisión de dicho delito: **a)** puede asegurar una mayor imparcialidad frente al procedimiento sancionador¹⁵⁵; **b)** puede evitar que la Administración, en el ejercicio del principio de oportunidad procesal, castigue o exonere de toda responsabilidad un mismo supuesto en función de las circunstancias concurrentes¹⁵⁶; y **c)**

¹⁵⁴ En este sentido, con carácter general, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 155.

¹⁵⁵ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 155. Planteamiento al que se adhieren expresamente, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid 2002, p. 158; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, LH CEREZO MIR, p. 407.

¹⁵⁶ En este sentido, con carácter general, ARROYO ZAPATERO, RP (1) 1997, p. 6, nota 26; HAVA GARCÍA, RDS (10) 2000, p. 205, nota 10, para quien la reducción de las altas tasas de siniestralidad que todavía en la actualidad siguen registrándose en nuestro país pasa, necesariamente, por la utilización de mecanismos punitivos más contundentes que los administrativos; NIETO SAINZ/GARCÍA JIMÉNEZ, RDS (24) 2003, p. 222, quienes muy gráficamente concluyen "... - mientras- los costes de la siniestralidad (de la no prevención), ascienden a casi 12.000 millones de euros; las multas que impone la Inspección de Trabajo suponen para los empresarios 103 millones de euros";

puede garantizar una mayor eficacia preventiva, por cuanto la imposición de una pena privativa de libertad¹⁵⁷, y en especial, el propio proceso penal contienen una carga estigmatizadora para el autor del delito del que carece tanto la sanción administrativo-laboral como el desarrollo del procedimiento iniciado para su determinación¹⁵⁸.

TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos contra...*, pp. 31 ss, quien pone en tela de juicio la presunta eficacia intimidante de las sanciones administrativas destacando el dato de que anualmente la Administración deja de cobrar 5.000 millones de las antiguas pesetas por sanciones en materia de prevención de riesgos laborales.

¹⁵⁷ Ello explica el por qué: **a)** defiende que la eficacia de la protección penal de la seguridad en el trabajo pasa, necesariamente, por la imposición de una pena privativa de libertad a quienes se les impute las conductas previstas en los arts. 316 y 317 CP y, **b)** muestro mi disconformidad con los autores que, en el ámbito de los delitos socio-económicos, propugnan la necesidad de que se sancione únicamente a la propia persona jurídica. En parecidos términos, se expresa CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 187, quien señala como en el ámbito de los delitos socio-económicos el Derecho penal sólo el Derecho penal cumple una efectiva función preventiva “... siempre y cuando no se limite a una multa y no se instaure la responsabilidad penal exclusiva de las personas jurídicas”; LA MISMA, “Límites...”, p. 29, quien pone de relieve como uno de los rasgos característicos de los planteamientos de aquellos autores que se muestran contrarios a la intervención del Derecho penal en el ámbito de los denominados “nuevos riesgos”, es la no aplicación de la pena privativa de libertad a los autores de dichos ilícitos, cuando –continúa la citada autora– esta última es la única sanción que goza de eficacia preventiva en estos ámbitos; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid 1995, p. 61, quien concluye como en el ámbito de los delitos socio-económicos la sustitución universal de las penas privativas de libertad por la pena de multa traería transformaría al sistema penal en “... una red que atrapa siempre y sólo a los peces pequeños, pero no idónea para los grandes”.

¹⁵⁸ En este sentido, destacan con carácter general el efecto estigmatizante de la pena y especialmente la publicidad propia del proceso penal, entre otros, ARROYO ZAPATERO, RP (1) 1997, p. 6, quien tras reconocer el carácter estigmatizador de la sujeción del acusado a un proceso penal, señala muy atinadamente como la imposición de la pena se sustancia en un proceso más garantista que el procedimiento administrativo y se somete a unos criterios de imputación objetiva y subjetiva más estrictos que los aplicados en el Derecho administrativo; CID MOLINÉ, “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, RAP (140) 1996, p. 143, nota 13; MARINUCCI/DOLCINI, RDPC (9) 2002, p. 162, quienes señalan como los numerosos procesos penales abiertos en Italia contra altos directivos de las más importantes empresas han puesto de relieve la eficacia disuasoria de la pena privativa de libertad. Por su parte ponen de relieve, en particular, la eficacia preventiva de la pena y, especialmente, el sometimiento del sujeto activo del delito contra la seguridad en el trabajo a los órganos de la jurisdicción

4. Incluso me atrevería a decir que la protección penal de la seguridad en el trabajo resulta más eficaz que los clásicos delitos y/o faltas de homicidio y/o lesiones imprudentes previstos, respectivamente, en los arts. 142/621.2 y 152/621.1 y 3 CP. En efecto, a mi juicio, la protección penal de la seguridad en el trabajo puede garantizar: **a)** la imposición a sus autores de una pena menos gravosa que la prevista en los clásicos delitos y/o faltas de homicidio y/o lesiones imprudentes, disponiendo así el ordenamiento jurídico de un instrumento más mediante el que se protegen unos bienes jurídicos-penales tan relevantes para la persona del trabajador como son su vida, integridad física y salud; y **b)** una disminución de los elevados costes económicos derivados de los “accidentes de trabajo”, lo cual casa perfectamente con el componente socio-económico característico de los delitos contra los derechos de los trabajadores entre los cuales se ubica el delito contra la seguridad en el trabajo.

3.3.4. Eficacia de *lege lata* de la intervención penal en el ámbito de la seguridad en el trabajo

1. Llegados a este punto cabe plantearse la siguiente pregunta: el actual sistema de penas previsto en los arts. 316 y 317 CP garantiza la eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. A mi juicio, “en principio”, la respuesta ha de ser afirmativa y ello en base a las siguientes razones:

penal, entre otros, LASCURÁIN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 202 ss; TERRADILLOS BASOCO, *Los delitos contra...*, pp. 32 y 99.

1.1. En primer lugar, porque, a diferencia de su precedente legal, el legislador del 95 ha establecido en el actual delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316) una pena privativa de libertad lo suficientemente elevada como para garantizar la eficacia preventiva del mismo, subsanando de esta forma uno de los mayores defectos de los que adolecía el derogado art. 348 bis a) ACP¹⁵⁹. En efecto, a mi juicio, únicamente la pena privativa de libertad posee el efecto intimidatorio necesario para garantizar el cumplimiento “voluntario” por parte del “empresario” de las diferentes obligaciones que en materia de prevención de riesgos laborales le impone el ordenamiento jurídico-laboral, evitando así la lesión de la seguridad y confianza de los trabajadores en el transcurso de su prestación laboral¹⁶⁰.

1.2. En segundo lugar, porque, a diferencia del derogado art. 348 bis a) ACP, en el vigente art. 316 CP se ha elevado considerablemente la cuantía de

¹⁵⁹ Elevación de la pena que ha sido favorablemente acogida por la doctrina penalista, por cuanto no en vano todos los autores que se ocuparon del derogado art. 348 bis a) ACP coincidieron al señalar como la pena prevista en el mismo (arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas) restaba potencialidad preventiva al delito contra la seguridad en el trabajo. En este sentido, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 166; GARCÍA ARÁN, “La protección penal...”, p. 31; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, 413 ss.

¹⁶⁰ En este sentido, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, quien con carácter general concluye “... hay razones para pensar que la privación de libertad, y la pérdida de status que comporta, puede tener una eficacia intimidante cierta...”; DE VICENTE MARTÍNEZ, “Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica”, AP 1997-1, p. 115, quien concluye “... la pena privativa de libertad aparece como la más adecuada a la delincuencia económica. La razón no radica en la necesidad de una resocialización del sujeto, sino porque... posee, realmente, un notable efecto intimidatorio en el delincuente económico”.

la multa¹⁶¹ y esta última ya no se impone de forma alternativa a la pena privativa de libertad sino cumulativamente, garantizando así una mayor eficacia preventiva a la multa en un ámbito de actividad especialmente dado a la “monetarización” de los costes derivados de los “accidentes laborales” por parte del “empresario”¹⁶².

1.3. Y en tercer lugar, porque, tras la aprobación de la Ley 11/2003 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se ha previsto, a diferencia de su precedente legal, la posibilidad de que los Jueces y Tribunales impongan alguna de las medidas recogidas en el art. 129 CP, esto es, alguna de las denominadas consecuencias accesorias del delito, cumpliendo así una de las “exigencias” más solicitadas por parte de un amplio sector doctrinal¹⁶³.

2. Sin embargo, a mi juicio, existen razones suficientes para “desconfiar” de la potencialidad preventiva del vigente sistema de sanciones

¹⁶¹ Que ha pasado de 100.000 a 500.000 pesetas a un máximo de 18.000.000 millones de pesetas (108.182 euros), por cuanto, según establece el art. 50.4, la cuantía máxima es de 300 euros y en el art. 316 se prevé una multa por un plazo mínimo de 6 y un máximo de 12 meses.

¹⁶² En parecidos términos, se pronunció LASCURÁIN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 427, quien en relación al derogado art. 348 bis a) ACP, señaló como una elevación de la cuantía de la pena de multa evitaría la internalización de la sanción como pérdida económica y la subsiguiente “comercialización del Derecho Penal”.

¹⁶³ En este sentido, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal...*, p. 667; PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, LH-CEREZO MIR, p. 1521; TERRADILLOS BASOCO, RDS (50) 1999, p. 183; EL MISMO, “Diez cuestiones en torno a los denominados «delitos laborales»”, en *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento interdisciplinar (Aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, (ALARCÓN CARACUEL/MIRÓN HERNÁNDEZ coords.), Barcelona 2000, p. 151; EL MISMO, *Delitos contra...*, pp. 77 y 103.

previsto en los arts. 316 y ss CP y, por ende, para no sobrevalorar la eficacia preventiva de la protección penal de la seguridad en el trabajo. Y ello en base a los siguientes argumentos:

2.1. En primer lugar, porque en las contadas ocasiones en que nuestros Jueces y Tribunales han aplicado el delito contra la seguridad en el trabajo de forma autónoma, esto es, desvinculándolo de la concurrencia de un posible delito y/o falta de homicidio y/o lesiones imprudentes, en ningún caso, se ha impuesto una pena privativa de libertad superior a 1 año¹⁶⁴. Lo cual significa que ninguno de los sujetos condenados se ha visto obligado a ingresar en prisión, por cuanto, en virtud de lo establecido en el art. 80 y 88 CP, han podido solicitar, respectivamente, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta o su sustitución por multa o trabajos en

¹⁶⁴ Hasta la fecha sólo se han dictado cuatro sentencias en las que se ha aplicado el delito contra la seguridad en el trabajo con independencia de la existencia de un resultado de muerte y/o lesiones imprudentes: **a)** SAP ALICANTE 14-03-03 (JUR. 2003\193851, PTE. FACORRO ALONSO): se condena al apoderado y gerente de la empresa contratista como autor de un delito contra la seguridad en el trabajo doloso a título doloso (art. 316) a una pena de prisión de 6 meses y una pena de multa de seis meses con una cuota de 6 euros diarios; **b)** SAP ALICANTE 30-09-03 (JUR. 2004\41523, PTE. LÓPEZ LORENZO): se condena al administrador único de la sociedad como autor de un delito contra la seguridad en el trabajo a título doloso (art. 316) a una pena de prisión de 6 meses y una pena de multa de 8 meses con una cuota diaria de 3 euros; **c)** SAP SEVILLA 23-12-03 (JUR. 2004\30517, PTE. ROMEO LAGUNA): se condena al representante legal de la empresa y al arquitecto técnico designado por la misma como autores de un delito contra la seguridad en el trabajo por imprudencia grave (art. 317) a una pena de prisión de 3 meses que es sustituida por una pena de multa de 6 meses con una cuota diaria de 6 euros y a una pena de multa de 3 meses con una cuota diaria de 6 euros; y, **d)** SAP LEÓN 5-02-04 (JUR. 2004\91811, PTE. GARCÍA PRADA): se condena al administrador de hecho de la sociedad como autor de un delito contra la seguridad en el trabajo a título doloso (art. 316) a una pena de prisión de 1 año y una pena de multa de 6 meses con una cuota diaria de 1 euro con 20 céntimos.

beneficio de la comunidad¹⁶⁵. Es más, en aquellas ocasiones en que se condena a los acusados como autores de un delito contra la seguridad en el trabajo en concurso ideal con un delito y/o falta de homicidio y/o lesiones imprudentes¹⁶⁶, la suma de las penas impuestas no superan, en ningún caso, los dos años de privación de libertad, de tal forma, que los sujetos condenados pueden igualmente solicitar la suspensión de la misma, evitando así la entrada en prisión¹⁶⁷.

2.2. En segundo lugar, porque incluso en aquellos supuestos en que la pena, excepcionalmente, en aplicación de la regla contenida en el art. 77.2 CP,

¹⁶⁵ En efecto, si bien en el vigente art. 88 las penas no superiores a 1 año de prisión pueden ser sustituidas por arrestos de fines de semana o multa, la Ley 15/2003, lo ha modificado, incluyendo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de la pena de arresto de fin de semana, lo cual significa que a partir de octubre del presente año, la prisión es sustituida por penas no privativas de la libertad como son la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad, restando, de esta forma, eficacia preventiva al delito contra la seguridad en el trabajo.

¹⁶⁶ Lo cual, por otra parte, no es lo más frecuente: **a)** en primer lugar, porque, en numerosas sentencias se rechaza, por distintos motivos, la existencia del delito contra la seguridad en el trabajo por el que se venía acusando al sujeto/s en cuestión; y **b)** en segundo lugar, porque durante mucho tiempo la jurisprudencia sostuvo que ambos ilícitos se encontraban en una relación de concurso de leyes a resolver en favor del delito y/o falta de homicidio y/o lesiones imprudentes en aplicación del principio de consunción (art. 8.3 CP), descartando así la aplicación del delito contra la seguridad en el trabajo.

¹⁶⁷ En este sentido, entre otras, las siguientes resoluciones: **a)** SAP VALENCIA 11-04-03 (JUR. 2003\218084, PTE. FERRER GUTIÉRREZ): se condena, entre otros, al arquitecto técnico de la obra como autor de un delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316) en concurso ideal con un delito de lesiones por imprudencia grave (art. 152.1) a una pena de prisión de 4 meses, que es sustituida por una pena de multa de 8 meses y a una pena de multa de 4 meses con un cuota de 12 euros por el primer delito y a una pena de prisión de 1 año por el segundo; y, **b)** SAP LUGO 19-09-03 (JUR. 2004\15875, PTE. VARELA AGRELO): se condena, entre otros, al representante legal de la empresa contratista como autor de un delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316) en concurso ideal con un delito de lesiones por imprudencia grave (art. 152.1) a una pena de prisión de 6 meses de prisión y una pena de multa de 6 meses a razón de una cuota diaria de 6 euros por el primer delito y a una pena de 7 fines de semana de arresto por el segundo.

supera los dos años de prisión, los Jueces y Tribunales computan separadamente ambas infracciones, tal y como establece el art. 77.3 CP, garantizando así al sujeto condenado la posibilidad de solicitar la suspensión de la pena privativa de libertad (art. 80.1 CP)¹⁶⁸ y a la víctima o sus causahabientes el cobro inmediato de las correspondientes indemnizaciones civiles derivadas del delito (art. 80.3 CP).

2.3. En tercer lugar, porque si bien es cierto que la sanción pecuniaria podría cumplir una eficaz función preventiva con respecto a los pequeños empresarios que infrinjan la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, en la medida en que les resultaría difícil hacer efectivo su pago, no es menos cierto que pierde dicha eficacia en relación a los medianos y grandes empresarios, por cuanto puede resultarles más “rentable”, en términos económicos, pagar las multas que les pudiera imponer la Administración laboral que sufragar los costes derivados de la puesta en marcha de las medidas que resulten precisas para garantizar unos niveles óptimos de

¹⁶⁸ En este sentido, se pronuncian, entre otras, las siguientes resoluciones: **a)** SAP BARCELONA 19-07-99 (ARP. 1999\3735, PTE. TOLOSANA OGAYA, FJ 4º): se condena al administrador de la sociedad como autor de un delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316) en concurso ideal con un delito de homicidio por imprudencia grave (art. 142), respectivamente, a una pena de prisión de 9 meses y a una pena de prisión de 1 año; y **b)** SAP LA RIOJA 21-01-03 (ARP. 2003\214, PTE. SANTISTEBAN RUIZ, FJ 4º): se condena al administrador de hecho de ambas sociedades como autor de un delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316) en concurso ideal con un delito de homicidio por imprudencia grave (art. 142) y una falta de homicidio (art. 621.2) a una pena de prisión de 9 meses y una pena de multa de 9 meses con una cuota diaria de 12 euros por el primer delito, a un año de prisión por el segundo y a una pena de multa de 2 meses a razón de una cuota diaria de 12 euros por la falta. Pues bien, en ambas resoluciones, las penas son computadas por separado en aplicación de la regla 3ª recogida en el art. 77 CP, por resultar ello más beneficioso para el reo.

seguridad y salubridad en el marco de su organización empresarial¹⁶⁹. Situación esta que, a mi juicio, se ha agravado, tras incorporar, la LO 15/2003, un apartado 2 al actual art. 31 CP en el que se podría haber establecido, *de facto*, la “responsabilidad penal de las personas jurídicas”, por cuanto, en aquellos supuestos en que se imponga una pena de multa al administrador o representante legal de la empresa será ésta última la que de forma directa y solidaria deberá sufragarla, restando así, más si cabe, toda eficacia preventiva a la pena pecuniaria¹⁷⁰.

2.4. Y en cuarto lugar, porque si bien debe aplaudirse la introducción de las consecuencias accesorias previstas para personas jurídicas y empresas en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores y, por ende, en el delito contra la seguridad en el trabajo, no debe olvidarse que las mismas apenas son utilizadas por nuestros Jueces y Tribunales, debido al elevado coste social que comporta la adopción de medidas como la clausura temporal de la empresa, la suspensión de la actividad o la intervención de la sociedad (cierre de la empresa, pérdida de los puestos de trabajo existentes...). Por el contrario, no se ha previsto una pena que resultaría especialmente idónea para garantizar la eficacia preventiva del delito contra la seguridad en el trabajo: la

¹⁶⁹ En este sentido, ya se pronunciaron en relación al derogado art. 348 bis a), entre otros, ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 166, quien señaló como la pena pecuniaria podía resultar rentable frente al cumplimiento de las normas de seguridad; GARCÍA ARÁN, “La protección...”, p. 31, quien destacó el carácter improductivo de la seguridad en el trabajo; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 426 ss, quien apuntó como la puesta en peligro grave del trabajador puede tener su origen en “... una decisión de costes de una gran empresa, destinada al ahorro de gravosas medidas de seguridad...”; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, p. 99; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 104, quienes, en relación al vigente art. 316, concluyen “... sigue siendo más beneficioso, en términos exclusivamente económicos, la sanción penal que la sanción administrativa”.

¹⁷⁰ Sobre esta cuestión Vid., *infra* las observaciones que realizo en la nota 749.

pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por cuanto, posee un significativo contenido estigmatizante, priva al sujeto de sus medios económicos de vida y lo aparta del ámbito en el que tiene lugar la lesión del bien jurídico-penal protegido¹⁷¹: la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles legalmente establecidos¹⁷².

3. En conclusión, la eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pasa, necesariamente, por: **a)** el aumento de la pena privativa de libertad prevista para evitar su suspensión y sustitución por otras penas que poseen una menor potencialidad intimidatoria (multa y trabajos en beneficio de la comunidad)¹⁷³; **b)** la elevación de las penas pecuniarias establecidas con el objeto de eludir la “monetarización” de la

¹⁷¹ En este sentido, se pronuncia, en general, TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, p. 60, quien ha puesto de relieve la naturaleza especialmente intimidante de dicha pena en el ámbito de la delincuencia socio-económica; en particular, LASCURAÍN SÁNCHEZ, quien destacó la idoneidad de la pena de inhabilitación o suspensión de profesión u oficio en la lucha de aquellos ilícitos penales consistentes en la infracción de deberes profesionales, tal y como sucede, en el caso del delito contra la seguridad en el trabajo.

¹⁷² En efecto, no acabo de entender por qué el legislador ha previsto dicha pena en el marco de los delitos contra el medio ambiente (art. 325), los delitos contra la salud de los consumidores (arts. 359 y ss) o los delitos relativos a la ordenación del territorio (art. 319), y no ha hecho lo propio en relación a los delitos contra los derechos de los trabajadores en general y el delito contra la seguridad en el trabajo en particular, pese a tratarse todos ellos de sectores especialmente profesionalizados, esto es, ámbitos de actividad reservados a aquellos sujetos que poseen unos determinados conocimientos y capacidades (ingenieros químicos, técnicos en calidad de alimentos, arquitectos, aparejadores, técnicos en prevención de riesgos laborales...).

¹⁷³ En este sentido, ya apuntó BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid 1978, p. 84, que si existía algún delito en que la remisión condicional de la pena privativa de libertad (actual suspensión) no resultaba muy indicada ese era precisamente el de los delitos económicos.

sanción penal en un ámbito especialmente dado a la evaluación de los costes económicos de los riesgos¹⁷⁴; y, **c)** por la inclusión de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, sanción especialmente idónea en un ámbito como la actividad laboral caracterizado por la profesionalidad que se presupone a los sujetos que intervienen (promotores, contratistas, encargados de obra, arquitectos superiores, aparejadores, técnicos en prevención de riesgos laborales...) ¹⁷⁵.

3.4. Toma en consideración de los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad en la incriminación de la seguridad en el trabajo

1. Partiendo de la premisa de que los delitos contra bienes jurídico-penales colectivos se ocupan, en general, de ámbitos de actividad ya sancionados por otras ramas del ordenamiento jurídico (Derecho civil, administrativo, mercantil...) y de que la prevención de riesgos laborales, en

¹⁷⁴ Para lo cual resultarían especialmente útiles algunos de los criterios de graduación establecidos para la cuantificación de las multas administrativo-laborales previstos en el art. 39 LISOS: **a)** la peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo (art. 39.3 a); **b)** el número de trabajadores afectados (art. 39.3 d) ; o, **c)** la cifra de negocios de la empresa (art. 39.2). En parecidos términos, se pronunció LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 427, quien apuntó como en la determinación concreta de la multa deberían tomarse en consideración “... *el número de trabajadores puestos en peligro y... el beneficio económico alcanzado por la actividad delictiva*”.

¹⁷⁵ Si bien es cierto que dicha omisión ha sido parcialmente subsanada en el ámbito de la seguridad en el trabajo, por cuanto, no debemos olvidar que en aquellos supuestos, por otra parte más frecuentes, en que como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, se ha producido una muerte y/o lesión imprudentes, nuestros Jueces y Tribunales pueden imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo, en virtud de lo establecidos en los arts. 142.3 y 152.3 CP.

particular, ya es objeto de una especial protección por parte del Derecho laboral, considero que la legitimación de la intervención penal en este ámbito pasa, necesariamente, por incriminar únicamente aquellas conductas especialmente graves para lesionar los bienes jurídico-penalmente protegidos en el mismo, tal y como exigen los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, propios del Derecho penal.

2. Al respecto entiendo que el legislador del 95 ha delimitado político-criminalmente de forma correcta la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, por cuanto la actual redacción típica permite la incriminación de las conductas más idóneas para lesionar los bienes jurídico-penalmente protegidos en el tipo contenido en el art. 316 CP. Es cierto que una interpretación literal del término “*medios*” que incluyera todas y cada una de las obligaciones en que se concreta el deber general de seguridad impuesto al “empresario” resultaría contraria a los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad. Sin embargo, la interpretación teleológico-funcional del concepto “*medios*” aquí defendida garantiza la incriminación de las conductas más idóneas para lesionar la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales en los niveles legalmente establecidos, respetando al mismo tiempo los límites derivados de los citados principios político-criminales¹⁷⁶.

¹⁷⁶ En este sentido, la interpretación teleológico-funcional del concepto “*medios*” garantiza la tipificación de aquellas puestas en peligro grave de la vida, integridad física y salud de los trabajadores imputables: **a)** al incumplimiento de la obligación de proporcionar los equipos de protección individual (guantes, gafas, botas, cinturones y arneses de seguridad); **b)** al incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de protección colectivas (barandillas, plataformas, redes de seguridad...); y, **c)** al incumplimiento de la obligación de proporcionar a sus trabajadores la formación e información acerca de los riesgos laborales presentes en el seno de la empresa y los riesgos existentes en el concreto puesto de trabajo

3. Estimo igualmente acertada la decisión del legislador del 95 de no incriminar, a diferencia de lo establecido en su precedente legal (art. 348 bis a), la conducta de exigir a los trabajadores el cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad anteriormente adoptadas, por cuanto, si bien es cierto que el carácter tuitivo y reparador característico del Derecho laboral aconsejan la elevación de los niveles de diligencia exigidos al empresario, obligándole, entre otras cosas, a vigilar la estricta utilización por parte de los trabajadores de los equipos de protección individual facilitados (art. 17.2 LPRL) y a prevenir incluso las imprudencias no temerarias del propio trabajador (art. 15.4 LPRL)¹⁷⁷, el respeto al principio de legalidad penal, las exigencias derivadas del principio de autorresponsabilidad del trabajador, y, especialmente, los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad propios del Derecho penal justifican su no traslación a éste último. Ciertamente, no debemos olvidar que mientras el incumplimiento de dichas obligaciones puede acarrear la imposición de una sanción pecuniaria y el deber de reparar íntegramente los daños irrogados al trabajador, la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo comporta la imposición sobre el responsable de una sanción tan aflictiva como la pena privativa de libertad.

4. Ahora bien, no quisiera finalizar el presente apartado sin mencionar los dos puntos que resultan, a mi juicio, contrarios a los postulados de los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad: **a)** la

ocupado. Sobre la cuestión de las diferentes posturas en torno a la interpretación del término “*medios*” Vid., *infra*. V. 4.3.1.

¹⁷⁷ Admitiendo de esta forma una responsabilidad cuasi objetiva o por el mero riesgo.

ausencia de una auténtica armonización entre el delito contra la seguridad en el trabajo y los ilícitos administrativo-laborales previstos en la LISOS y, b) la tipificación de la comisión imprudente (art. 317 CP)¹⁷⁸.

5. En efecto, pese a que la promulgación del nuevo Código Penal del 95 coincidió con la tramitación de la LPRL, piedra angular del presente sistema de protección extra-penal en materia de prevención de riesgos laborales, el legislador desaprovechó la ocasión de realizar una auténtica armonización entre los ilícitos administrativo-laborales recogidos en la LISOS y el delito contra la seguridad en el trabajo previsto en el art. 316 ss CP. En efecto, basta realizar un somero análisis de los diferentes ilícitos administrativo-laborales actualmente recogidos en la LISOS para comprobar como no sólo la conducta típica descrita en el art. 316 CP coincide con los mismos, imposibilitando su delimitación, sino que incluso parecen resultar más graves¹⁷⁹, suscitándose

¹⁷⁸ La indeterminación de la conducta típica, junto a su configuración como un delito de peligro concreto y la incriminación de la comisión imprudente (art. 317 CP) constituyen los tres motivos aducidos por CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 203 y 227 ss, para fundamentar la ineficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales y para calificarlo como un claro ejemplo de Derecho penal simbólico en sentido negativo. De otra opinión, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 201 ss, quien, en relación al anterior art. 348 bis a) ACP, señaló como elementos necesarios para dotar de mayor eficacia a la intervención penal en este ámbito además de una mayor concreción de la conducta típica, la constatación de un resultado de peligro concreto grave, la incriminación del comportamiento imprudente y la correspondencia entre los titulares del deber de seguridad y los sujetos activos del delito. Cuestiones todas ellas que serán analizadas con mayor detenimiento a lo largo del presente trabajo.

¹⁷⁹ Entre todas ellas quisiera destacar la cláusula general prevista en el art. 13.10 LISOS en virtud de la cual se califica como infracción muy grave la no adopción de "... cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores".

entonces, en toda su extensión, la problemática relativa a la concurrencia del denominado principio del *ne bis in idem* material y procesal.

6. Por su parte, pese a que la incriminación de la modalidad imprudente (art. 317), ha sido ampliamente acogida por la doctrina jurídico-penal¹⁸⁰, argumentando que su introducción dotaría de una mayor eficacia a la protección penal de la seguridad en el trabajo, a mi juicio, los autores que defienden dicha incriminación “olvidan” que la intervención penal en los ámbitos en que existe una duplicidad sancionatoria, tal y como sucede en el marco de la prevención de riesgos laborales, aconseja, de *lege ferenda*, la no tipificación de la comisión imprudente, en pro del cumplimiento del principio de fragmentariedad del Derecho penal¹⁸¹.

¹⁸⁰ En este sentido, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, Madrid 2001, p. 663; PÉREZ MANZANO, RL 1997-II, p. 302; TERRADILLOS BASOCO, TL (50) 1999, p. 182; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 101. En contra de la tipificación de la imprudencia en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo, únicamente, se han pronunciado en nuestra doctrina, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 203; VALLE MUÑIZ/VILLACAMPA ESTIARTE, *en Comentarios al nuevo Código Penal*, (QUINTERO OLIVARES dir.), (3ª ed.) Pamplona 2004, p. 1592.

¹⁸¹ Sobre esta última cuestión *Vid.*, ampliamente, *infra*. VI. 4.

IV. Ley penal en blanco y configuración de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales. Especial atención a la concreción del concepto “*infracción de las normas de prevención de riesgos laborales*”

1. Introducción

1. La intervención penal en el ámbito de los “nuevos riesgos” no sólo ha traído consigo un relanzamiento de los bienes jurídicos supraindividuales y de su protección por medio de los “delitos de peligro”, sino también una transformación de las fórmulas legales empleadas por el legislador en la incriminación de los tipos penales. En efecto, la entrada del Derecho penal en sectores alejados del denominado “Derecho Penal nuclear” ha motivado una sustitución de los tradicionales instrumentos de regulación, los tipos “cerrados” de base preferentemente descriptiva, por otros mecanismos que permiten una rápida adaptación a los constantes cambios que el desarrollo tecnológico genera en dichos ámbitos. Mecanismos entre los que ocupa un lugar preeminente la técnica legislativa de la ley penal en blanco¹⁸².

2. Ciertamente, en mi opinión, la técnica legislativa de la ley penal en blanco constituye un instrumento especialmente adecuado para configurar los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales y ello en base a los siguientes argumentos.

¹⁸² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La “Ley penal en blanco”: concepto y cuestiones jurídico-políticas*, (inédito) Barcelona 1990, pp. En parecidos términos se han pronunciado, entre otros, HEINE, “Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, (DE LA CUESTA AGUADO trad.), ADPCP 1993, pp. 299 ss, quien destaca como la protección penal del medio ambiente precisa la utilización de “*tipos normativos abiertos, no definidos*”; PÉREZ DEL VALLE, RPJ (43-44) 1996, pp. 69 ss.

2.1. En primer lugar, porque constituye la técnica legislativa más respetuosa con el principio de unidad del ordenamiento jurídico, por cuanto evita las contradicciones entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico, reduciendo así las posibilidades de que el primero prohíba conductas ya permitidas por las segundas¹⁸³. Lo cual, en última instancia, garantiza la no conculcación del principio de seguridad jurídica y una mayor eficacia a la intervención penal en aquellos ámbitos ya protegidos por otros sectores del ordenamiento (Derecho administrativo, laboral, mercantil y civil)¹⁸⁴.

2.2. En segundo lugar, porque constituye el instrumento más apropiado para combatir la complejidad propia de aquellos sectores de actividad en los que inciden los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales (p.e. seguridad en el trabajo, medio ambiente, responsabilidad por el producto...),

¹⁸³ En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ GUITIÁN, "Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protección del ambiente", EPC (XIV) 1991, pp. 118 ss; HEINE, ADPCP 1993, p. 293. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, LL 1997-3, quien considera que esta contradicción entre el Derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico a que supuestamente conduce la adopción de un sistema de accesoriadad dependiente del Derecho administrativo podría ser "salvada" mediante la aplicación de los principios generales ("norma superior deroga a la inferior" o "norma especial deroga a norma general"), negando, incluso, que pueda darse dicha contracción, cuando el tipo penal exige junto a la conculcación de la norma administrativa protectora del medio ambiente la puesta en peligro concreto de los bienes jurídico-penales tutelados.

¹⁸⁴ Ahora bien, cabe precisar que la intervención penal en ámbitos como el medio ambiente, la seguridad en el trabajo, la responsabilidad por el producto..., depende, en gran medida, del grado de sistematización y concreción alcanzado en la normativa extra-penal en que la protección penal incide. Ello explica el por qué numerosos autores han puesto de relieve como el caos reinante en la normativa administrativa en materia de medio ambiente ha dificultado sobremanera la aplicación del delito ecológico y la interpretación de los diferentes elementos que lo conforman. En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ GUITIÁN, EPC (XIV) 1991, p. 132; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid 1992, p. 289.

En efecto, a mi juicio, la utilización de la ley penal blanco garantiza una rápida adaptación de los tipos penales a los permanentes cambios que el desarrollo tecnológico provoca en estos sectores de actividad, adecuando la conducta típica al estado de la ciencia y de la técnica vigente en cada momento histórico¹⁸⁵.

2.3. Y en tercer lugar, porque dicha técnica legislativa garantiza un mayor respeto de los principios político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad, puesto que al atribuir al Derecho penal un papel “accesorio”, y no principal en la protección de los bienes jurídico-penales supraindividuales, permite, únicamente, la incriminación de aquellas conductas especialmente graves para con los mismos, superando de esta forma las objeciones de los autores que deslegitiman la utilización de los “delitos de peligro” en el ámbito de los “nuevos riesgos”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Los delitos...”, p. 88; GONZÁLEZ GUTIÁN, EPC (XIV) 1991, pp. 117 ss, HEINE, ADPCP 1993, p. 300; DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp. 70 ss; PRATS CANUT/MARQUÈS I BANQUÉ/MORÁN MORA, *Derecho Penal Ambiental y Derecho Comunitario. La Directiva IP*, Pamplona 2002, p. 89.

¹⁸⁶ Ahora bien, en mi opinión, el concepto de accesoriadad del Derecho penal no debe entenderse en el sentido de subordinación al resto de ramas que conforman el ordenamiento jurídico, sino más bien en el sentido de “complementariedad”, de tal forma que el Derecho penal intervendría en aquellos casos en que los mecanismos extra-penales existentes no garantizan en su totalidad la protección del bien jurídico en cuestión. En este sentido, se pronuncia CORCOY BIDASOLO, en el prólogo a la obra *Derecho penal de la empresa*, (CORCOY BIDASOLO dir.), Pamplona 2002, p. 29, quien señala como el Derecho penal debe encontrar su propio ámbito en la protección de los llamados “nuevos riesgos”, debiendo intervenir en aquellos supuestos en los que “... **las otras ramas del Derecho afectadas no cubren la totalidad del desvalor de determinadas conductas**”.

2. Modelos de accesoriadad

1. Una vez expuestas las razones que justifican, en general, la utilización de la ley penal en blanco en la configuración de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales, pasaré a analizar, siquiera sea sucintamente, por qué el modelo de accesoriadad relativamente dependiente, como el representado por la ley penal en blanco garantiza, a diferencia de los modelos de accesoriadad totalmente dependientes e independientes, una mayor eficacia a la intervención penal, legitimando de esta forma el recurso a los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales.

2.1. Accesoriadad relativamente dependiente *versus* accesoriadad totalmente dependiente

1. En mi opinión, la elección de un modelo de accesoriadad relativamente dependiente de la normativa extra-penal como la ley penal en blanco cumple, a diferencia de la adopción de un sistema de accesoriadad totalmente dependiente de la misma¹⁸⁷, un importante papel en la legitimación de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales, por cuanto mientras en el primero la infracción de la normativa extra-penal constituye uno de los elementos típicos que, junto a la lesión del bien jurídico-penal protegido, deben concurrir para determinar su concurrencia¹⁸⁸, en el segundo,

¹⁸⁷ Para una detallada descripción de ambos sistemas de accesoriadad y las consecuencias jurídico-penales que comporta su adopción, *Vid.*, los excelentes trabajos de GONZÁLEZ GUITIÁN, EPC (XIV) 1991, pp. 119 ss; HEINE, ADPCP 1993, pp. 293 ss; DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp. 61 ss.

¹⁸⁸ Así, por ejemplo, la infracción de las disposiciones protectoras del medio ambiente o las normas de prevención de riesgos laborales constituyen una condición necesaria pero no

la infracción de la normativa extra-penal equivale a la comisión del delito, lo cual, *de facto*, comporta su deslegitimación. En efecto, la identificación del ilícito penal con la mera infracción de la norma extra-penal transforma a los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales en delitos de mera desobediencia administrativa y asigna al Derecho penal una simple función de “gendarme” de la legalidad extra-penal contraria a los principios político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad¹⁸⁹.

2.2. Accesoriedad relativamente dependiente *versus* accesoriedad totalmente independiente

1. Ahora bien, tampoco la asunción de un modelo de accesoriedad totalmente independiente de la normativa extra-penal¹⁹⁰ garantiza, a diferencia

suficiente para imputar, respectivamente, el delito contra el medio ambiente y el delito contra la seguridad en el trabajo. En este sentido, en relación al primero, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Los delitos...”, pp. 78 ss; GONZÁLEZ GUITIÁN, EPC (XIV) 1991, p. 121; HEINE, ADPCP 1993, p. 296; DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del ambiente...*, p. 76; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia 1999, p. 72.

¹⁸⁹ En este sentido, entre otros, HEINE, ADPCP 1993, pp. 294 ss; DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp. 73 ss; SILVA SÁNCHEZ, LL 1997-3, p. 1718, quien apunta como la identificación del delito ecológico con la mera infracción de los límites legales establecidos en la normativa administrativa, tal y como sostuvo en un principio algunas fiscalías, transformaría al Derecho penal en un “... *mero refuerzo sancionatorio... de normas primarias situadas fuera de su ámbito: el ilícito penal aparecería como ilícito de mera desobediencia...*”. Planteamiento al que se adhiere expresamente su discípula ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona 2001, p. 202.

¹⁹⁰ En este sistema las disposiciones penales describen de forma exhaustiva la conducta objeto de sanción, no remitiéndose a la normativa extra-penal aplicable. Esta técnica legislativa es la utilizada en Alemania en la art. 330 § StGB en el que se castiga la puesta en peligro grave del medio ambiente mediante la emisión de veneno.

de la utilización de la ley penal en blanco, una tutela eficaz de los bienes jurídico-penales supraindividuales. Y ello en base a los siguientes argumentos.

1.1. En primer lugar, porque los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales inciden, a diferencia de los delitos contra bienes jurídico-penales individuales, en sectores de actividad altamente complejos y sometidos a los continuos cambios derivados del desarrollo tecnológico, lo cual exige una permanente adaptación de la normativa al estado de la ciencia y de la técnica del momento. Esta adaptación sólo puede ser garantizada por la propia Administración, por cuanto esta última es la única que cuenta con los medios e información necesarios para delimitar, de forma precisa, el nivel de riesgo permitido¹⁹¹. En efecto, mientras que los ámbitos carentes de complejidad pueden ser delimitados por el legislador prescindiendo de la remisión a la normativa extra-penal, los sectores de actividad en los que la incidencia de la técnica es mayor (como sucede en el caso de la prevención de riesgos laborales, el medio ambiente, la responsabilidad por el producto...), requieren la ineludible participación de la Administración, por cuanto, no en vano, posee los instrumentos adecuados para ponderar los diferentes intereses concurrentes¹⁹².

1.2. En segundo lugar, porque los principios político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad exigen al Derecho

¹⁹¹ Sobre el protagonismo que, en general, adquiere la Administración en la delimitación del riesgo permitido y, en particular, el papel que cumple en la delimitación del riesgo permitido en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, *Vid., infra.* IV. 4.4.

¹⁹² En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ GUTIÁN, EPC (XIV) 1991, pp. 117 ss; DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del ambiente...*, p. 66.

penal que ocupe un lugar complementario, y consiguientemente, no preeminente, en la protección de aquellos sectores de actividad en los que existe una duplicidad sancionaria (seguridad en el trabajo, seguridad en el consumo, medio ambiente, seguridad en el tráfico...), incriminando, única y exclusivamente, las conductas especialmente graves para con los bienes jurídicos-penales tutelados¹⁹³. La consecución de esta función complementaria aconseja la adopción de un sistema de accesoriadad limitada en lugar de la asunción de un sistema de accesoriadad independiente, por cuanto, el primero, a diferencia del segundo, facilita una mejor coordinación e integración con la normativa extra-penal existente.

1.3. En tercer lugar y, en relación con lo anterior, porque un sistema de accesoriadad independiente del Derecho penal si algo asegura es, precisamente, la ineficacia de la intervención penal en la protección de los bienes jurídico-penales supraindividuales, puesto que la remisión a la normativa extra-penal es reemplazada por la adopción de una serie de cláusulas incriminadoras, totalmente indeterminadas, que pueden conducir a la expansión, sin límites, del Derecho penal. O a todo lo contrario, a la incriminación de aquellas conductas en torno a las que existiera un amplio consenso social acerca de su lesividad, lo cual, posiblemente, conduciría a castigar, únicamente, aquellos comportamientos potencialmente lesivos para con los bienes jurídico-penales individuales (vida, integridad física o salud),

¹⁹³ En este punto algunos autores han señalado que la legitimación de la protección penal del medio ambiente pasa necesariamente por la asignación al mismo de un papel secundario y auxiliar, por cuanto, de lo contrario se olvidaría que dicha protección es dispensada, básicamente, por la propia Administración a través del ejercicio de sus potestades de supervisión y control. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, "Los delitos...", p. 81; DE LA MATA BARRANCO, *Protección Penal del ambiente...*, pp. 68 ss; SILVA SÁNCHEZ, LL 1997-3, p. 1715.

convirtiendo, de esta forma, a dichos tipos penales en delitos de peligro presunto o hipotético.

1.4. Y en cuarto lugar, porque la asunción de un sistema de accesoriadad totalmente independiente, podría derivar en la utilización de una técnica legislativa casuística que, además de originar numerosos problemas interpretativos y concursales, crea importantes lagunas de punibilidad en su afán incontrolado de prever las innumerables conductas susceptibles de lesionar los bienes jurídico-penales protegidos en el delito en cuestión¹⁹⁴.

2. Todas estas razones justifican la adopción de un sistema de accesoriadad relativamente dependiente de la normativa extra-penal y la utilización de la ley penal en blanco en la tipificación, en general, de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales y, en particular, en la configuración del delito contra la seguridad en el trabajo¹⁹⁵.

¹⁹⁴ En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 199 ss; LA MISMA, "Los delitos...", pp. 77 ss, quien pone de relieve los numerosos problemas que en el concreto ámbito de la protección penal del medio ambiente ha ocasionado la adopción de una técnica legislativa meramente casuística; HEINE, ADPCP 1993, p. 301, quien apunta como la adopción de un sistema de accesoriadad completamente independiente del Derecho administrativo, conduciría a la creación de leyes excesivamente rígidas y casuísticas.

¹⁹⁵ La doctrina señala de forma unánime que el delito contra la seguridad en el trabajo se configura como una ley penal en blanco. En este sentido, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 212 ss; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal...*, p. 634; SERRANO-PIEDRECASAS, RP (10) 2002, p. 95; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, pp. 79 ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp. 82 ss. Esta opinión es igualmente compartida por la jurisprudencia, entre otras, SSTS 26-07-00 (RJ. 2000\7920, PTE. SAAVEDRA RUIZ, FJ 2º); 29-07-02 (RJ. 2002\8826, PTE. GIMÉNEZ GARCÍA, FJ 3º); SSAP BALEARES 17-05-00 (ARP. 2000\2412, PTE. GÓMEZ-REINO DELGADO, FJ 2º); CUENCA 21-02-01 (ARP. 2001\214, PTE. PUENTE SEGURA, FJ 2º); TERUEL 27-09-02 (ARP. 2002\575, PTE. OCHOA FERNÁNDEZ, FJ 2º).

3. Justificación e importancia de la utilización de la ley penal en blanco en la configuración de la protección penal de la prevención de riesgos laborales

1. En efecto, a mi juicio, la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en la tipificación del delito contra la seguridad en el trabajo garantiza: **a)** una más adecuada delimitación del alcance y contenido del deber general de seguridad que recae sobre el empresario, en tanto potencial sujeto activo de dicho delito¹⁹⁶; **b)** la necesaria adaptación del tipo penal a los continuos cambios que el desarrollo tecnológico trae consigo en este sector de actividad¹⁹⁷; **c)** un mayor respeto de los principios político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad y, consecuentemente, **d)** una mayor eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en la medida en que, junto a la infracción de las normas de prevención, es preciso que, como consecuencia del incumplimiento de la obligación de facilitar los medios de seguridad necesarios, se lesione el bien jurídico-penal supraindividual, seguridad y confianza en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro del riesgo permitido y se ponga en concreto peligro la vida, integridad física o salud de los trabajadores¹⁹⁸.

¹⁹⁶ En este sentido, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 344; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte Especial...*, p. 537; PÉREZ MANZANO, RL 1997-I, p. 297; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 83.

¹⁹⁷ En este sentido, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 220.

¹⁹⁸ Al igual que sucede, por ejemplo, en el delito ecológico en la que la conducta contaminante no sólo ha de infringir las normas protectoras del medio ambiente, sino que ha de comportar una afectación del equilibrio de los sistemas naturales y/o una puesta en peligro de la vida, integridad física o salud de las personas. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 123; GONZÁLEZ GUITIÁN, EPC (XIV) 1991, pp. 121 ss; DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente...*, pp. 73 ss; RODRÍGUEZ

2. Así mismo, la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en la configuración del delito contra la seguridad en el trabajo, resulta especialmente importante porque obliga al intérprete jurídico-penal a remitirse a la normativa extra-penal en materia de prevención de riesgos laborales para delimitar los diferentes elementos que lo conforman:

a) En primer lugar, deberemos acudir al ordenamiento jurídico-laboral para determinar las normas que tienen por objeto la protección de la prevención de riesgos laborales (*“infracción de las normas de prevención de riesgos laborales”*)

b) En segundo lugar, deberemos remitirnos a la normativa extra-penal para concretar las diferentes obligaciones en que se concreta el denominado deber general de seguridad impuesto al “empresario”¹⁹⁹

c) En tercer lugar, la normativa extra-penal nos ayudará a delimitar los sujetos sobre los que recae el deber general de seguridad, cuestión ésta que resulta especialmente relevante a los efectos de fijar el círculo de posible autores a los que imputar el delito contra la seguridad en el trabajo (*“los que estando legalmente obligados”*)²⁰⁰.

RAMOS, *Secundariedad del Derecho penal económico*, Madrid 2001, pp. 11 ss; SILVA SÁNCHEZ, LL 1997-3, pp. 1715 ss.

¹⁹⁹ Deber que, como expondré, adquiere una especial importancia en el presente trabajo, por cuanto constituye el presupuesto sobre el que se construye la conducta típica, esto es, el deber de seguridad típicamente (*“no faciliten los medios de protección necesarios”*). Sobre esta cuestión *Vid., infra*. V. 3.

²⁰⁰ Sobre esta cuestión *Vid., infra*. VII.

d) En cuarto lugar, la normativa extra-penal nos servirá para determinar los diferentes “deberes” que impone el ordenamiento jurídico-laboral al trabajador en materia de prevención de riesgos laborales, “deberes” que adquieren un especial protagonismo a la hora de imputar la puesta en peligro concreto de la vida, integridad física y salud, y lo que resulta más importante, la muerte o lesión del trabajador a su propia conducta imprudente.

4. Delimitación jurídico-penal del término “*infracción de las normas de prevención*”

4.1. Introducción

1. La utilización de la ley penal en blanco en la configuración del delito contra la seguridad en el trabajo ha traído consigo, como primera consecuencia, el que únicamente puedan castigarse aquellas omisiones de las medidas de seguridad que, poniendo en peligro grave la vida, integridad física y salud de los trabajadores, infrinjan “*las normas de prevención de riesgos laborales*”. Circunstancia ésta que “obliga” al intérprete jurídico-penal a remitirse, en general, a la normativa extra-penal y, en particular, al art. 1.1 LPRL²⁰¹, a fin de concretar las normas que abarca dicho término.

²⁰¹ Artículo cuyo tenor es el siguiente: “*la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito*”.

2. Partiendo de esta premisa, en mi opinión, el intérprete jurídico-penal ha de hacerse las siguientes preguntas: **a)** ¿toda conculcación formal de una norma de prevención es susceptible de integrar dicho elemento típico?; **b)** ¿qué incidencia tiene la normativa comunitaria en la delimitación de las normas de prevención susceptibles de ser infringidas y en qué medida puede fundamentarse o agravarse la responsabilidad penal en este ámbito a partir de las directivas no transpuestas por el Estado español?; **c)** ¿infringe el principio de legalidad penal el hecho de que la Administración pueda delimitar uno de los elementos del tipo contenido en el art. 316 CP por medio de la potestad reglamentaria?; **d)** ¿en qué medida resulta legítimo que los sindicatos y patronales delimiten a través de la negociación colectiva uno de los elementos del tipo previsto en los arts. 316 y ss CP?; **e)** ¿qué alcance jurídico-penal poseen las denominadas normas técnicas de industria en tanto normas “*susceptibles*” de producir efectos en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, y en qué medida no constituyen una cesión de la función delimitadora del riesgo permitido a instancias de carácter privado carentes de legitimación democrática? Preguntas todas ellas a las que intentaré dar una respuesta en los siguientes apartados.

4.2. El bien jurídico-penalmente protegido como criterio restrictivo de interpretación del elemento “*infracción de las normas de prevención*”

1. Con respecto a la cuestión de cuáles son las normas de prevención de riesgos cuya infracción determina la concurrencia del primero de los elementos típicos que integran el delito contra la seguridad en el trabajo, entiendo que es necesario restringir su alcance utilizando el bien jurídico-

penal protegido como criterio rector de interpretación²⁰². En efecto, atendiendo al bien jurídico protegido como criterio restrictivo de interpretación de los elementos típicos, considero que no toda infracción de las normas de prevención puede determinar la relevancia jurídico-penal de la conducta, sino únicamente aquellas conculcaciones susceptibles de lesionar el bien jurídico supraindividual, seguridad y confianza en el mantenimiento de los riesgos laborales y los bienes jurídicos individuales, vida, integridad física y salud.

En parecidos términos se expresa la STS 29-07-02 (RJ. 2002\8826, PTE. GIMÉNEZ GARCÍA) en cuyo FJ 3º se afirma: “... *no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque esta exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en «peligro grave su vida, salud o integridad física» la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo. Otra concepción en la línea de bastar para la integración del tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica. En definitiva podemos concluir que la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro. Se está en consecuencia ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido*

²⁰² Planteamiento que se enmarca en la línea de aquellos autores que sostienen la necesidad de utilizar el bien jurídico protegido como garantía de una interpretación de los tipos penales acorde con los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y *ultima ratio*. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 205; SILVA SÁNCHEZ, “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, en *Derecho de la circulación (aspectos civiles y penales)* Madrid 1993, pp. 151 ss.

en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores”.

2. Así, por ejemplo, la infracción de las obligaciones que, en materia de documentación y notificación, impone la normativa extra-penal al “empresario” (art. 23 LPRL) no pueden integrar, de forma automática, dicho elemento típico, en la medida en que carecen de virtualidad suficiente para lesionar los bienes jurídico-penales protegidos en el delito contra la seguridad en el trabajo. De la misma manera que no toda infracción de la normativa extra-penal en materia medioambiental puede integrar, automáticamente, el elemento típico “*contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*” en el marco del delito ecológico previsto en el art. 325 ss CP²⁰³.

²⁰³ En este sentido, entre otros, BLANCO LOZANO, *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada 1997, p. 157 ; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal...*, p. 81; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra...*, pp. 63 ss.

4.3. Normativa comunitaria y prevención de riesgos laborales

4.3.1. Introducción

1. En el presente apartado abordaré dos cuestiones íntimamente relacionadas. En primer lugar, analizaré la influencia que ha ejercido el Derecho comunitario en la construcción del sistema extra-penal de protección de la prevención de riesgos laborales, prestando especial atención tanto a los preceptos que sobre esta materia se introdujeron en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, como a la tarea armonizadora emprendida mediante el instrumento normativo más utilizado en su desarrollo, las Directivas comunitarias²⁰⁴. Y, en segundo lugar, examinaré el modo en que ha incidido el Derecho comunitario en la configuración de uno de los elementos que integran el delito contra la seguridad en el trabajo: “*infracción de las normas de prevención*”.

2. Sin embargo, antes de proceder a analizar, siquiera sea someramente, las disposiciones relativas a la prevención de riesgos laborales recogidas en el denominado Derecho comunitario originario, quisiera dar una respuesta a una cuestión previa: ¿por qué una organización cuya finalidad principal era de carácter económico y comercial desarrolló una normativa en materia de prevención de riesgos laborales? La razón última se encuentra en la necesidad de eliminar todos los obstáculos que pudieran entorpecer el establecimiento

²⁰⁴ En este sentido, basta realizar una atenta lectura de la Exposición de motivos de la LPRL para comprobar que la normativa comunitaria constituye, junto a los arts. 15 y 40.2 CE, uno de los pilares sobre los que se ha construido el sistema extra-penal de protección de la prevención de riesgos laborales diseñado por nuestro legislador ordinario.

del incipiente espacio económico europeo. En efecto, la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de prevención de riesgos laborales resultaba crucial para evitar que las empresas ubicadas en los países con una normativa más exigente en dicho ámbito asumieran unos mayores costes de producción y, consiguientemente, perdieran competitividad con respecto a aquellas otras empresas radicadas en Estados en los que se disfrutara de una legislación más permisiva en materia de prevención de riesgos laborales²⁰⁵.

4.3.2. La prevención de riesgos laborales en el marco de los Tratados constitutivos de la Unión Europea

1. En los textos originarios de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas se introdujeron tres disposiciones en relación a la prevención de riesgos laborales

1.1. En el marco del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCCE), los Estados miembros asumieron el compromiso de “*promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores*” (art. 117 TCCE), encomendando a la Comisión el desarrollo, en colaboración con los Estados miembros, de la “*protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y la higiene en el trabajo*” (art. 118 TCCE)²⁰⁶.

²⁰⁵ En este sentido, entre otros, ABENGÓZAR MUÑOZ, “La ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales: el resultado de la transposición de las directivas comunitaria”, RPJ (51) 1998, p. 443; PURCALLA BONILLA, *Autonomía...*, p. 116; TOROLLO GONZÁLEZ, “Armonización de la seguridad y la salud laboral en el marco de la Unión Europea”, en *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid 1999, pp. 227 ss.

²⁰⁶ En este sentido, entre otros, MONTOYA MELGAR/PIZÁ GRANADOS, *Curso...*, p. 41; PÉREZ ALENCART, *El Derecho Comunitario europeo de la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid 1993, p. 39.

1.2. En el marco Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCCECA), las instituciones europeas asumieron la función de “*promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso...*” (art. 3 e TCCECA), asignando a la Comisión la tarea de fomentar la realización de investigaciones de carácter técnico y económico en relación a la seguridad en el trabajo en dichas industrias²⁰⁷.

1.3. En el marco del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCCEEA), la Comunidad Europea asumió el compromiso de establecer una normativa básica encaminada a la protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las radiaciones ionizantes, prestando una especial atención a la fijación de los niveles mínimos y máximos de exposición y a los principios fundamentales en relación a la vigilancia de la salud de los trabajadores (arts 2.b y 30 TCCEEA).

2. Ahora bien, el texto constitutivo que, sin lugar a dudas, ha contribuido en mayor medida a desarrollar la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo es el Acta Única Europea (AUE). Y ello por dos motivos: **a)** en primer lugar, porque dicho texto contempló, de forma expresa, la necesidad de proteger la seguridad y salud de los trabajadores como uno de los objetivos principales de la política social; **b)** en segundo

²⁰⁷ En este sentido, entre otros, ABEZÓNZAR MUÑOZ, RPJ (51) 1998, p. 467; GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Barcelona 1996, p. 170.

lugar, y especialmente, porque perfeccionó el procedimiento de armonización de las legislaciones estatales en dicha materia. En efecto, la introducción del art. 118 A) en el AUE marcó un antes y un después en la aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en la medida en que modificó el régimen de aprobación de las Directivas, pasando, de esta forma, de la unanimidad de los miembros del Consejo a la mayoría cualificada de los mismos²⁰⁸.

3. Por su parte, tras la aprobación del AUE, tres son los actos que a nivel comunitario han tenido cierta trascendencia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

3.1. En primer lugar, la aprobación de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989)²⁰⁹, en la que se incluyó, con carácter general, el derecho del trabajador a disfrutar en su puesto de trabajo de unas condiciones satisfactorias en materia de seguridad y salud, prestando especial atención a su formación, información y participación en

²⁰⁸ Varios son los autores que han puesto de relieve la importancia que en su momento tuvo la introducción del sistema de mayoría cualificada en el desarrollo del marco protector en materia de prevención de riesgos laborales. En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, "El marco normativo de la seguridad y la salud laboral", en *Estudio de la prevención de riesgos laborales*, (AGUSTÍ JULIÁ dir.), CDJ Madrid 1999, p. 22; TORROLLO GONZÁLEZ, "Armonización...", p. 280.

²⁰⁹ Este instrumento, pese a carecer de eficacia vinculante para los Estados miembros y los particulares, tiene un enorme significado político no sólo porque equipara los aspectos sociales a los aspectos estrictamente económicos, sino, especialmente, porque supone el reconocimiento a nivel comunitario de una serie de derechos sociales ya aceptados en el seno de los países miembros. En este sentido, entre otros, MONEREO PÉREZ, "La carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores", (II) REDT (57), pp. 57 ss; TORROLLO GONZÁLEZ, "Armonización...", pp. 284.

relación a los riesgos laborales y a las medidas de seguridad a adoptar a fin de eliminarlos, o cuanto menos, controlarlos (punto 19)²¹⁰.

3.2. En segundo lugar, el Tratado de Niza²¹¹, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, en el que se han previsto, entre las materias sujetas al procedimiento de aprobación por mayoría cualificada de los miembros del Consejo, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores y la mejora de las condiciones de trabajo, información y consulta de los trabajadores²¹² (art. 137.1 a.).

3.3. En tercer lugar, resulta fundamental en este punto, el “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”²¹³, en el que se establece el derecho que tiene todo trabajador a trabajar en unas condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad (art. II-31), prestando una especial atención a los trabajadores menores de edad (art. II-32) y en el que la Unión Europea asume el compromiso de apoyar y complementar la acción de los

²¹⁰ Estos objetivos fueron concretados en el Cuarto Programa de Acción en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (1996-2000).

²¹¹ Aprobado en Niza el día 23 de febrero de 2001.

²¹² Así como la igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo entre hombres y mujeres y la integración de las personas excluidas del mismo.

²¹³ Adoptado por consenso en las Convenciones Europeas celebradas en Laeken (Bélgica) el día 13 de junio de 2003 y en Salónica (Grecia) el día 10 de julio de 2003 y presentada al Consejo de Europa el día 18 de julio de 2003 en Roma.

Estados miembros en la mejora del entorno de trabajo con el fin de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores (art. III-104).

4. Sin embargo, si hay un instrumento normativo que ha adquirido un destacado protagonismo en el desarrollo de la prevención de riesgos laborales es la Directiva. La razón última que explica su utilización en detrimento del Reglamento se encuentra en el hecho de que la Directiva constituye el instrumento más idóneo para lograr la aproximación legislativa en aquellas materias que, como sucede en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, no han sido atribuidas en exclusiva a la Unión Europea²¹⁴. En efecto, mientras que el Reglamento permite la unificación del Derecho comunitario en relación a las materias cuya competencia asume la Unión Europea en exclusiva, la Directiva garantiza la armonización de las legislaciones estatales en aquellos sectores en los que los Estados comparten la competencia con las instituciones comunitarias.

5. Al constituir la protección de la seguridad y salud una competencia compartida, la aproximación de las legislaciones estatales resulta imprescindible para garantizar la libre competencia en el territorio comunitario, en la medida en que la existencia de una divergencia sustancial en este ámbito podría acabar primando a las empresas sitas en los países con unos niveles de seguridad menos exigente, en detrimento de las empresas ubicadas en los Estados con unos estándares de protección más elevados.

²¹⁴ En este sentido, entre otros, MILLÁN MORO, *La armonización de legislaciones en la CEE*, Madrid 1986, pp. 20 ss; ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Madrid 1994, p. 224; MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, (2ª ed) Madrid 1999, p. 186.

4.3.3. Incidencia del Derecho comunitario en la protección penal de la seguridad en el trabajo. Especial atención a las Directivas no transpuestas por el Estado español

1. Ahora bien, el Derecho comunitario no sólo ha ejercido una notable influencia en la construcción del sistema extra-penal de la prevención de riesgos laborales, sino también en la interpretación de los elementos que conforman el delito contra la seguridad en el trabajo. En efecto, pese a que la doctrina jurídico-penal señala, de forma unánime, que la Unión Europea carece de competencias legislativas en el ámbito penal²¹⁵, ello no ha impedido que las normas emanadas de la misma hayan incidido, de forma diversa, en el contenido e interpretación de los tipos penales incluidos en los ordenamientos internos de los Estados miembros. Y esto es precisamente lo que sucede en el ámbito del delito contra la seguridad en el trabajo, donde la utilización de la ley penal en blanco en su configuración y la atribución de competencia a la Unión Europea en materia de protección de la seguridad y salud de los

²¹⁵ En este sentido, entre otros, CUERDA RIEZU, “¿Ostentan *ius puniendi* las Comunidades Europeas?”, LH-TIEDEMANN, Madrid 1995, pp. 622 ss; FERRÉ OLIVÉ, “Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas”, CPC (48), 1992, pp. 815 ss; GRASSO, *Comunidades Europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, (GARCÍA RIVAS trad.), Albacete 1984, pp. ; DE LA MATA BARRANCO, “El papel del Derecho penal para la correcta aplicación de la normativa ambiental comunitaria”, en *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*, (GARCÍA URETA ed.), Oñati 1998, pp. 239 ss; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, “La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales”, LL 1995-2, pp. 940 ss; MESTRE DELGADO, “El derecho penal de la Unión Europea”, LH-BERISTAIN, San Sebastián 1989, p. 576; NIETO MARTÍN, *Fraudes Comunitarios. Derecho Penal Económico Europeo*, Barcelona 1996, pp. 243 ss; RIZ, *Diritto penale e Diritto comunitario*, Padua 1984, pp. 5 ss.

trabajadores ha condicionado la interpretación de uno de sus elementos típicos: “la infracción de las normas de prevención”²¹⁶.

2. En efecto, el recurso a la ley penal en blanco constituye, junto a la asimilación y la integración, uno de los instrumentos mediante los que la normativa comunitaria incide en la legislación penal de los Estados miembros. En el origen de esta incidencia se encuentran dos de los principios sobre los que se construye la relación entre el Derecho comunitario y los Derecho nacionales: los principios de eficacia directa y primacía del Derecho comunitario²¹⁷. La importancia de ambos principios en el marco de la cuestión aquí analizada exige siquiera una breve descripción de los mismos.

3. El principio de eficacia directa significa que el Derecho comunitario genera derechos y obligaciones en la esfera de los particulares susceptibles de ser invocados ante las autoridades públicas (administrativas y judiciales), derechos que estas últimas tienen la obligación de salvaguardar²¹⁸. La eficacia directa se predica por igual con respecto a todas las normas, y

²¹⁶ Es más, la normativa comunitaria podría acabar influyendo sobre propios delitos y/o faltas de homicidio y lesiones imprudentes, en la medida en que dichas normas pueden contener “reglas técnicas” que si bien no pueden incidir, de forma directa, en la configuración del deber objetivo de cuidado propio del tipo imprudente, sí que pueden hacerlo, de forma indirecta, al constituir su infracción uno de los indicios sobre la que podría fundamentarse la imputación del resultado de muerte y/o lesión a título imprudente. En este sentido, entre otros, NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 271.

²¹⁷ En este sentido, entre otros, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, LL 1995-2, pp. 948 ss; DE LA MATA BARRANCO, “El papel...”, pp. 250 ss; PRATS CANUT/MARQUÈS I BANQUÈ/MORÁN MORA, *Derecho Penal Ambiental...*, pp. 127 ss.

²¹⁸ En este sentido, entre otros, en la doctrina comunitaria, MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, pp. 198 ss; en la doctrina penal, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, “El papel...”, pp. 250 ss. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, LL 1995-2, pp. 948 ss, NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, pp. 245 ss.

consiguientemente, también en relación a las normas penales, tal y como puso de relieve el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en el asunto “SAIL”²¹⁹. Ahora bien, para que una norma comunitaria goce de eficacia directa es preciso que concurren los siguientes requisitos: **a)** que establezca derechos y obligaciones a favor o a cargo de los particulares; **b)** que la norma en cuestión sea “clara y precisa”, en el sentido de que prevea una obligación desprovista de ambigüedades; y, **c)** que su mandato sea incondicional, es decir, que no deje a los Estados un margen de discrecionalidad en su aplicación y que no esté sometida a plazo o reserva alguno²²⁰.

4. En relación al alcance del efecto directo, distingue la doctrina: **a) el efecto directo vertical** que hace referencia a la facultad del particular de hacer valer el derecho que le reconoce la concreta disposición considerada frente a los Estados miembros; **b) efecto directo vertical inverso** que alude a la posibilidad del Estado miembro de oponer la disposición comunitaria frente a los particulares; y, **c) efecto directo horizontal** que hace referencia a la posibilidad de invocar la disposición comunitaria en las relaciones entre los particulares.

²¹⁹ STJCE 21-03-72 (ASTO. “SAIL” 82/71, REC. pp. 119 ss), en cuyo apartado 5º se afirmó “*la eficacia del Derecho comunitario no puede variar según los diversos sectores del derecho nacional en los cuáles éste pueda desplegar sus efectos*”.

²²⁰ En este sentido, entre otros, en la doctrina comunitaria, MANGAS MARTÍN/LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones...*, pp. 200 ss; en la doctrina penalista, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, “El papel...”, p. 250; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 246.

5. Por último, en relación a las normas que poseen eficacia directa, es necesario diferenciar el llamado Derecho comunitario originario (disposiciones contenidas en los Tratados), del denominado Derecho comunitario derivado (los reglamentos y las directivas), por cuanto mientras las disposiciones contenidas en los Tratados y los Reglamentos, gozan de plena eficacia directa (vertical, inversa y horizontal), siempre y cuando cumplan las condiciones antes reseñadas, las Directivas, en tanto instrumentos dirigidos a los Estados miembros, únicamente, pueden ser invocadas una vez transcurrido el período de transposición y solamente en aquellos supuestos en que el Estado no haya procedido a su transposición o lo haya hecho de forma incompleta o incorrecta. Además el TJCE ha limitado su eficacia al plano vertical, negando, de forma expresa, la posibilidad de su invocación en el plano vertical inverso y horizontal²²¹, lo cual significa que sólo puede invocarse por los particulares contra el Estado no cumplidor.

6. Por su parte, el **principio de primacía del Derecho comunitario** hace referencia al hecho de que en caso de conflicto entre una norma comunitaria y una interna, los Tribunales nacionales deben inaplicar esta última de oficio, no debiendo esperar ni solicitar su eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional de carácter interno. Este principio constituye una manifestación del carácter autónomo del que goza el Derecho comunitario y se extiende, a diferencia del principio de

²²¹ En relación a la cuestión de la negación del efecto vertical inverso a las disposiciones de una Directiva, resultan especialmente importantes las SSTJCE 5-04-79 (ASTO. "RATTI", 148/78, REC. pp. 1629 ss y 17-10-86, ASTO. "PRETORE DI SALÓ", 15/86, REC. pp. 2545), resoluciones ambas en las que se suscita la problemática relativa a la posibilidad de fundamentar o agravar la responsabilidad penal en base a una directiva no transpuesta por el Estado que, a su vez, pretende su aplicación.

eficacia directa, a todas las disposiciones del ordenamiento comunitario y todas las normas internas de los Estados miembros, incluidas las leyes posteriores a la disposición comunitaria en cuestión y las normas de rango constitucional²²². Esta primacía se predica igualmente con respecto a la legislación penal, de tal forma que, en aquellos supuestos en que una norma penal entre en conflicto con una norma comunitaria, el juez penal no podrá aplicar la primera en detrimento de la segunda²²³.

7. Pues bien, como consecuencia de la aplicación de los principios de eficacia directa y primacía del Derecho comunitario, las normas emanadas de las instituciones europeas pueden incidir en las legislaciones penales a través de dos vías: **a)** en primer lugar, inaplicando aquellos preceptos penales que, al incidir en materias en que es competente la Unión Europea, impidan o dificulten la consecución de los fines comunitarios; y, **b)** en segundo lugar, integrando en la norma comunitaria, los tipos penales que, como el delito contra la seguridad en el trabajo, son configurados por medio de la técnica legislativa de la ley penal en blanco²²⁴. Integración esta que suscita una

²²² En este sentido, entre otras, las SSTJCE 15-07-64 (ASTO. “COSTA C. ENEL”); 17-12-70 (ASTO. “INTERNATIONALE HANDELSGESELLSCHAFT, 11/70, REC. pp. 1125 ss) y 9-03-78 (ASTO. “SIMMENTHAL”, 106/77, REC. pp. 629 ss).

²²³ En este sentido, entre otros, DE LA MATA BARRANCO, “El papel...”, pp. 250 ss; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, LL 1995-2, pp. 953 ss; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, pp. 246 ss.

²²⁴ En este sentido, entre otros, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal”, en *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, (PICÓ LORENZO dir.), CDJ Madrid 1997, pp. 454 ss; CUERDA RIEZU, LH-TIEDEMANN, pp. 626 ss; DE LA MATA BARRANCO, “El papel...”, pp. 285 ss; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, LL 1995-2, pp. 958 ss; PRATS CANUT/MARQUÈS I BANQUÉ/MORÁN MORA, *Derecho Penal Ambiental...*, pp. 132 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra...*, pp. 60 ss; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “El delito ecológico: análisis de la praxis

especial problemática en relación a las Directivas no transpuestas por el Estado, por cuanto, a diferencia de las disposiciones contenidas en los Tratados y los Reglamentos, las primeras no pueden ser opuestas por el Estado en sus relaciones con los particulares, esto es, carecen de eficacia directa inversa. Cuestión esta última de la que pueden derivarse consecuencias en el marco de la protección penal de la seguridad en el trabajo, tal y como puede comprobarse a través del siguiente ejemplo:

La Comisión dicta una nueva directiva en la que establece unos niveles de exposición de los trabajadores a ciertos productos tóxicos más rigurosos que los recogidos en la normativa reglamentaria nacional. Tras una visita de la Inspección de Trabajo observa que si bien el empresario ha respetado, minuciosamente, los baremos estatales, no ha cumplido, contrariamente, los establecidos en la Directiva todavía no transpuesta por el Estado español. Al determinar que ello, reviste indicios de delito, eleva el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, imputándole al “empresario” un delito contra la seguridad en el trabajo, al considerar que dicho incumplimiento ha puesto en grave peligro la vida, integridad y salud de los trabajadores.

8. Este ejemplo plantea al intérprete jurídico-penal la siguiente pregunta: ¿puede fundamentarse o agravarse la responsabilidad penal del empresario en base a la infracción de unos niveles de seguridad impuestos en una directiva todavía no transpuesta por el Estado al ordenamiento español? Pues bien, al respecto entiendo que las disposiciones de una Directiva no transpuesta por el Estado no pueden integrar el elemento típico “*infracción de las normas de prevención*” y, consiguientemente, fundamentar en base a ella

judicial”, RGD (608) 1995, pp. 4822 ss; VERGUER NOGUERA, “La incidencia del Derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente”, AP 1994-1, pp. 233 ss.

la responsabilidad penal de dicha conducta, por cuanto, si bien el TJCE ha admitido la posibilidad de que los particulares invoquen frente al Estado los derechos reconocidos en una Directiva no transpuesta o transpuesta incorrectamente, ha negado, por el contrario, la posibilidad de que el Estado oponga a los particulares las disposiciones de una Directiva no transpuesta por él.

9. En efecto, tal y como señaló el TJCE en su sentencia de 11-06-87 (ASTO. “PRETORE DI SALÓ”), en la medida en que las Directivas tienen como destinatario a los Estados y no a los particulares, únicamente pueden oponerse en relación a estos últimos, una vez, han sido integradas en el ordenamiento jurídico nacional mediante el correspondiente acto de transposición²²⁵. De ahí que la doctrina jurídico-penal únicamente admita, y con razón, la integración de la normativa estatal por medio de las disposiciones de una Directiva no transpuesta en los supuestos en que ello permita una exoneración o una atenuación de la responsabilidad penal impuesta al sujeto²²⁶.

²²⁵ La aplicación a los particulares de las directivas no transpuestas por el Estado no sólo constituiría un flagrante supuesto de actuación en contra de los propios actos (el denominado efecto *stoppel*), sino que resultaría contraria al espíritu de la doctrina de la eficacia directa de las Directivas, en la medida en que una doctrina elaborada para beneficiar a los particulares frente a la pasividad estatal, sería utilizada, además por el Estado, para fundamentar, nada más y nada menos, que la imposición de una sanción penal. En este sentido, entre otros, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “Complementariedad...”, p. 459; GONZÁLEZ ORTEGA/CARRERO DOMÍNGUEZ, “Normativa en materia de prevención de riesgos laborales y delitos contra la seguridad en el trabajo”, en *Derecho Penal de la Empresa*, (CORCOY BIDASOLO dir.), Pamplona 2002, pp. 504 ss; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, pp. 258 ss; PRATS CANUT/MARQUÈS I BANQUÉ/MORÁN MORA, *Derecho Penal Ambiental...*, pp. 145 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra...*, p. 61; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, RGD (608) 1995, p. 4823.

²²⁶ En este sentido, entre otros, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “Complementariedad...”, p. 457; DE LA MATA BARRANCO, “El papel...”, pp. 288 ss; MATEOS-RODRÍGUEZ ARIAS, LL 1995,

10. Es más, la doctrina jurídico-penal se ha mostrado contraria a la posibilidad de que, en cumplimiento de la obligación de interpretar las normas penales a la luz del texto y la finalidad de las disposiciones de una directiva carente de eficacia directa²²⁷, se pueda fundamentar o agravar una responsabilidad penal que de lo contrario no existiría, por cuanto ello supondría una flagrante violación del principio de legalidad en sus aspectos de la prohibición de analogía *in malam partem* y de la irretroactividad penal de las normas penales desfavorables²²⁸. Ciertamente, en este punto, la doctrina, de forma unánime, se ha mostrado favorable a la posibilidad de interpretar la norma penal a la luz de las Directivas sólo en aquellos supuestos en que, a través de la misma, se impida la condena o se atenúen sus consecuencias²²⁹.

pp. 962 ss; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, pp. 260 ss; PRATS CANUT/MARQUÈS I BANQUÉ/MORÁN MORA, *Derecho Penal Ambiental...*, pp. 150 ss.

²²⁷ Bien por carecer de un contenido lo suficientemente claro e incondicional o bien por no haber transcurrido todavía el plazo de ejecución impuesto al Estado para llevar a cabo su transposición.

²²⁸ En este sentido, entre otros, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Complementariedad...", p. 458; DE LA MATA BARRANCO, "El papel...", pp. 289 ss; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, LL 1995-2, pp. 962 ss; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, pp. 260 ss.

²²⁹ Doctrina que fue desarrollada en la STJCE 8-10-87, (ASTO. "KOLPINGHUIS NIJMEGEN", 80/86, REC. pp. 3986 ss) en la que el alto Tribunal europeo descartó la posibilidad que "... una directiva no actuada pueda comportar una modificación en sentido desfavorable para el individuo de la interpretación de preexistentes disposiciones discriminadoras".

4.4. Potestad reglamentaria y “creación de espacios de riesgo permitido” por parte de la Administración

4.1. Introducción

1. Otra de las contrapartidas que, en general, trae consigo la utilización de la ley penal en blanco en la configuración de los distintos tipos que conforman el llamado Derecho penal accesorio es la posibilidad que se ha brindado a la Administración de delimitar, por medio de la potestad reglamentaria, las conductas que adquieren relevancia jurídico-penal²³⁰. En efecto, si bien, como ya he expuesto, dicha técnica legislativa se erige en el mejor instrumento para garantizar una rápida adaptación de los tipos penales a los cambios derivados del desarrollo tecnológico, no hay que olvidar que también posibilita la creación de espacios de riesgo permitido por parte de la Administración. Posibilidad que, en opinión de algunos autores, no sólo resta eficacia a la intervención penal en ámbitos como el medio ambiente, sino que constituye una flagrante conculcación del principio de legalidad²³¹.

²³⁰ En este sentido, se han pronunciado, entre otros, CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, “Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal (Comentario a la STC 177/1999), AP 2000-1, pp. 171 ss; ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad...*, p. 205 s; PRATS CANUT/MARQUÈS I BANQUÉ/MORÁN MORA, *Derecho Penal Ambiental...*, p. 89; SILVA SÁNCHEZ, LL 1997-3, p. 1718; EL MISMO, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona 1999, pp. 19 ss; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases...*, p. 65. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, RPJ (64) 2001, p. 90, en relación a la protección penal de la seguridad en el trabajo. En parecidos términos, se ha expresado la jurisprudencia, entre otras, la SAP BARCELONA 18-02-02 (ARP. 2002\629, PTE. GALLEGO SOLER) en la que se afirma textualmente lo siguiente “.... *De este modo, lo que es una Ley penal en blanco, con lo que ello supone de facultación a las Administraciones públicas para concretar el margen de riesgo permitido y establecer estándares objetivos de cuidado...*” (FJ 8º).

²³¹ En este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, LL 1997-3, p. 1719.

2. Ciertamente, en su opinión, se le resta eficacia a la protección penal del medio ambiente porque no es posible incriminar las conductas que, siendo especialmente lesivas para el equilibrio de los ecosistemas, no han sido previamente prohibidas por la Administración. Y se infringe el principio de legalidad, en la medida en que la ponderación previa a la delimitación de las conductas penalmente desvaloradas no es realizada por el órgano que garantiza una mayor imparcialidad, el poder legislativo, sino por un órgano que en muchas ocasiones es “juez y parte”, el poder ejecutivo²³². Razonamientos ambos que, siendo ciertos, requieren de alguna matización.

3. Así, con respecto al primero, entiendo que es preciso destacar, en la línea apuntada por CORCOY BIDASOLO, que la infracción de la norma extra-penal en el ámbito del delito ecológico, además de aportar una mayor seguridad jurídica, constituye un indicio y no un elemento fundamentador del injusto, por medio del que se limitan los supuestos en que es posible el castigo²³³. Y así mismo y sobre todo, no cabe olvidar que los reglamentos, órdenes ministeriales..., contrarios a una ley son nulos de pleno derecho, de la

²³² En este sentido, entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, “La ley alemana de reforma del Código penal para la lucha frente a la criminalidad contra el medio ambiente”, CPC (18) 1982, p. 661; ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad...*, pp. 205 ss; SILVA SÁNCHEZ, LL 1997-3, p. 1718, quienes destacan como la Administración, en el momento de proceder a la ponderación de los diferentes y contrapuestos, esto es, desarrollo económico *versus* protección del medio ambiente, puede verse sujeta a presiones por parte de los lobbys implicados.

²³³ Cfr., con carácter general, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 123, en particular nota 249. En relación a la protección penal del medio ambiente, LA MISMA, “Los delitos...”, pp. 88 ss.

misma forma que las autorizaciones administrativas que “permiten” contaminar por encima de los niveles legalmente establecidos²³⁴.

4. Por su parte, en relación al segundo de los argumentos esgrimidos, debe igualmente ponerse de relieve que la ley penal en blanco constituye la única técnica legislativa posible en aquellos ámbitos en que, como el medio ambiente, el desarrollo tecnológico es más abrumador y donde el concepto de “desarrollo sostenible” exige una adecuada ponderación de los diferentes intereses contrapuestos. Ponderación esta que, a mi juicio, únicamente está en disposición de efectuarla la propia Administración, en la medida en que tiene un acceso directo a las fuentes de información y cuenta con los recursos materiales y personales necesarios para ello²³⁵.

5. Una vez esbozados los problemas materiales que comporta la accesoriadad del Derecho penal con respecto al Derecho administrativo, quisiera ocuparme, siquiera someramente, de las consecuencias jurídico-procesales o formales derivadas de la misma. Con el término “accesoriadad

²³⁴ En este sentido, se expresa la resolución judicial más importante hasta la fecha dictada en el marco de la protección penal del medio ambiente, la STS 30-11-90 (RJ. 1990\9269, PTE. MARTÍN PALLÍN, “CASO CERSC”) en la que se señala que las dos resoluciones dictadas por la Dirección General de Industria en las que se elevaban los límites de emisión de dióxido de azufre por encima de los límites legalmente establecidos, eran nulas de pleno derecho al resultar contrarias al principio de jerarquía normativa (FJ 5º). Planteándose incluso el TS, *obiter dicta*, la posibilidad de imputar responsabilidades penales a los individuos que desde la Administración habían autorizado dichas emisiones, impidiéndolo, en este caso, el principio acusatorio, al no haberse dirigido imputación alguna a los mismos (FJ 8º).

²³⁵ Al respecto debe ponerse de relieve que dicha ponderación resultará en algunos casos especialmente complicada debido a que los conocimientos precisos para llevarla a cabo están en manos de científicos y expertos. En este sentido, CORCOY BIDASOLO, “Los delitos...”, pp. 74 ss y 88.

del Derecho penal” estoy haciendo referencia al trascendental papel que tienen, en general, las diferentes Administraciones públicas (medio ambiental, laboral, sanitaria, tributaria...), no sólo en la incoación de los correspondientes procedimientos administrativos sino, lo que resulta más importante a los efectos del presente trabajo, en la persecución e iniciación del proceso penal a fin de ventilar las correspondientes responsabilidades implicadas en el concreto supuesto de hecho²³⁶.

6. En este punto, es preciso poner de relieve que la efectividad de la intervención penal en ámbitos como la seguridad en el trabajo, el medio ambiente, la seguridad del consumo, los delitos contra la Hacienda Pública depende, en gran medida, de la posición que adoptan los diferentes órganos de control y supervisión existentes en el concreto ámbito de actuación, esto es, la inspección laboral, medioambiental, sanitario o tributaria. En efecto, en un gran número de ocasiones, la persecución e incriminación de la conducta quedará en manos de la propia Administración, quien por medio de la inspección de “turno” elevará o no el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, teóricamente en los supuestos en que considere que los hechos revistan indicios de criminalidad, esto es, en los casos en que los hechos puedan ser constitutivos de una infracción penal (delito contra la seguridad en el trabajo, delito ecológico, delito contra la salud pública, delito fiscal....).

²³⁶ En este sentido, destaca ARROYO ZAPATERO, RP (1) 1997, pp. 8 ss, como en general la actuación de la Administración está en el origen de la ineficaz intervención del Derecho penal en el ámbito de los nuevos riesgos por medio de los delitos de peligro, por cuanto “... está en su mano la detección de peligros antes de que lleguen efectivamente a producirse...”.

7. En este sentido, la protección penal del medio ambiente constituye, junto a la protección penal de la seguridad en el trabajo, sin lugar a dudas, un ejemplo paradigmático de hasta qué punto la incriminación o no de las conductas lesivas para con el equilibrio de los ecosistemas depende, en última instancia, de la actitud que tome, respectivamente, la propia Administración en atención a los diferentes intereses concurrentes en el caso concreto como de la iniciativa de quienes están al frente de las respectivas fiscalías²³⁷. Así en relación a la primera cobra una especial protagonismo la llamada “actuación informal” de la Administración, concepto en el que la doctrina incluye las consultas, informaciones oficiales, advertencias, recomendaciones, y los acuerdos entre la Administración y los sujetos privados²³⁸. Acuerdos entre los que cabe enmarcar los llamados planes de descontaminación gradual, por medio de los que la Administración autoriza a título individual a determinadas empresas a superar los índices de contaminación legalmente establecidos²³⁹.

²³⁷ En este sentido, se han pronunciado, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Los delitos...”, p. 91, nota 112; HEINE, ADPCP 1993, pp. 296 ss, quien alude al “*poder de selección*” que posee la Administración a través de la “*selección de denuncias*”, lo cual, en última instancia, conduce a que la Fiscalía conozca los supuestos menos graves, mientras que en los atentados más graves al medio ambiente, “... *la Administración intenta llegar por medio de negociaciones a soluciones aceptables a largo plazo*”.

²³⁸ En este sentido, CORCOY BIDASOLO/GALLEGO SOLER, AP 2000-1, pp. 172 ss; HEINE, ADPCP 1993, p. 311, quien considera que la llamada “tolerancia administrativa” constituye una manifestación concreta del fenómeno general de la denominada “actuación informal”; PRATS CANUT/MARQUÈS I BANQUÈ/MORÁN MORA, *Derecho Penal Ambiental...*, pp. 116 ss, quienes utilizan el término “tolerancia administrativa” para referirse a la actividad administrativa informal.

²³⁹ Planes de descontaminación gradual que, como muy acertadamente ha señalado CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 127, nota 261, han recibido cobertura legal por parte de las Comunidades Autónomas con competencia en materia medioambiental con el fin de superar los problemas de “accesoriedad” a los que se enfrentaban quienes los suscribían en los supuestos en que se autorizaba la superación de los índices contaminantes por medio de meros actos administrativos. Así, encontramos varias resoluciones judiciales en las que, pese a existir un plan gradual de descontaminación suscrito con la

4.2. Su proyección en el ámbito de la protección penal de la prevención de riesgos laborales

1. Llegados a este punto, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿en qué medida puede incidir la actuación de la Administración en la protección penal de la prevención de riesgos laborales? Pues bien, la Administración puede incidir en dicho ámbito de nuestro ordenamiento jurídico-penal, en primer lugar, por medio de la potestad reglamentaria, por cuanto como señala el art. 1.1 LPRL son normas de prevención de riesgos laborales toda la legislación que la desarrolla o complementa. Lo cual significa que en los supuestos en que, a pesar de que la conducta resulte idónea para lesionar la seguridad y confianza de los trabajadores en el mantenimiento de los riesgos laborales dentro de los niveles socialmente tolerados, será considerada atípica en el caso de que no infrinja, tal y como exige el art. 316 CP, las normas de prevención de riesgos laborales. Entre dichas normas deben incluirse las dictadas por la propia Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria (art. 97 CE).

2. Sin embargo, en mi opinión, esta consecuencia no debe ser sobrevalorada por varios motivos:

Administración, se ha condena por un delito ecológico a quienes lesionan el medio ambiente. En este sentido, entre otras, la SSTS 19-01-02 (RJ. 2002\1315, PTE. JIMÉNEZ VILLAREJO); 4-12-02 (RJ. 2003\545, PTE. MARTÍNEZ ARRIETA) y la SAP BARCELONA 22-02-00 (ARP. 2000\3118, PTE. BAYARRI GARCÍA), si bien en esta última resolución judicial se tiene en cuenta la existencia del plan en la determinación de la pena, acordando la imposición de la pena prevista en el art. 325 CP en su mínima extensión.

2.1. En primer lugar, porque la infracción de las normas de prevención, y entre ellas, las reglamentarias, constituye un requisito necesario pero no suficiente para la concurrencia del delito previsto en el art. 316 CP, esto es, dicho elemento no fundamenta la tipicidad, sino que constituye uno de los indicios sobre los que se determina la relevancia jurídico-penal de la conducta.

2.2. En segundo lugar, porque únicamente adquieren relevancia jurídico-penal las conculcaciones de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales que hagan referencia a la conducta típica, esto es, a la no facilitación de los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su prestación en condiciones óptimas de seguridad.

En este sentido, se pronuncia muy acertadamente la SAP BARCELONA 18-06-02 (ARP. 2002\629, PTE. GALLEGO SOLER) en la que se afirma lo siguiente: “... *la infracción de las obligaciones en materia de seguridad e higiene laborales que tienen trascendencia a efectos del art. 348 bis a) CP/1973 -al igual que sucede para el actual art. 316 CP)- son sólo y únicamente las que vayan referidas a la facilitación de los medios orientados a la seguridad e higiene laboral o a la omisión de exigir las condiciones de seguridad. Con ello quiere evidenciarse que, como no podía ser de otro modo, no toda infracción en materia de seguridad e higiene laborales integra la tipicidad penal ahora enjuiciada, lo que eventualmente haría que la frontera entre infracción administrativa y penal fuese inexistente”.*

2.3. Y, en tercer lugar, porque entiendo que la colaboración de la Administración resulta imprescindible en un ámbito como la prevención de riesgos laborales, donde la normativa debe ser periódicamente revisada y adaptada al compás de los diferentes avances técnicos y científicos que tengan lugar en la materia (art. 6.2 LPRL) y donde el carácter dinámico del deber

extra-penal de seguridad impone al empresario la obligación de acomodar las medidas de seguridad adoptadas al devenir de la evolución técnica (art. 15.1 e LPRL)²⁴⁰.

Pensemos, por ejemplo, en la prohibición de ciertos productos que, siendo utilizados normalmente por los trabajadores, han sido considerados peligrosos para la vida, integridad física y salud de los mismos gracias a las investigaciones científicas desarrolladas al respecto. O en la posibilidad, nada descartable, de que el progreso técnico permita la sustitución de determinados equipos de protección individual (gafas, mascarillas, guantes...) por otros que garanticen unos niveles de seguridad mayor.

3. Ahora bien, la Administración laboral no sólo cumple un papel activo en la interpretación de uno de los elementos que conforman el tipo recogido en el art. 316 CP, sino que adquiere un especial protagonismo en la propia investigación y, consiguiente, iniciación de los procesos penales en los que dicho ilícito es objeto de discusión. Ciertamente, la Inspección de Trabajo, en tanto órgano de control y supervisión de la Administración en materia de prevención de riesgos laborales, resulta determinante en la persecución efectiva del delito contra la seguridad en el trabajo, por cuanto es el órgano que, en la práctica, valora en qué medida los hechos objeto de la inspección constituyen una mera infracción administrativo-laboral, o bien presentan

²⁴⁰ En este sentido, el propio legislador reconoce en la Exposición de Motivos (EM) de la LPRL como una de las razones que justifican la necesidad de adoptar un nuevo enfoque en el ámbito de la prevención de riesgos laborales la necesidad "... *de actualizar regulaciones ya desfasadas y regular situaciones nuevas no contempladas con anterioridad. Necesidades éstas que, si siempre revisten importancia, adquieren especial trascendencia cuando se relacionan con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, la evolución de cuyas condiciones demanda la permanente actualización de la normativa y su adaptación a las profundas transformaciones experimentadas...*".

indicios de criminalidad suficientes para considerarlos constitutivos de delito²⁴¹, lo cual le convierte, de alguna forma, en la “llave” que posibilita la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales²⁴².

4. Por otra parte, la Inspección de Trabajo ocupa un lugar igualmente preponderante en la propia sustanciación del proceso penal, y en concreto, en la aportación de la base probatoria imprescindible para imputar el correspondiente delito contra la seguridad en el trabajo²⁴³, por cuanto posee tanto los conocimientos técnicos precisos como la información acerca de lo acaecido en el supuesto de hecho en cuestión²⁴⁴. De ahí que no les falte razón

²⁴¹ Supuesto éste en el que la Inspección de Trabajo está “obligada” a dar el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, debiendo paralizar el expediente administrativo durante el tiempo en que se sustancie el consiguiente proceso penal (art. 3.2 LISOS). Este expediente administrativo podrá reabrirse de no estimar la jurisdicción penal los hechos constitutivos de delito, quedando vinculados por el relato de hechos probados realizado por ésta última. Por el contrario, de declarar los hechos constitutivos de un delito contra la seguridad en el trabajo, “en principio”, la aplicación del principio de *ne bis in idem material* impedirá la imposición de la correspondiente sanción administrativo-laboral (art. 3.1 LISOS).

²⁴² Evidentemente este papel se relativiza en los supuestos en que, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, no sólo se ha lesionado la seguridad y confianza de los trabajadores, sino que además se ha producido la muerte o lesión de alguno de los trabajadores implicados, por cuanto, en este último caso, la autoridad judicial tendrá conocimiento de los hechos en el momento en que acuda a realizar el preceptivo levantamiento del cadáver.

²⁴³ En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 221, nota 21.

²⁴⁴ En este sentido, no podemos olvidar que una vez el inspector acuda de oficio o a instancia de parte (a través de la denuncia del propio trabajador o sus representantes sindicales o en materia de prevención de riesgos laborales esto es, el delegado de prevención o alguno de los miembros del comité de seguridad e higiene en el trabajo) a la empresa, dará inicio, de considerarlo oportuno, al expediente administrativo extendiendo la correspondiente acta de infracción. Acta de infracción que si bien, formalmente, como han reconocido, entre otras, las SSAP BARCELONA 25-04-00 (ARP. 2000\1901, PTE. MARTÍN GARCÍA, FJ 3º) y CÓRDOBA 19-02-01 (ARP. 2001\283, PTE. VILLAMOR MONTORO, FJ 3º) carece de eficacia jurídico-penal en el proceso penal, constituyendo por el contrario un mero indicio de la responsabilidad criminal, materialmente constituye, junto a la

a los autores que han puesto de relieve como la eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pasa inexorablemente por la mejora de la coordinación entre la tutela administrativa y penal, y especialmente, por la intensificación de los canales de información entre la Inspección de Trabajo y las respectivas fiscalías²⁴⁵. Tal y como ha venido a corroborar la promulgación de la Instrucción 1/2001, Actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral, dónde, entre otras cosas, se ha propuesto la remisión al Ministerio Fiscal de todas aquellas actuaciones en que la Inspección de Trabajo proponga la imposición de una infracción muy grave con el fin de que los fiscales evalúen la posible concurrencia de un delito contra la seguridad en el trabajo²⁴⁶.

declaración del propio inspector de trabajo implicado, uno de los documentados sobre los que el órgano judicial fundamentará la concurrencia de los diferentes elementos que integran el delito contra la seguridad en el trabajo.

²⁴⁵ En este sentido, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 221 ss, quien ya señaló como una mejor coordinación entre la Inspección de Trabajo y el Ministerio fiscal dotaría de una mayor eficacia, tanto a los diferentes instrumentos extrapenales existentes en materia de prevención de riesgos laborales, como a la propia intervención penal en dicho ámbito; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, RPJ (64) 2001, pp. 88 ss, quien subraya como, únicamente, cuando se produce una muerte o una afectación grave de la salud se da traslado de la *noticia criminis* al Ministerio Público o al órgano judicial competente.

²⁴⁶ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, "Delitos laborales...", p. 120, nota 70.

4.5. Negociación colectiva y protección penal de la seguridad en el trabajo

1. A tenor de lo establecido en el art. 1.1 LPRL, el Estado no es el único que puede establecer normas de prevención de riesgos laborales por medio de la potestad legislativa y reglamentaria, sino que también los propios interlocutores sociales, esto es, los empresarios y trabajadores, pueden introducir en los correspondientes convenios colectivos cláusulas en materia de seguridad y salud en el trabajo, en tanto manifestación concreta del ejercicio del derecho constitucionalmente reconocido a la negociación colectiva (art. 37.1 CE).

2. En efecto, la negociación colectiva, y el resultado de su ejercicio, el convenio colectivo, ocupan un lugar preeminente en la determinación, en general, de las condiciones laborales de los trabajadores y puede ocupar, en particular, un importante papel en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Y ello por dos motivos:

2.1. En primer lugar, porque la negociación colectiva, y el producto de su ejercicio, el convenio colectivo, constituye un instrumento idóneo para adaptar los principios y obligaciones generales impuestos en la LPRL a las necesidades concretas de cada uno de los sectores productivos y de las empresas que los conforman, pudiendo así garantizar más eficazmente la seguridad y salud de los trabajadores²⁴⁷. Ciertamente, los empresarios y

²⁴⁷ En este sentido, entre otros, BENAVIDES/SALVADOR DEL REY/LUQUE/MONTAGUT, "Análisis de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva española", REDT (111) 2002, p. 345; CARRERO DOMÍNGUEZ, *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, Madrid 2001, pp. 105, 114 y 143; MELÉNDEZ MORILLO-

trabajadores, en tanto contrapartes de la relación laboral, están en mejor disposición para tomar conciencia de los niveles de seguridad de los que gozan los trabajadores y de las medidas que deben adoptarse a fin de mantener los riesgos laborales dentro de unos márgenes tolerables.

2.2. Y, en segundo lugar, porque la temporalidad que caracteriza al convenio colectivo, permite a los agentes sociales modificar y perfeccionar las cláusulas establecidas a la luz de las experiencias adquiridas durante su aplicación, adaptando así las medidas de seguridad existentes a los cambios derivados del desarrollo tecnológico²⁴⁸.

3. Sin embargo, la potencialidad de la negociación colectiva como instrumento especialmente idóneo para elevar los estándares de seguridad existentes en nuestras empresas no ha encontrado una continuidad en la realidad práctica, por cuanto, como ha puesto de relieve la doctrina jurídico-laboral, un gran porcentaje de los convenios colectivos acordados en la actualidad no hacen referencia alguna a la prevención de riesgos laborales y, cuando lo hacen, es en forma de alusiones genéricas o reproduciendo los preceptos contenidos en la LPRL y los reglamentos que la han desarrollado. Por su parte, los convenios colectivos en los que se han pactado cláusulas relativas a la prevención de riesgos laborales no han contribuido a mejorar de forma significativa los niveles de seguridad existentes en los diferentes

VELÁZQUEZ, *La Prevención de Riesgos Laborales en la Negociación Colectiva*, Pamplona 2004, p. 23

²⁴⁸ En este sentido, entre otros, GETE CASTRILLO, “El papel de la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales”, RL 1997-I, p. 373; GONZÁLEZ ORTEGA/CARRERO DOMÍNGUEZ, “Normativa...”, p. 504; PURCALLA BONILLA, *Autonomía...*, p. 95; MELÉNDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, *La Prevención de Riesgos...*, pp. 23 ss,

sectores de actividad que conforman nuestro tejido económico, así como las distintas empresas que los integran.

4. En efecto, si se analizan detenidamente las cláusulas normativas introducidas en los convenios colectivos en materia de prevención de riesgos laborales puede comprobarse como algunas de ellas no sólo no han mejorado, sino que, incluso, han empeorado los niveles de seguridad fijados legalmente: **a)** así, por ejemplo, sorprende el hecho de que la mayor parte de ellas, hagan referencia a la obligación de realizar un genérico reconocimiento anual de la salud de los trabajadores, lo cual contradice lo previsto en el art. 22 LPRL en el que se establece la necesidad de adaptar los reconocimientos médicos a los diferentes riesgos laborales detectados a través de la preceptiva evaluación de riesgos²⁴⁹; **b)** la reducida atención que han dispensado los agentes sociales a la concreción de los puestos de trabajo destinados a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos como son los jóvenes, las mujeres embarazadas o las personas que tienen reconocida una discapacidad psíquica, física o sensorial (art. 25 LPRL); **c)** el hecho de que sólo el 1% del total de los convenios colectivos suscritos entre empresarios y trabajadores hagan referencia a la obligación que pesa sobre determinadas empresas de crear un servicio de prevención propio; y, **d)** o la escasa atención que la negociación colectiva ha prestado a aspectos de la acción preventiva, especialmente relevantes como son la introducción de medidas en las

²⁴⁹ Reconocimientos que como han puesto de relieve, BENAVIDES/SALVADOR DEL REY/LUQUE/MONTAGUT, REDT (111) 2002, pp. 348 y 352, además de no haberse probado su eficacia preventiva, dado su carácter inespecífico, traen consigo una duplicación de los recursos económicos destinados a los mismos, por cuanto se permite la realización de los reconocimientos médicos en el propio Sistema Nacional de Salud.

instalaciones y equipos de trabajo, la organización del trabajo o el control de los agentes contaminantes²⁵⁰.

5. En mi opinión, son varias las razones que explican la infrautilización, en la *praxis*, de la regulación convencional en el ámbito de la prevención de riesgos laborales:

5.1. En primer lugar, es posible que, hasta tiempos muy recientes, los sindicatos, en tanto representantes legales de los trabajadores, hayan prestado más atención en la negociación colectiva a otros aspectos más “visibles” de la relación laboral como el salario, la jornada laboral, las vacaciones²⁵¹.

5.2. En segundo lugar, es posible que la propia complejidad que caracteriza a la prevención de riesgos laborales y los “insuficientes” conocimientos que sobre la misma poseen los interlocutores sociales, hayan desincentivado su discusión en el curso de las negociaciones previas a la suscripción final de los convenios colectivos.

²⁵⁰ En este sentido, BENAVIDES/SALVADOR DEL REY/LUQUE/MONTAGUT, REDT (111) 2002, pp. 350 y 352, quienes señalan como la negociación colectiva únicamente se ha ocupado del establecimiento de cursillos formativos en materia de prevención de riesgos laborales, lo cual, siendo importante, resulta insuficiente sino va acompañado del resto de obligaciones en que se concreta el deber general de seguridad impuesto por el ordenamiento jurídico-laboral al empresario.

²⁵¹ En este sentido, entre otros, CARRERO DOMÍNGUEZ, *El régimen...*, p. 120, quien sostiene que, si bien los interlocutores pueden estar preocupados por la protección de la prevención de riesgos laborales, ello no impide el que se muestren más interesados por otras cuestiones de la política negociada que devienen prioritarias.

5.3. Y, en tercer lugar, es posible que el elevado nivel de seguridad legalmente establecido haya reducido los márgenes de actuación de la negociación colectiva en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral. En efecto, la propia LPRL ha limitado el campo de actuación a la negociación colectiva al calificar como derecho necesario indisponible todas las disposiciones contenidas en la misma y los reglamentos que la desarrollen, asignando de esta forma a los convenios colectivos una función meramente complementaria²⁵². Esta limitación constituye una manifestación más del principio de jerarquía normativa que rige el sistema de fuentes propio del ordenamiento jurídico-laboral, en el que los convenios colectivos deben respetar las normas contenidas en las correspondientes leyes y reglamentos, lo que por los demás es un principio general del Derecho.

6. Ahora bien, ¿qué consecuencia jurídico-penal debe extraerse de la consideración de los convenios colectivos como normas de prevención de riesgos laborales? La primera y más importante consecuencia es que las cláusulas normativas relativas a la seguridad y salud de los trabajadores delimitarán el primero de los elementos que conforman el tipo contenido en el art. 316 CP. Ciertamente, dichas cláusulas, junto con la propia LPRL y los reglamentos que la han desarrollado, pasaran a delimitar el riesgo penalmente relevante en el marco de la prevención de riesgos laborales. Lo cual ha suscitado a la doctrina jurídico-penal, o cuanto menos, una parte importante de la misma, la cuestión de hasta qué punto ello no constituye una flagrante

²⁵² En este sentido, entre otros, MELÉNDEZ MORILLO-VELÁZQUEZ, *La Prevención de Riesgos...*, pp. 26 y 35, quien pone de relieve el reducido espacio sobre el que puede actuar la negociación colectiva debido al carácter mínimo e indisponible atribuido a la LPRL y a los reglamentos que la han desarrollado.

conculcación del principio de legalidad, en la medida en que unos sujetos privados, los empresarios y trabajadores, pasan a delimitar, por medio de la negociación colectiva, el riesgo permitido en dicho ámbito del ordenamiento jurídico-penal, cuando el único que está realmente legitimado para realizar dicha tarea es el propio Estado, en tanto depositario de la soberanía popular²⁵³.

7. Opinión ésta que, a diferencia de lo que explicaré a continuación en relación a las normas técnicas de industria, no comparto y ello en base a los siguientes argumentos:

7.1. En primer lugar, porque si bien dicha remisión podría plantear problemas de legalidad en relación a las cláusulas en materia de prevención de riesgos laborales incluidas en los convenios colectivos de carácter extra-estatutario, en la medida en que su fuerza vinculante se circunscribe a los trabajadores y empleadores representados por las partes signatarias, no ocurre lo mismo con las disposiciones contenidas en los convenios estatutarios regulados en el título III del ET, en la medida en que poseen, al igual que las leyes y reglamentos, eficacia vinculante general o *erga omnes*. Esto es, constituyen auténticas normas jurídicas sometidas al principio de publicidad, garantía esencial del principio de seguridad jurídica²⁵⁴.

²⁵³ En este sentido, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 225 ss, quien acogiendo los argumentos esgrimidos por GARCÍA ARÁN, se pronuncia en contra de la compatibilidad de la remisión a los convenios colectivos con el principio de legalidad penal.

²⁵⁴ En este sentido, entre otros, BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, pp. 119 ss; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 364; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, pp. 81 ss.

7.2. Y, en segundo lugar, porque, como ya he apuntado, por medio de la negociación colectiva los interlocutores sociales se limitan a adecuar el estricto marco legal establecido en materia de prevención al supuesto de hecho concreto, esto es, a la realidad propia de cada uno de los sectores de actividad que conforman nuestro tejido económico. De tal forma que el convenio colectivo se erige en un instrumento especialmente idóneo para delimitar las obligaciones contenidas en la LPRL y, lo que resulta más importante a nuestros efectos, en un instrumento especialmente adecuado para concretar igualmente el espacio de riesgo permitido en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo²⁵⁵.

²⁵⁵ En este sentido, TERRADILLO BASOCO, *Delitos contra...*, p. 82, quien destaca la idoneidad de los convenios colectivos para “*calibrar la conducta infractora*”.

4.6. La incidencia de la normativa en materia de seguridad industrial en la protección penal de la prevención de riesgos laborales

1. Por último, la utilización de la ley penal en blanco en la tipificación del delito contra la seguridad en el trabajo determina la posibilidad de que las denominadas “normas técnico-jurídica de industria”, en tanto normas “susceptibles” de producir efectos en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, acaben delimitando también uno de sus elementos típicos: “la infracción de las normas de prevención”²⁵⁶. Y ello en base a los siguientes argumentos:

1.1. En primer lugar, porque ello se infiere del art. 9.1 a) LPRL en el que se atribuye a la Inspección de Trabajo, entre otras funciones, el control y la vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, y en sintonía con el art. 1.1 LPRL, el de todas aquellas normas técnico-jurídicas que “incidan en las condiciones de trabajo en

²⁵⁶ La doctrina se haya dividida entre aquellos que defienden la inclusión de las normas técnico-jurídicas de industria en el concepto de “normas de prevención de riesgos laborales”, entre otros, BARBANCHO TOVILLAS/RIVAS VALLEJO/PURCALLA BONILLA, *Tribuna Social* (99) 1999, pp. 28 ss; GONZÁLEZ BIEDMA, *La Inspección de Trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*, Pamplona 1999, pp. 103; GONZÁLEZ ORTEGA/CARRERO DOMÍNGUEZ, “Normativa...”, pp. 509 ss; RIVERO LAMAS, AP 1996-3, pp. 701 ss, y aquellos que niegan su consideración como normas de prevención de riesgos laborales, entre otros, CASAS BAAMONDE, “Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador”, *DyS* (1) 1996, p. 99; BAYLOS GRAU/TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal...*, pp. 120 ss; SALA FRANCO/ARNAU NAVARRO, *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Valencia 1996, pp. 203 ss. Por su parte, la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la inclusión de las normas técnico-jurídicas en el concepto de normas de prevención de riesgos laborales a los efectos del delito contra la seguridad en el trabajo, entre otras, la SAP CANTABRIA 31-03-04 (ARP. 2004\177, PTE. LLARIA IBÁÑEZ, FJ 3º).

materia de prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral".

1.2. Y, en segundo lugar, porque así se deduce del fin de protección que preside la normativa en materia de seguridad industrial, la cual no sólo tiene como fin la protección del medio ambiente, sino también la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en tanto usuarios de las instalaciones, productos y equipos industriales²⁵⁷. Finalidad esta última que es garantizada mediante la atribución a la Administración y, lo que resulta más importante a los efectos del presente apartado, a los organismos de normalización (sujetos privados) de una cierta capacidad normativa para establecer las condiciones mínimas de seguridad a las que deben someterse todas las instalaciones, productos y equipos industriales que son utilizados por el trabajador en el transcurso de su prestación laboral en favor del empresario²⁵⁸.

²⁵⁷ Así lo infiero del art. 9.1 LI cuyo tenor es el siguiente: "*La seguridad industrial tiene por objeto la prevención y la limitación de riesgos, así como la protección contra accidentes y siniestros capaces de producir daños o perjuicios a las personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente*". En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/CARRERO DOMÍNGUEZ, "Normativa...", p. 509.

²⁵⁸ Condiciones mínimas cuyo cumplimiento es garantizado, a su vez mediante la atribución, tanto a la Administración como a los sujetos privados (los denominados organismos de normalización), de una función de vigilancia y control, suscitando esta atribución la cuestión de hasta qué punto resulta legítima la cesión de potestades de carácter público como la actividad de policía a los particulares. Sobre esta última cuestión, *Vid.*, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización industrial*, Valencia 1999, pp. 156 ss; ESTEVE PARDO, *Técnica...*, pp. 59 ss y 115 ss; FERNÁNDEZ FARRERES, "La infraestructura organizativa para la calidad y la seguridad industrial y el fenómeno del ejercicio por particulares de funciones públicas de inspección y control", RAAP (13) 1998, pp. 43 ss; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 137, nota 329, quien apunta como en la actualidad el Estado está asumiendo nuevas funciones de inspección y vigilancia, funciones que, en muchas ocasiones, son a su vez delegadas en empresas privadas.

2. Ciertamente, ante la propia incapacidad de la Administración para hacer frente a la complejidad técnica característica de dicho sector de actividad y al carácter evolutivo de la misma, el legislador se ha visto “obligado” a reconocer cierta capacidad normativa a los particulares, y en concreto, a los organismos de normalización²⁵⁹. Organismos a los que, partiendo de su mejor conocimiento técnico del sector industrial, ha habilitado para que elaboren las denominadas normas técnicas. Normas estas que, si bien a diferencia de los reglamentos técnicos, carecen de eficacia vinculante²⁶⁰, pueden acabar delimitando, tal y como he apuntado, uno de los elementos típicos del delito contra la seguridad en el trabajo como consecuencia de la utilización en su configuración de la técnica legislativa de la ley penal en blanco. Lo cual, en mi opinión, resulta contrario a los siguientes principios constitucionales:

²⁵⁹ Organismos cuyo marco normativo se encuentra regulado en la LI (art. 15 y 16) y, especialmente, en el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial (RD 2200/1995, de 28-12-1995, norma que ha desarrollado los aspectos relacionados con la seguridad y la calidad industrial, contenidos en el Título III de la LI, derogando el RD 1614/1985, de ordenación de las actividades de normalización y certificación), en cuyo art. 8 los define como “...- aquellas- *entidades privadas sin ánimo de lucro, cuya finalidad es desarrollar en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas mediante las cuales se unifiquen criterios respecto a determinadas materias y se posibilite la utilización de un lenguaje común en campos de actividad concretos*”. Función normalizadora que en nuestro ordenamiento ejerce, en exclusiva, AENOR y en el ámbito comunitario con carácter general el CEN (Comité Europeo de Normalización) y el CENELEC y el ETSI, respectivamente, en el sector electrónico y el de las telecomunicaciones.

²⁶⁰ Para una descripción más detallada de las diferencias existentes entre las normas técnicas formuladas por los agentes privados y los denominados reglamentos técnicos dictados por la Administración, Vid., entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización...*, pp. 92 ss; ESTEVE PARDO, *Técnica...*, pp. 164 ss; HORTAL IBARRA, “El desarrollo tecnológico y su repercusión en la actuación del poder legislativo, ejecutivo y judicial”, en *Derecho Penal de la empresa*, (CORCOY BIDASOLO, dir.), Pamplona 2002, pp. 524 ss; MALARET GARCÍA, “Una aproximación jurídica al sistema español de normalización de productos industriales”, RAP (116) 1985, pp. 299 ss.

2.1. En primer lugar, al principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE), por cuanto las normas técnicas de industria únicamente se publican en colecciones de carácter privado, impidiendo así su conocimiento tanto a los potenciales autores del delito contra la seguridad en el trabajo, como a los encargados de sancionarlo.

2.2. En segundo lugar, al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en la medida en que dota de eficacia jurídica a unas “normas” formuladas por unos sujetos que, no sólo carecen de la representatividad democrática propia del poder legislativo para delimitar el ámbito de lo punible, sino también de los procedimientos necesarios para garantizar su compatibilidad con el resto del ordenamiento jurídico²⁶¹.

2.3. Y, en tercer lugar, altera el sistema de fuentes constitucional, en la medida en que conlleva la cesión, cuanto menos, de una parte de la delimitación del ámbito de lo punible a unos sujetos que, a diferencia del poder legislativo (art. 66 CE) y el poder ejecutivo (art. 97 CE), carecen de capacidad normativa²⁶².

²⁶¹ Como el que garantiza el sometimiento de los reglamentos dictados por el poder ejecutivo al principio de legalidad, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La “ley penal en blanco”...*, p. 116.

²⁶² En este sentido, se han pronunciado con carácter general en la doctrina civilista, entre otros, SALVADOR CODERCH, “Definiciones y remisiones”, en *La calidad de las leyes*, (SÁINZ MORENO/DA SILVA OCHOA coords.), Vitoria-Gasteiz 1989, pp. 178 ss; SOLÉ I FELIU, *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Valencia 1997, pp. 446 ss; en la doctrina administrativista, entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, *La normalización...*, pp. 171 ss; y en la doctrina penalista, entre otros, SCHÜNEMANN, ADPCP 1994, p. 333; quien apunta como dicha subdelegación resulta contraria al art. 80 GG (*Grundgesetz*), porque, según dicho precepto, únicamente pueden dictar reglamentos (*Rechtsverordnungen*) el Gobierno, los Ministros Federales y los Gobiernos regionales.

4. Llegados a este punto cabe preguntarse entonces por el papel que cabe atribuir a la infracción de las normas técnicas de industria en el marco de la protección penal de la prevención de riesgos laborales. Pues bien, a mi juicio, las mismas cumplen, al igual que el resto de normas de prevención de riesgos, una función indiciaria o complementaria en la concreción de la relevancia jurídico-penal de la conducta en cuestión²⁶³. En efecto, como ya expuse anteriormente, la conculcación de las normas de prevención no fundamenta la tipicidad de la conducta, sino que únicamente constituye uno de los elementos del tipo que, junto a la lesión de la seguridad y confianza de los trabajadores en el desarrollo de su trabajo, deben concurrir para determinar la existencia del delito contra la seguridad en el trabajo. De la misma forma que, en el ámbito del tipo imprudente, la infracción, en general, de las reglas técnicas y, en particular, la conculcación de la *lex artis* no determina la concurrencia del deber objetivo de cuidado, sino que, únicamente, constituyen uno de los indicios sobre los que se fundamenta su existencia²⁶⁴.

²⁶³ En efecto, como explicaré más detenidamente cuando me ocupe de la figura del riesgo permitido, considero que la infracción de las normas extra-penales cumplen, a diferencia de la opinión sostenida por un sector doctrinal, únicamente una función indiciaria en la delimitación de la relevancia jurídico-penal de un riesgo, puesto que si bien reconozco que la asunción de su carácter fundamentador dotaría de mayor seguridad jurídica a la figura del riesgo permitido, entiendo, sin embargo, que dicha caracterización le restaría sustantividad propia. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 104 ss; KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg 1989, pp. 114 ss.

²⁶⁴ En este sentido, en la doctrina española, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona 1989, pp. 101 ss; CHOCLÁN MONTALVO, *Deber de cuidado...*, pp. 91 ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona 2001, pp. 297 ss; JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid 1990, pp. 44 ss; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva...*, pp. 136 ss; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos...*, p. 200; ROMEO CASABONA, *El médico ante el derecho*, Madrid 1990, pp. 70 ss; en la doctrina alemana, entre otros, LENCKNER, "Technische Normen und Fahrlässigkeit", en FS-ENGISCH, Frankfurt 1969, pp. 497 ss; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*,

V. Riesgos laborales jurídico-penalmente relevantes: “no facilitar los medios de seguridad necesarios”

1. Introducción

1. Para delimitar los riesgos laborales que adquieren relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo, es preciso determinar, previamente, cuándo un riesgo lesiona, en general, un bien jurídico-penal. Cuestión esta última en la que juega un papel fundamental la diferenciación entre los conceptos de “peligro objetivo” y “peligro normativo”²⁶⁵. Partiendo de la idea de que el concepto de peligro válido para el Derecho penal ha de inferirse de los diferentes fines y valores que lo definen como rama autónoma del ordenamiento jurídico²⁶⁶, se entiende

Heidelberg 1988, p. 91; KUHLEN, *Fragen...*, pp. 114 ss; SCHÜNEMANN, ADPCP 1994, pp. 331 ss.

²⁶⁵ En este sentido, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada 2000, pp. 380 ss; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 40 ss, cuestión ya esbozada en su tesis doctoral, *El delito imprudente...*, pp. 195 ss.

²⁶⁶ En efecto, parto de una concepción funcional y teleológica del Derecho penal en virtud de la que las diferentes categorías que integran la teoría del delito deben construirse a la luz de los principios político-criminales característicos del Derecho penal. Lo cual se traduce, entre otras cosas, en la necesidad de que los distintos elementos que conforman los tipos de la Parte Especial hayan de ser interpretados tomando como referente los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal. Esta reinterpretación de las categorías del delito a la luz de los principios político-criminales fue en su día elaborada por ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, (MUÑOZ CONDE trad y notas), Barcelona 1972; EL MISMO, *Derecho penal. Parte General (tomo I). Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL trads. y notas), Madrid 1997, pp. 223 ss; y ha sido acogida por un significativo sector doctrinal tanto en Alemania, entre otros, RUDOLPHI, “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, (SILVA SÁNCHEZ trad.), en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, (SILVA SÁNCHEZ ed.), Madrid 1991, pp. 81 ss; SCHÜNEMANN, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, (SILVA SÁNCHEZ trad.), en *El sistema*

que el legislador no puede incriminar las conductas que, conforme a las leyes científicas y experimentales conocidas, no resulten peligrosas²⁶⁷. En efecto, si el Derecho penal tiene como función principal prevenir la lesión de bienes jurídico-penales, únicamente, podrán prohibirse bajo la amenaza de pena las conductas que, desde una perspectiva *ex ante*, objetivamente puedan conllevar cierto peligro para dichos bienes.

En este sentido, se pronuncia el AAP MADRID 19-11-01 (JUR. 2001\54065, PTE. FERNÁNDEZ FARALDO) en la que se afirma “... ***Las normas penales no pueden prohibir, con sentido, la mera causación de resultados, sino tan sólo la realización de conductas reconocibles en el momento de su ejecución como idóneas para la lesión de un bien jurídico. La peligrosidad de la conducta se convierte, pues, en el primer requisito del comportamiento...***” (FJ 5º).

2. Ahora bien, dicho esto, cabe precisar que la peligrosidad objetiva de una conducta no fundamenta la relevancia jurídico-penal de la misma, sino que únicamente constituye uno de los elementos que, junto a la clase de bien jurídico-penal protegido y el ámbito social en el que se desarrolla la actividad, determinan, en particular, la tipicidad de una conducta²⁶⁸. Ciertamente, la

moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales”, (SILVA SÁNCHEZ ed.), Madrid 1991, pp. 35 ss; como en España, entre otros, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, (2ª ed), Barcelona 1982, pp. 41 ss; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, Madrid 1996, pp. 99 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, pp. 371 ss.

²⁶⁷ En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLO, *Causalidad e imputación objetiva. Estructura, relaciones y perspectivas*, Huelva 2002, p. 210; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*, Barcelona 1994, p. 114; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 50 ss.

²⁶⁸ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, 50 ss; planteamiento al que se adhiere expresamente GÓRRIZ ROYO, *Protección penal...*, p. 637.

ilicitud penal de una conducta no sólo depende de su peligrosidad objetiva para lesionar el bien jurídico-penal protegido sino, especialmente, del nivel de **riesgo permitido** existente en el concreto ámbito en el que la misma se desarrolla²⁶⁹.

2. El riesgo permitido como criterio de determinación del riesgo típicamente relevante

1. En efecto, la figura del riesgo permitido ha pasado a ocupar un lugar central en la delimitación de la tipicidad objetiva, por cuanto no en vano constituye el elemento a través del que se determina, desde una perspectiva *ex ante*, la relevancia jurídico-penal de una conducta para lesionar un bien jurídico²⁷⁰. Y lo que resulta más importante a los efectos del presente trabajo, ha pasado a ocupar también un lugar fundamental en la determinación, en particular, de los riesgos que resultan idóneos jurídico-penalmente para lesionar los bienes jurídico-penales supraindividuales, en la medida en que

²⁶⁹ En este sentido, entre otros, ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa...*, pp. 382 ss; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 45 ss; MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*”, Madrid 2001, pp. 402 ss; NIETO MARTÍN, *El delito de quiebra*, Valencia 2000, pp. 100 ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid 1995, pp. 103 ss y 124 ss.

²⁷⁰ En este sentido, la actual configuración del riesgo permitido ha traído consigo, entre otras, las siguientes consecuencias jurídico-penales: **a)** en primer lugar, la conducta típica, entendida como creación de un riesgo típicamente relevante y no permitido, ocupa, actualmente, una posición preeminente en la configuración del injusto penal; **b)** en segundo lugar, la identificación estructural entre el tipo objetivo doloso y el tipo objetivo imprudente, y consiguientemente, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en el marco de los tipos dolosos de acción; y, **c)** en tercer lugar, la dependencia del tipo subjetivo con respecto al tipo objetivo, lo cual ha repercutido, a su vez, en la caracterización del dolo y la imprudencia que han pasado a concebirse, respectivamente, como conocimiento del riesgo típico y como un supuesto de error de tipo vencible.

estos últimos inciden en sectores de actividad en los que se admite un cierto margen de riesgo permitido (en base a la utilidad social que los mismos reportan) y en los que existe una duplicidad sancionadora (administrativa, civil, mercantil, laboral) que aconseja limitar la típicidad a aquellas conductas especialmente graves²⁷¹.

2. Entre las diferentes cuestiones que suscita la figura del riesgo permitido destacan, especialmente, las relativas a su naturaleza jurídica, la ubicación sistemática y los criterios elaborados para determinar cuándo nos encontramos ante un riesgo permitido o prohibido. Cuestiones todas ellas que, como apunta acertadamente la doctrina jurídico-penal, están íntimamente relacionadas, en la medida en que la solución que acojamos en torno a su naturaleza jurídica condicionará nuestra posición en relación a su ubicación sistemática y, a su vez, esta última cuestión determinará los criterios valorativos a partir de los cuales dilucidaremos cuándo un riesgo puede considerarse prohibido, esto es, no permitido²⁷².

2.1. Naturaleza jurídica del riesgo permitido

1. En la medida en que el examen de las diferentes posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica y la ubicación sistemática de la institución del riesgo permitido supera con creces los objetivos del presente

²⁷¹ Ambas circunstancias justifican la existencia en el presente investigación de un apartado dedicado a las repercusiones que, en general, comporta el riesgo permitido en el ámbito de los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales y, en particular, en el marco de la protección penal de la seguridad en el trabajo.

trabajo²⁷³, he considerado oportuno acotar mi análisis a las posiciones de aquellos autores que la sitúan en el ámbito de las causas de atipicidad y/o las causas de justificación²⁷⁴, centrando, mi atención, especialmente, en las similitudes y diferencias que guardan ambas figuras, por cuanto considero que ello nos ayudará a entender, en toda su extensión, el fundamento sobre el que se construye dicha institución y el por qué resulta tan importante en el marco de los delitos contra los bienes jurídico-penales supraindividuales como el que aquí nos ocupa.

2. El riesgo permitido y las causas de justificación comparten, esencialmente, un punto en común, ambas responden a la misma estructura.

²⁷² En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 72; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 42 ss, nota 10.

²⁷³ Sobre ambas cuestiones *Vid.*, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 308 ss; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, pp. 72 ss; KINDHÄUSER, “Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlichen Fahrlässigkeitshaftung”, GA 1994, pp. 197 ss; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992, pp. 125 ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 41 ss; SCHÜRER-MÖHR, *Erlaubte Risiken. Grundfragen des «erlaubten Risikos» im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt 1998, pp. 161 ss; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Madrid 1991, pp. 140 ss.

²⁷⁴ La doctrina se ha decantado, de forma mayoritaria, por la consideración del riesgo permitido como una causa de exclusión de la tipicidad objetiva. En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, pp. 226; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios...*, pp. ; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 87 ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, pp. 276 ss; quien limita su radio de acción al delito imprudente; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges...*, pp. 7 ss; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, (5ª ed), Valencia 2002, p. 298; JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, (CANCIO MELIÁ trad.), Madrid 1996, pp. 123 ss. MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, p. 465; SILVA SÁNCHEZ, LL 1997-3, p. 1718; TORÍO LÓPEZ, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, ADPCP 1986, pp. 33 ss; pp. 40 ss; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Bogotá 1994, pp. 96 y 102; ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 371 ss. Por el contrario, algunos autores han defendido su consideración como una causa de justificación. En este sentido, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso...*, p. 644.

Como muy acertadamente ha apuntado en nuestra doctrina CORCOY BIDASOLO²⁷⁵, tanto la valoración acerca de la tipicidad de un peligro potencialmente idóneo para lesionar un bien jurídico-penal como la valoración acerca de la concurrencia de una causa de justificación²⁷⁶, en especial, el estado de necesidad, requieren una previa ponderación de los intereses en conflicto. Mediante esta ponderación se determina, respectivamente, en qué medida deben tolerarse los riesgos potenciales y las lesiones efectivamente producidas al bien jurídico-penal protegido²⁷⁷.

²⁷⁵ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 81. Comparte esta conclusión, aunque desde un planteamiento diferente PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 442 ss y 514 ss, quien considera que el requisito de la ponderación de intereses constituye el elemento común a todos los supuestos de riesgo permitido en sentido amplio, esto es, tanto a los supuestos comúnmente incluidos bajo el marco de las llamadas causas de atipicidad, (concepto que el autor no utiliza por considerarlo confuso e incorrecto, pp. 518 nota 18) como las clásicas causas de justificación.

²⁷⁶ En este sentido, la idea rectora de la ponderación de intereses como fundamento material de las causas de justificación ha ocupado y ocupa un papel muy preponderante tanto en el marco de las teorías monistas como pluralistas. Sobre esta cuestión *Vid.*, entre otros, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, pp. 38 ss; CARBONELL MATEU, *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Madrid 1982, pp. 21 ss.

²⁷⁷ La doctrina penal ha señalado como el instituto del riesgo permitido responde a la idea de la ponderación de los intereses en conflicto. En efecto, es preciso ponderar el peligro que ciertas conductas conllevan para los bienes jurídicos y la utilidad social que las mismas reportan al conjunto de la sociedad. O más concretamente, la protección de los bienes jurídicos y el principio de la libertad de actuación, por cuanto la prohibición de todas estas actividades conllevaría la paralización de la vida social. En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, pp. 229 y 235; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 321 ss; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, pp. 71 ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, pp. 270 y 274 ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 129 ss y 342 ss; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges...*, pp. 72 ss; EL MISMO, *Tipo penal e imputación objetiva*, (CANCIO/JAÉN/PÉREZ DEL VALLE/REYES/VENTURA trads.), Madrid 1995, p. 71; REYES ALVARADO, *Imputación...*, p. 109; JAKOBS, *Derecho penal...* p. 244; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, (CANCIO MELIÁ trad.) Madrid 1996, pp. 64 ss quien, junto a los riesgos permitidos en base a su "legitimación histórica", alude a los riesgos permitidos en atención a la ponderación del riesgo.

3. Ahora bien, dicho esto, debe subrayarse, igualmente, el distinto alcance que adquiere el citado conflicto de intereses en el marco del riesgo permitido y de las causas de justificación, especialmente, el estado de necesidad, por cuanto mientras en el primero adquiere un carácter general y abstracto, en el segundo posee una naturaleza excepcional y concreta. En efecto, mientras que en las situaciones de conflicto relacionadas con el riesgo permitido todos tenemos el “deber de tolerar” el peligro que se valora como permitido, en las situaciones excepcionales propias del conflicto de intereses que se genera en el estado de necesidad, surge un “deber de tolerar” respecto a un determinado grupo de personas, residiendo su validez general en el hecho de que dicho deber emergerá en todos los casos en que tenga lugar esa situación excepcional que lo caracteriza²⁷⁸.

4. Sin embargo, la idea de la ponderación de intereses no sólo está presente en el seno de las causas de justificación, sino también en el resto de figuras que, junto al riesgo permitido, restringen la tipicidad objetiva: la

²⁷⁸ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 82, quien ilustra su exposición con sendos ejemplos. Planteamiento al que se adhiere expresamente ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, pp. 226 y 236; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 278. En la misma línea, aunque partiendo de un planteamiento diferente, cabe enmarcar igualmente a JAKOBS, *Derecho penal...*, pp. 243 ss; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México D. F., 2001, pp. 76 ss, quien critica a los autores que, ubicando al riesgo permitido en el ámbito de la justificación, estiman que estamos ante una ponderación de carácter concreto y no general; REYES ALVARADO, *Imputación...*, pp. 104 ss; RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva en el delito doloso de acción*, Barcelona 2001, pp. 294 ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 463, quien frente a la tradicional distinción entre “el tipo en sentido estricto” y la antijuricidad, propone la siguiente diferenciación: **a)** los casos de “riesgo generalmente permitido”, en los que se determina el nivel máximo de riesgo permitido existente en un ámbito de actividad en función de la posición que ocupa el sujeto en el mismo; y, **b)** los casos de “riesgo excepcionalmente permitido” en los que, atendiendo a las circunstancias específicas y concretas del caso en cuestión, se eleva el nivel de riesgo permitido establecido previamente de forma general y abstracta;

adecuación social, el principio de insignificancia, el consentimiento y el principio de confianza. Lo cual suscita al intérprete jurídico-penal el interrogante de hasta qué punto y en qué medida no pueden integrarse todas ellas en el instituto del riesgo permitido. Interrogante cuya solución supera con mucho los límites de la presente investigación, pero que no quisiera sortear sin apuntar alguna nota al respecto.

2.2. Riesgo permitido por adecuación social

1. Pues bien, a mi juicio, la figura de la adecuación social constituye un subcaso incluido en el instituto del riesgo permitido, por medio del cual el legislador, en tanto legítimo representante de la sociedad, decide tolerar algunas conductas potencialmente peligrosas o, incluso, efectivamente lesivas para con los bienes jurídico-penales²⁷⁹, tras comprobar que los beneficios socio-culturales que le reportan son mayores que los perjuicios que le

²⁷⁹ Me estoy refiriendo, básicamente, a aquellas prácticas deportivas que indirecta (fútbol, rugby) o directamente (boxeo, lucha...) menoscaban relevantes bienes jurídico-penales (vida, integridad física...) de los individuos que en ellas participan y que son toleradas por el legislador partiendo de la valoración positiva que de las mismas hace la sociedad. Valoración positiva que se proyecta sobre la propia Constitución en cuyo art. 43.3 se insta a los poderes públicos a fomentar la actividad física y el deporte. En efecto, una de las cuestiones más importantes la actividad deportiva ha suscitado a la doctrina jurídico-penal es, precisamente, el fundamento sobre el que se construye su irrelevancia penal. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos, ESER, "Lesiones deportivas y Derecho Penal", LL 1990-2, pp. 1130 ss; EL MISMO, "Deporte y justicia penal", (DÍAZ PITA trad.), RP (6) 2000, pp. 53 ss; GARCÍA VALDÉS, "Responsabilidad por lesiones deportivas", ADPCP 1993, pp. 973 ss; MIR PUIG, "Lesiones deportivas y Derecho penal", Rev. Del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya (36) 1987, pp. 33 ss; PAREDES CASTAÑÓN, "Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales", ADPCP 1990, pp. 633 ss; EL MISMO, "¿Por qué no se castiga la violencia en el deporte? (Algunas consideraciones sobre deporte y Derecho Penal?)", Perspectivas de la actividad física y el deporte (11) 1992, pp. 2 ss; EL MISMO, "La responsabilidad penal del deportista: el ejemplo del boxeador", REDD (5) 1995; pp. 81 ss.

ocasiona²⁸⁰. Y ello es así porque el legislador al determinar la relevancia jurídico-penal de un sector de actividad “debe” tomar en consideración las valoraciones que la propia sociedad tiene sobre el mismo²⁸¹, por cuanto, de lo contrario, se conculcaría uno de los rasgos definitorios del Estado Social y Democrático de Derecho, en concreto, su carácter democrático²⁸².

2. En opinión de CORCOY BIDASOLO, este cambio de valoración es el que explica la no tolerancia, por parte de los poderes públicos, de ciertas conductas que, hasta no hace demasiado tiempo, venían permitiéndose en el marco de la actividad deportiva, por ejemplo, la entrada de bengalas y material pirotécnico en los recintos deportivos, el consumo de bebidas alcohólicas en su interior, el despliegue de símbolos ensalzadores de la violencia (esbásticas,

²⁸⁰ La utilidad socio-cultural que reporta la realización de una actividad potencialmente peligrosa o efectivamente lesiva de bienes jurídico-penales constituye uno de los criterios sobre los que se fundamenta su permisión y consiguientemente, su irrelevancia en el ámbito del Derecho Penal. Lo cual no significa que dichas actividades no puedan ser objeto de otro tipo de sanciones. Así, por ejemplo el hecho de que ciertos menoscabos de la integridad física producidos en el transcurso de un partido de fútbol (patadas, codazos...) observando las reglas propias del mismo, no adquieran relevancia jurídico-penal, en base a la utilidad social que su práctica reporta al conjunto de la sociedad, no significa que dichas conductas queden impunes, puesto que, en función de su gravedad, pueden comportar la imposición de una sanción administrativo-disciplinaria a determinar por los correspondientes Comités de Disciplina Deportiva adscritos a las diferentes federaciones territoriales competentes.

²⁸¹ Riesgos a los que un sector doctrinal denomina “*riesgos con legitimidad histórica*”. En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, pp. 280 ss; JAKOBS, *La imputación...*, p. 122;

²⁸² En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, p. 303; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 95 ss; MORALES PRATS, “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, CPC (36) 1988, pp. 672; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, (7ª ed) Barcelona 2004, pp. 256 ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, p. 84.

cruces gamadas...), así como las actitudes violentas y xenófobas de los denominados grupos ultras²⁸³.

En este sentido, a mi juicio, la indignación social que causó la muerte de un niño en el campo del R.C.D Español, a consecuencia del impacto de una bengala está en el origen de la creación en nuestro país de la llamada Comisión Nacional Antiviolenca (RD 75/1992, de 31 de enero) y de la aprobación del Reglamento para la Prevención de la violencia en los Espectáculos Deportivos (RD 769/1993, de 21 de mayo), en el que se insta a los organizadores de los eventos deportivos a que destinen los recursos necesarios para impedir la entrada de instrumentos peligrosos, bebidas alcohólicas, bengalas o material pirotécnico (art. 24.2), siendo su incumplimiento sancionado con fuertes multas económicas e, incluso, la pérdida de la licencia para organizar eventos deportivos y la clausura del recinto por un plazo de hasta 2 años (art. 69 Ley del Deporte).

2.3. Riesgo permitido por insignificancia

1. El principio de insignificancia constituye también una causa de exclusión de la tipicidad incluida en el marco del riesgo permitido, mediante el que se consideran irrelevantes jurídico-penalmente aquellos comportamientos que, si bien crean una mínima cantidad de riesgo para determinados bienes jurídico-penales, se “toleran”, en atención al contexto en que los mismos se desarrollan, esto es, se permiten en base a la valoración que sobre los mismos realiza el conjunto de la sociedad²⁸⁴.

²⁸³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 97, quien destaca el aumento de las sanciones administrativas impuestas a los clubs de fútbol por los comportamientos violentos de sus hinchas, así como las condenas penales impuestas a estos últimos.

²⁸⁴ Ello explica el por qué algunos autores han puesto de relieve la estrecha vinculación existente entre el principio de insignificancia y la figura de la adecuación social. En este

2. Este binomio mínima cantidad de riesgo creado para el bien jurídico-penalmente protegido/la valoración social positiva o negativa del mismo explicaría, el por qué, respectivamente, no son constitutivos de un delito de injuria (art. 208 CP) ciertos insultos utilizados frecuentemente en las relaciones sociales, o el por qué, contrariamente, adquieren relevancia jurídico-penal determinadas acciones que, hasta no hace mucho, eran consideradas adecuadas socialmente como “piropear” o “golpear” en las nalgas a las empleadas. En efecto, mientras que la devaluación social que ha sufrido el honor, como bien jurídico-penal a proteger, ha conducido a ampliar las fronteras de lo insignificante, ensanchando consiguientemente el nivel de riesgo permitido, la significación positiva de la libertad sexual como bien jurídico-penal a tutelar, ha determinado, contrariamente, una disminución de lo considerado insignificante y, por consiguiente, un estrechamiento del margen de riesgo permitido²⁸⁵.

sentido, entre otros, ANARTE BORRALLLO, *Causalidad...*, pp. 301 ss; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 97.

²⁸⁵ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 97 ss. En la misma línea, se pronuncia ANARTE BORRALLLO, *Causalidad...*, p. 302, quien destaca la virtualidad que posee el principio de insignificancia en la calificación jurídico-penal como delito de cohecho del fenómeno, por otra parte muy frecuente, de aquellas personas que, de forma previa, invitan a aquellos que deben tomar decisiones administrativas en las que los primeros son parte interesada. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la SAP BALEARES 5-03-97 (ARP. 1997\274, PTE. CALDERÓN SUSÍN) en la que el Tribunal entiende que no es posible considerar constitutivo de un delito de cohecho la conducta del encargado de un cementerio que acepta las propinas de los familiares de los fallecidos, argumentando lo siguiente “... - estamos- *en definitiva ante unas acciones que no se considerarían antijurídicas o ilícitas por aplicación del criterio, ya desde hace años manejado por la dogmática penal, de la adecuación social, por tratarse de acciones que, aun no siendo ejemplares, permanecen plenamente dentro del orden ético social, históricamente condicionado, de la vida de la comunidad...*” (FJ 1º).

2. Sin embargo, a mi juicio, la atipicidad o no de estas conductas, no se determina, única y exclusivamente, en base a la valoración positiva o negativa que sobre las mismas tenga en general la sociedad, sino que, en última instancia, constituye una consecuencia lógica de la aplicación de los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y *ultima ratio* derivados del principio de necesidad de pena, en virtud de los cuales únicamente resulta legítima la imposición de una sanción penal con respecto a aquellos riesgos especialmente graves para lesionar los bienes jurídico-penales, y por definición, los riesgos abarcados por el principio de insignificancia, carecen de la potencialidad necesaria para menoscabarlos²⁸⁶.

2.4. Riesgo permitido y consentimiento

1. Por último, si bien la figura del consentimiento no puede sustituir a la institución del riesgo permitido, en la medida en que no puede solucionar todos los supuestos incluidos en éste último, su concurrencia o su ausencia pueden determinar, respectivamente, la licitud o ilicitud de una conducta. En efecto, a mi juicio, el consentimiento del titular del bien jurídico-penal constituye uno de los elementos que ha de tomarse en consideración en el momento en que se procede a delimitar los niveles de riesgo permitido en

²⁸⁶ De ahí que entienda absolutamente desproporcionado la imposición de una sanción penal a aquellos que cometen pequeños hurtos en establecimientos comerciales. En este sentido, se expresa CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 103, quien pone de relieve como la imposición de una pena a la persona que se apodera de un refresco en un supermercado no sólo comporta un coste social, al poner en marcha la maquinaria judicial, sino, especialmente, un coste personal al tener que someterse a un proceso y a una condena penal (que puede determinar la privación de un derecho fundamental como la libertad), cuando en dichos supuestos falta la necesidad de pena. En la misma línea, se sitúa ANARTE BORRALLO, *Causalidad...*, pp. 302 ss; quien destaca la relación existente entre el principio

ámbitos como el deporte o los tratamientos médico-quirúrgicos²⁸⁷. En relación al primero el consentimiento deviene un presupuesto necesario, aunque no suficiente, en la admisión de aquellas prácticas deportivas que generan riesgos especialmente relevantes para los bienes jurídico-penales, lo cual, en última instancia, constituye un argumento a los efectos de fundamentar la eficacia jurídico-penal del consentimiento en el nivel del riesgo permitido²⁸⁸.

2. Por otra parte, el consentimiento juega un papel fundamental en la resolución de los supuestos en que tiene lugar un conflicto de intereses entre la decisión responsable de un individuo de poner en peligro su vida o salud, como ejercicio de su libertad de autodeterminación, y la decisión del legislador de limitar su capacidad de disposición como manifestación de su “obligación” de proteger los bienes jurídicos especialmente valorados por el conjunto de la sociedad²⁸⁹. Esto es lo que sucede, precisamente, en el ámbito

de insignificancia en sentido amplio y el respeto del principio de proporcionalidad en tanto pilar fundamental de la Justicia Penal.

²⁸⁷ En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLO, *Causalidad...*, p. 231, nota 1286; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 98 ss; QUINTERO OLIVARES, “El consentimiento en el Derecho Penal español en especial referencia a algunas infracciones”, en *El consentimiento. El error*, CDJ Madrid 1993, p. 34; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, p. 80; SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Barcelona 1999, pp. 77 ss.

²⁸⁸ En este sentido, entre otros, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, (2ª ed) Barcelona 2001, pp. 176 y 321; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 318 ss; LA MISMA, “Imputación objetiva en el delito imprudente”, en *Causalidad e imputación objetiva*, (DÍAZ VALCÁRCCEL dir.), CDJ Madrid 1994, p. 54; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, pp. 99 ss, en particular nota 196; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, p. 80, quienes entienden que los niveles de riesgo permitido en actividades arriesgadas como el boxeo o el fútbol aumentan o disminuyen, respectivamente, en función de la participación libre o no de quien en ellas intervienen.

de los tratamientos médico-quirúrgicos en los que la ausencia de consentimiento informado del paciente determina la tipicidad de la conducta aunque el médico haya observado la *lex artis*, y, consiguientemente, haya determinado una mejora de la salud física o una disminución del riesgo de muerte²⁹⁰. Este planteamiento, a mi juicio, tiene su origen en la aceptación de una cierta disponibilidad por parte del individuo del bien jurídico-penal vida que encuentra su fundamento en la libertad, en tanto valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), el derecho al libre desarrollo de la

²⁸⁹ Conflicto de intereses que, en mi opinión, no sólo se suscita en los casos en que el individuo, de forma libre, decide disponer de su vida por sí mismo o con la ayuda de terceras personas, sino también en los supuestos de negativa a la transfusión de sangre por parte de los testigos de Jehová cuando éste constituye el único tratamiento posible para evitar su muerte y en los casos de huelga de hambre acaecidos en centros penitenciarios. Supuestos ambos que han sido objeto, respectivamente, de dos importantes pronunciamientos por parte de nuestro Alto Tribunal, STC 27-06-90 (RTC. 1990\120, PTE. DÍAZ EIMIL) y STC 18-07-02 (RTC. 2002\154, PTE. CACHÓN VILLAR). En este sentido, defienden la inclusión de estos dos últimos supuestos en la categoría genérica de “la disposición de la propia vida”, entre otros, CANCIO MELIÁ, *Conducta...*, p. 52; DÍEZ RIPOLLÉS, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario”, CPC (30) 1986, p. 609; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho penal*, Madrid 1999, pp. 310 ss y 416 ss; SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención”, CPC (38) 1989, pp. 367 ss y 402 ss; VALLE MUÑIZ, “Relevancia jurídico penal de la eutanasia”, CPC (37) 1989, pp. 184. En contra de su extensión, entre otros, DÍAZ ARANDA, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid 1996, pp. 248 ss; LUZÓN PEÑA, “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en caso de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis”, REP (238) 1987, p. 52.

²⁹⁰ En efecto, la realización de un tratamiento médico-quirúrgico sin el preceptivo consentimiento informado del paciente puede ser constitutivo de un delito de coacciones, con independencia de que se haya infringido o no la *lex artis* (art. 172.2 CP), o bien un delito de homicidio o lesiones imprudentes en aquellos supuestos en que dichos resultados sean imputables a una infracción de la norma de cuidado, esto es, la inobservancia de la *lex artis* aplicable en el supuesto concreto. En este sentido, entre otros, ASÚA BATARRITA/DE LA MATA BARRANCO, “El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado”, LL 1990-3, pp. 865 ss; CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia...”, pp. 112 ss; JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, *La imprudencia punible...*, pp. 71 ss; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...*, pp. 130 ss, en particular nota 184; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *La disponibilidad...*, pp. 500 ss.

personalidad (art. 10.2 CE)²⁹¹ y en una determinada concepción del bien jurídico-penal salud ligada a la idea de calidad de vida y desvinculada del concepto integridad física entendida como pronóstico de vida²⁹².

2.5. Los supuestos genuinamente incluidos en el marco del riesgo permitido

1. Llegados a este punto considero necesario examinar los supuestos en torno a los que, originariamente, se elaboró la institución del riesgo permitido, a fin de dilucidar los criterios en base a los cuales se determina cuándo estamos ante un riesgo jurídico-penalmente relevante para lesionar un bien jurídico-penal, esto es, ante un riesgo no permitido, prestando especial atención al papel que ocupa la infracción de normas extra-penales y los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y *ultima ratio* en la valoración del mismo.

²⁹¹ La doctrina considera, de forma unánime, que el consentimiento sólo excluye la tipicidad objetiva en aquellos supuestos en que el bien jurídico-penal es disponible por su titular. Lo cual, *a sensu contrario*, significa que carece de eficacia jurídico-penal en relación a los delitos contra bienes jurídico-penales supriindividuales, tal y como sucede en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 98 ss y 121 ss; JAKOBS, *Derecho penal...*, pp. 293 ss; DE LA GÁNDARA VALLEJO *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Madrid 1995, pp. 111 y 173; SEGURA GARCÍA, *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*, Valencia 2000, pp. 125 ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, p. 79; ROXIN, *Derecho penal...*, pp. 526 ss.

²⁹² En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia...”, pp. 125 ss; LA MISMA, “Consentimiento...”, pp. 266 ss; DE LA GÁNDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, pp. 100 ss y 220 ss; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El Delito de lesiones*, Salamanca 1982, pp. 22 ss y 81 ss; EL MISMO, “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, LH-BARBERO SANTOS, (vol. II), Cuenca 2001, pp. 49 ss y 52 ss.

2. Los supuestos genuinamente incluidos en el concepto de riesgo permitido son aquellos con respecto a los que históricamente surgió²⁹³: los relacionados con actividades peligrosas que se valen de medios tecnológicos o científicos y en las que se produce un conflicto de intereses que es preciso ponderar, entre la utilidad social que las mismas reportan al conjunto de la ciudadanía y las lesiones que las mismas comportan para determinados bienes jurídicos-penales individuales (p. e. la vida o la integridad física) y/o supraindividuales (p.e la seguridad en el trabajo, la seguridad en el tráfico viario o la seguridad de los consumidores y usuarios).

²⁹³ La figura del riesgo permitido surgió a mediados del siglo XIX, como un instrumento a través del que se justificaban las numerosas muertes y lesiones derivadas del maquinismo propio de la revolución industrial, al entender que ello beneficiaba el desarrollo económico del momento. En efecto, la imputación de los daños acaecidos como consecuencia del incipiente maquinismo propio de la revolución industrial habría constituido un obstáculo al rápido desarrollo económico, de ahí que uno de los principios de la doctrina liberal del *laissez faire* fuera, precisamente, la exoneración al empresario de la obligación de satisfacer los daños derivados de su puesta en funcionamiento. Así lo entienden, en la doctrina civilista, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, (3ªed), Madrid 1993, pp. 54 ss; BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid 1995, pp. 165 ss; REGLERO CAMPOS, “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de Responsabilidad civil*, (REGLERO CAMPOS coord), Pamplona 2002, pp. 167 ss; ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes*, Pamplona 1995, pp. 110 ss; en la doctrina penalista, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 309; FELIÓ SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 276; JAKOBS, *La imputación...*, p. 93, quien de forma muy gráfica apunta “... una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad...”.

3. A estos supuestos, en la actualidad, hay que sumarles los riesgos derivados del desarrollo tecnológico²⁹⁴, en los que es necesario distinguir, por un lado, los riesgos que son conocidos y, por el otro, los denominados “riesgos de desarrollo”, que hacen referencia a los riesgos cuyo alcance se desconoce. Riesgos estos últimos que revisten, si cabe, una mayor peligrosidad, por cuanto, incluso quienes los desarrollan, desconocen en su totalidad las consecuencias que, a medio y largo plazo, puede conllevar su práctica para el conjunto de la sociedad, lo cual ha suscitado la cuestión de hasta qué punto es necesaria la intervención del estado a fin de mantenerlos bajo control²⁹⁵.

²⁹⁴ Dentro de los denominados “nuevos riesgos” la biotecnología constituye uno de los ejemplos más paradigmáticos, por cuanto, si bien es cierto que nadie niega los beneficios que las investigaciones en el campo de la ingeniería genética pueden suponer para el conjunto de los ciudadanos (avances médicos, nuevas posibilidades en el ámbito de la reproducción asistida, la ganadería y la agricultura) no pueden obviarse las múltiples peligros que la investigación genética plantea a la propia sociedad (afectación de la identidad de la especie humana, la salud individual y pública y el equilibrio de los sistemas naturales...). En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas”, LH-VALLE MUÑIZ, Pamplona 2001, pp. 1104 ss, notas 4 y 5; LA MISMA, “Medicina predictiva y discriminación”, en *Medicina predictiva y discriminación*, Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas (4) 2001, p. 24 ss, trabajo en el que la citada autora señala los problemas científicos (análisis genéticos erróneos o inseguros, detección de enfermedades cuya curación aún se desconoce), sociológicos (el conocimiento de la enfermedades puede acarrear graves situaciones de angustia, enfermedades psíquicas o psicósomáticas y producir cambios vitales esenciales como no tener hijos, perder la pareja, ser aislado por los amigos...) jurídicos (generación de graves situaciones de discriminación en el ámbito laboral) y económicos que puede acarrear la utilización incontrolada de la medicina predictiva; FERNÁNDEZ BAUTISTA, “Las biotecnologías: alcance, eficacia y legitimación del Derecho penal, en *La política criminal en Europa*, (MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO dirs.), Barcelona 2004, pp. 203 ss; GARCÍA GONZÁLEZ, *Límites penales a los últimos avances de la ingeniería genética aplicada al ser humano*, Madrid 2001, p. 38.

²⁹⁵ Si bien considero que la magnitud de los riesgos que comportan o pueden comportar, en general, los avances tecnológicos, y en particular, la genética para bienes jurídicos como la vida, la salud o el medio ambiente, aconsejan, o mejor dicho, “obligan” al Estado a intervenir con el fin de mantenerlos dentro de unos niveles “tolerables”, entiendo que el control no puede ser absoluto, puesto que ello además de vulnerar el derecho fundamental a la libertad de investigación (art. 20.1 b CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE), resultaría contrario al mandato que pesa sobre los poderes públicos de promover la ciencia y la

3. En efecto, los denominados “riesgos de desarrollo” plantean problemas en dos momentos: **a)** en primer lugar, en el momento en el que procedemos a delimitar la esfera del riesgo permitido, en la medida en que, a diferencia de los riesgos conocidos, resulta imposible realizar un análisis coste/beneficio a partir del cual determinar si resultan desproporcionados sus perjuicios en relación con sus beneficios y, consiguientemente, no son asumibles por la sociedad; y, **b)** en segundo lugar, en el instante en que nos disponemos a delimitar la responsabilidad jurídica, por cuanto, hasta ahora, los daños producidos por una actividad o producto cuya peligrosidad no podía conocerse, en base a los conocimientos existentes en el actual estado de la ciencia y de la técnica, constituían una causa de exoneración de responsabilidad.

4. En este punto, debe ponerse de relieve que los denominados “riesgos de desarrollo” han suscitado la atención de otras ramas del Ordenamiento jurídico como, por ejemplo, el Derecho civil y el Derecho administrativo. Así, en relación al primero la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por daños de productos defectuosos, ha establecido en su art. 6.1. e) la llamada cláusula de exoneración por los riesgos de desarrollo, en virtud de la cual el fabricante o importador no responde de aquellos daños que se irroge al consumidor o

investigación científica en beneficio del interés general (art. 44.2 CE). En este sentido, se pronuncia, en general, ESTEVE PARDO, *Técnica...*, pp. 48 ss; quien hace referencia a la cobertura constitucional de la intervención del Estado en el control del desarrollo tecnológico, y en particular, en el marco de los avances biotecnológicos, entre otros, CASADO GONZÁLEZ, “El conflicto entre bienes jurídicos en el campo de la genética clínica: exigencias de salud pública y salvaguarda de la dignidad humana”, RDGH (4) 1996, pp. 31 ss; CORCOY BIDASOLO, “Límites y controles...”, p. 1107; LA MISMA, “Medicina...”, p. 22 ss; GARCÍA GONZÁLEZ, *Límites penales...*, pp. 126 ss; ROMEO CASABONA, “Límites jurídicos a la investigación y a sus consecuencias? El paradigma de la clonación”, RDGH (6) 1997, pp. 37 ss.

usuario si demuestra que en el momento de la puesta en circulación del producto **“el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes... no permitía apreciar la existencia del defecto”**²⁹⁶. Cláusula de exoneración que ha sido acogida, en toda su extensión, en el ámbito de la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración tras redacción dada por la Ley 4/1999, el art. 141 contenido en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común²⁹⁷.

5. Sin embargo, desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, los “riesgos de desarrollo”, en tanto riesgos desconocidos, están dentro del riesgo permitido y, consecuentemente, no pueden ser imputados a aquél que realizó la actividad, lo cual constituye una consecuencia lógica del concepto normativo de peligro del que parte el moderno Derecho penal y de la función de motivación que cumple la norma penal²⁹⁸.

²⁹⁶ Si bien hay que sobrevalorar en demasía la importancia de dicha cláusula, por cuanto la propia Ley impide su aplicación a los alimentos y a los medicamentos, lo cual, sin lugar a dudas, resta eficacia a la misma.

²⁹⁷ Art. 141.1: “*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos*”

²⁹⁸ En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLO, *Causalidad...*, p. 230; CORCOY BIDASOLO, “Los delitos...”, pp. 75 ss; LA MISMA, “Imputación...”, p. 52; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, pp. 64 ss y 90 ss; ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad...*, p. 129, en particular nota 316; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...*, pp. 129 ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, p. 379; quien concluye “... se abre otro espacio de riesgo permitido: el de la lesión o puesta en peligro de intereses, merecedores de la protección del Derecho, pero incognoscibles para el sujeto en el caso concreto, y por ello irrelevantes en el proceso de determinación de la antijuricidad”.

2.6. Criterios de determinación del riesgo permitido

1. Cuatro son los criterios que han de tomarse en consideración en la determinación de cuándo estamos ante un riesgo jurídico-penalmente relevante, esto es, no permitido: **a)** el bien jurídico-penalmente “puesto en peligro” o efectivamente lesionado con la creación del riesgo; **b)** la utilidad que reporta el tipo de actividad permitida; **c)** la infracción de la normativa extra-penal; y **d)** los principios político-criminales limitadores del *ius puniendi*, concretamente, los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad.

2.6.1. Bien jurídico-penal protegido

1. La doctrina coincide al señalar que el bien jurídico-penalmente protegido ocupa un papel preeminente en la previa ponderación de intereses consustancial a la determinación del riesgo permitido en un concreto ámbito de actividad, por cuanto en atención al bien jurídico-penalmente afectado el nivel de riesgo tolerado será mayor o menor²⁹⁹. En efecto, la graduación del peligro aumenta según la mayor o menor importancia de los bienes jurídico-penales en juego, en la medida en que mientras una pequeña probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal básico, como la vida o la salud, constituye un riesgo jurídico-penalmente relevante, esa misma probabilidad frente a otro

²⁹⁹ En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, p. 237; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, p. 208; LA MISMA, “Imputación...”, p. 51; LA MISMA, ADPCP 1996, p. 308, nota 57; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, p. 101; LASCURAIN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 339; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, p. 466.

bien jurídico de menor entidad, como podría ser la seguridad en el tráfico o la seguridad de los consumidores, puede calificarse como permitido.

2. La mayor abstracción de los bienes jurídico-penales supraindividuales con respecto a los bienes jurídico-penales individuales y muy especialmente el hecho de que estos últimos intervengan en sectores ya protegidos por otras ramas del ordenamiento jurídico (Derecho mercantil, Derecho administrativo, Derecho laboral...), “obliga” al legislador penal a admitir un mayor nivel de riesgo permitido en los primeros que en los segundos y en consecuencia a incriminar, únicamente, aquellos riesgos especialmente graves, pues, de lo contrario, la intervención del Derecho penal resultaría contraria a los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*.

2.6.2. Utilidad social

1. A continuación, debe analizarse la razón o razones que conducen a permitir el desarrollo de una actividad que comporta la creación de riesgos jurídico-penalmente relevantes. En efecto, deben identificarse los diferentes intereses que explican el por qué el ordenamiento jurídico tolera la existencia de algunas actividades pese a conocer que, estadísticamente, seguro que conllevan la efectiva lesión de bienes jurídico-penales (tráfico viario, seguridad en el trabajo...).

2. Si bien es preciso atender al ámbito concreto, puede afirmarse, con carácter general, que el nivel de riesgo permitido aceptado en un determinado sector de actividad dependerá de: **a)** el grado de utilidad social, socio-

económica o cultural que reporta al conjunto de la sociedad; y b) las posibilidades técnicas y económicas con que se cuente para controlar el riesgo que la misma conlleva, es decir, de las garantías que ofrezcan las distintas medidas de seguridad encaminadas a mantenerlo bajo control³⁰⁰. Ciertamente, el ordenamiento jurídico tolera la existencia de un riesgo, pero como contrapartida, impone a quien lo genera una serie de obligaciones encaminadas a controlar y/o mantener dicho riesgo dentro de unos niveles socialmente aceptables³⁰¹.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la SAP GUIPÚZCOA 28-01-02 (AC. 2002\1384, PTE. SUBIJANA ZUNZUNEGUI) en la que se afirma lo siguiente “... *En la dinámica societaria actual, que en términos sociológicos se ha plasmado en la expresión sociedad del riesgo, el principio de responsabilidad omisiva se centra en la planificación de los riesgos para que los mismos se desenvuelvan dentro del riesgo comunitariamente asumible. La noción de riesgo relevante gira en torno a la utilidad social de la actividad desempeñada y la posibilidad de*

³⁰⁰ En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLO, *Causalidad...*, pp. 226 y 237; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 320 ss; LA MISMA, “Imputación objetiva...”, pp. 50 ss; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, pp. 101 ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Madrid 1999, p. 197; EL MISMO, *Resultado lesivo...*, p. 271; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges...*, p. 138, nota 155; ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad...*, pp. 122 ss; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Córdoba 1992, p. 117, quien hace referencia a la noción de “**rendimiento social**”; ROMEO CASABONA, *El médico...*, p. 71; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, RPJ (64) 2001, p. 96. En la misma línea, se pronuncia el AAP MADRID 19-11-01 (JUR. 54065\2001, PTE. FERNÁNDEZ FARALDO) en cuyo FJ 4º se afirma lo siguiente “... *La cantidad de riesgo que es considerado como permitido en una actividad, no es estática, sino que depende de dos factores: la utilidad de esa conducta y las posibilidades técnicas y económicas de controlar el peligro inherente a la actividad...*”.

³⁰¹ En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, pp. 289 ss; REHBERG, *Zum Lehre vom erlaubten Risiko*, Zürich 1962, pp. 211 ss; SCHÜNEMANN, “Die Ddeutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wieners Kommentars”, (1ª parte), GA 1985, p. 359.

implementar medios de planificación del riesgo que ubiquen el mismo dentro de los parámetros del riesgo admisible”. De ahí que la doctrina del Tribunal Supremo sea consecuente con la hora de sostener que la creación de un riesgo consecuente al ejercicio de una actividad lícita conlleva la obligación de establecer en su ámbito aquellos medios imprescindibles de seguridad que tiendan a evitar daño...”. (FJ 3º).

3. En efecto, existen una serie de actividades que, a pesar de que generan numerosos y relevantes riesgos para determinados bienes jurídicos especialmente importantes como la vida o la salud de las personas, son toleradas por el ordenamiento jurídico, no tanto en atención a la utilidad socioeconómica que las mismas reportan, sino, especialmente, en base a la utilidad socio-cultural, esto es, al arraigo social que las mismas tienen en la conciencia colectiva. Entre las mismas, quisiera destacar en especial dos: los riesgos derivados de los festejos taurinos, y en particular, los peligros que conlleva la suelta de vaquillas en los cascos urbanos³⁰² o los riesgos derivados de la utilización de atracciones de feria.

³⁰² En efecto, su importancia social, junto a los numerosos riesgos que la misma conlleva para la vida e integridad física de las personas, explican la presencia en nuestro ordenamiento jurídicos de una normativa específica reguladora de los espectáculos taurinos (arts. 2.3 y 10.2 Ley 10/1991, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos y el RD 145/1996, que la desarrolla) en la que se establecen una serie de medidas encaminadas a prevenir los accidentes y a garantizar el resarcimiento de los daños irrogados a los espectadores que intervienen en encierros desarrollados en vías urbanas. Entre dichas medidas destacan las siguientes: **a)** existencia de instalaciones o servicios médicos; **b)** suscripción de una póliza de seguro colectivo para cubrir los daños derivados de la citada actividad; **c)** contratación de profesional taurino competente para auxiliar a los que tomen parte en la fiesta, **d)** vigilancia de las vías públicas y adopción de medidas las medidas necesarias en garantía de las personas y los bienes. Todas estas medidas deben ser adoptadas por el promotor del encierro y por el ayuntamiento, si bien en la mayoría de ocasiones, el organizador de los encierros y sueltas de vaquillas es el propio Ayuntamiento. Sobre esta cuestión, *vid.*, entre otros, el trabajo de ORTÍ VALLEJO, “Responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo”, en *Tratado de Responsabilidad civil*, (REGLERO CAMPOS coord.), Pamplona 2002, pp. 1381 ss.

4. La razón última que explica la tolerancia por el ordenamiento de una actividad especialmente peligrosa para bienes jurídico-penales esenciales como la vida o la salud como la suelta de vaquillas en cascos urbanos es, junto a los pingües beneficios económicos que dicho “espectáculo” puede reportar (pensemos en los San Fermín en Pamplona), la utilidad socio-cultural y personal que proporciona a aquellos que de forma activa o pasiva intervienen en la misma.

En este sentido, se expresa la SAP NAVARRA 28-05-93 (AC. 1993\1031, PTE. RUIZ POLANCO) en la que se señala lo siguiente “... *la fiesta es, en origen, fruto de la demanda social de las exigencias de la población, de manera que puede hablarse no sólo de la imprescindibilidad de tal clase de festejos en muchas poblaciones, sino hasta del desencanto y la subsiguiente protesta popular por la mansedumbre de las reses... tanto menos en una comunidad como la navarra en que los repetidos espectáculos participativos son históricamente consustanciales a las fiestas patronales de localidades grandes y pequeñas, dato notorio que configura, sin duda, la realidad social a que se refiere el art. 3 del CC como elemento de hermenéutica jurídica*” (FJ 4º).

5. En relación a los numerosos riesgos que conlleva el desarrollo de otras actividades lúdicas como la utilización de las atracciones de feria, quisiera poner de relieve como, en las escasas resoluciones judiciales en que se discute la posible imputación penal de las lesiones sufridas por los usuarios de dichos aparatos lúdicos, se absuelve a los propietarios de los mismos aduciendo, entre otras cosas, el cumplimiento por el propietario de las

medidas de seguridad establecidas o la necesidad de dar cumplimiento al principio de intervención mínima propio del Derecho penal³⁰³.

6. Sin embargo, la importancia que en este ámbito tiene el riesgo permitido se advierte cuando se analizan las numerosas sentencias dictadas en la jurisdicción civil en las que se dilucida la posible responsabilidad extracontractual por los daños irrogados a los usuarios. Momento en el que uno no deja de sorprenderse al comprobar como, en muchas de ellas, no sólo los hechos podrían haber sido constitutivos de un delito de homicidio y/o lesiones por imprudencia grave o una falta de homicidio por imprudencia leve, sino que la imputación se fundamenta en la llamada responsabilidad por riesgo³⁰⁴. El enjuiciamiento de estas conductas siempre en vía civil y no en la penal, sólo se explica en atención a la utilidad social y personal que estas actividades lúdicas reportan a quienes las practican.

7. Por su parte, la evolución de la técnica y el desarrollo económico han jugado y siguen jugando un destacado papel en la reducción del nivel de riesgo permitido en ámbitos como el tráfico rodado o en la protección de aquellos bienes jurídicos más estrechamente vinculados con el desarrollo de las actividades industriales como sucede en el caso del medio ambiente.

³⁰³ En este sentido, respectivamente, las SSAP GRANADA 8-02-01 (ARP. 2001\170, PTE. SEGURA TORRES, FJ 4º) y CÁDIZ 2-03-99 (ARP. 1999\453, PTE. GROSSO DE LA HERRÁN, FJ 1º).

³⁰⁴ Instrumento por medio del cual el Ordenamiento jurídico-civil combate la multiplicación de las actividades peligrosas derivadas del desarrollo de la técnica. En este sentido, entre otras, las SSAP LLEIDA 5-06-01, (AC. 2001\1135, PTE. MONTELL GARCÍA); SEVILLA 10-03-00, (AC. 2000\1683, PTE. MALPICA SOTO); LEÓN 9-04-99, (AC. 1999\1387, PTE AMEZ MARTÍNEZ); CÓRDOBA 3-12-97, (AC. 1997\2418, PTE. PALACIOS LUQUE).

8. En efecto, el desarrollo tecnológico que ha tenido lugar en el sector automovilístico, ha traído consigo una mejora de los sistemas de seguridad activa y pasiva de los vehículos y una disminución de sus costes, lo cual, en última instancia, se ha traducido en una reducción del nivel de riesgo tolerado en este sector de actividad³⁰⁵. Ahora bien, esta reducción del riesgo permitido en el tráfico viario no habría sido posible si, simultáneamente, no se hubiera registrado en nuestro país un cambio en la valoración social en relación a las numerosas muertes y/o lesiones que cada fin de semana se producen, desgraciadamente, en nuestras carreteras³⁰⁶. Muertes y/o lesiones que, junto al drama social que conllevan, suponen un elevado coste económico para el conjunto de la sociedad. En este sentido, basta pensar en el coste económico que supone para las empresas y para el conjunto de la economía nacional las bajas laborales derivadas de los accidentes de tráfico, así como los costes económicos que las mismas ocasionan a la administración pública sanitaria, en

³⁰⁵ En este sentido, destaca CORCOY BIDASOLO, *Delitos de pelgro...*, pp. 55 ss y 91 ss, que en la actualidad la jurisprudencia, a diferencia de lo que sucedía en los años 60 o 70, no califica como fortuitas las muertes y/o lesiones ocasionadas por la conducción de los vehículos con neumáticos en mal estado como fortuitas, sino que considera que tal circunstancia constituye un riesgo jurídico-penalmente relevante, y por tanto, no permitido, que puede dar lugar a responsabilidad penal. Y ello ha sido posible, no sólo porque ha cambiado la valoración social con respecto a tales hechos, sino también, porque los avances técnicos y la situación económica han posibilitado un incremento de las medidas de seguridad, y consiguientemente, una reducción del nivel de riesgo permitido. Es más, en su opinión, dicho incremento de medidas resulta útil, en términos económicos, al conjunto de la sociedad, por cuanto, entre otras cosas, el control de su estado de conservación a través de la preceptiva ITV genera nuevos puestos de trabajo, un aumento del consumo y una renovación del parque móvil que se erige en un incentivo para la industria del automóvil y para el conjunto del sistema económico de un país.

³⁰⁶ Junto a las emisiones de gases contaminantes a la atmósfera, la contaminación acústica...

concepto de operaciones y subsiguientes rehabilitaciones que, en muchos casos, pueden prolongarse en el tiempo de forma indefinida³⁰⁷.

9. Por su parte, las actividades industriales constituyen otro de los sectores en los que se refleja claramente la importancia que han adquirido los avances tecnológicos y el desarrollo económico en la protección de aquellos bienes que, como el medio ambiente, resultan directamente afectados por los riesgos derivados de las mismas³⁰⁸. Ciertamente, la tutela del medio ambiente depende, en gran parte, de las posibilidades técnicas y económicas con las que cuenta un determinado territorio³⁰⁹, por cuanto, únicamente, los países que

³⁰⁷ En este sentido, destacan los riesgos que conlleva el tráfico viario con respecto a la vida, salud, medio ambiente... y los costes que ello supone, entre otros, en la doctrina administrativista, CANO CAMPOS, *El régimen jurídico-administrativo del tráfico. Bases históricas y constitucionales, técnicas de intervención y sanciones*, Madrid 1999; en la doctrina penalista, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 82 y 227; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, (2ª ed) Barcelona 1992, pp. 263 ss.

³⁰⁸ La actividad industrial constituye una importante fuente de peligros para el medio ambiente y para otros bienes jurídico-penales relevantes como la vida, la salud, la seguridad de los consumidores o la seguridad en el trabajo. En efecto, las empresas generan riesgos durante las distintas fases del proceso productivo: **a)** durante la fase de producción *strictu sensu*, se crean riesgos a las personas que participan en la elaboración del producto, los trabajadores; **b)** durante la fase de distribución del producto se pueden crear riesgos a los destinatarios finales del producto o servicio, los consumidores; **c)** durante la fase de eliminación de las materias o sustancias utilizadas en la producción del producto se crean riesgos para el equilibrio de los sistemas naturales (gestión de los residuos). En este sentido, un sector de nuestra doctrina ha puesto de relieve los distintos riesgos que conlleva la actividad empresarial, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, “La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial”, en *La responsabilidad penal de las sociedades. Actuación en nombre de otro. La responsabilidad de los consejos de administración. Responsabilidad de los subordinados*, (BACIGALUPO ZAPATER dir.), CDJ Madrid 1994, pp. 63 ss; CORCOY BIDASOLO, “Responsabilidad penal...”, pp. 247 ss; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases...*, pp. 83 ss; LA MISMA, *Política...*, p. 263, nota 38.

³⁰⁹ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, “Los delitos...”, p. 58; LA MISMA, “Protección penal del medio ambiente: legitimidad y alcance. Competencia penal y administrativa en materia

disponen de los medios económicos y tecnológicos pueden adoptar las medidas de seguridad necesarias para minimizar los riesgos derivados de la actividad industrial. De ahí que algunos autores defiendan la necesidad de articular la protección del medio ambiente en torno a la idea del “desarrollo sostenible”, en la medida en que constituye la única forma a través de la que se pueden conciliar dos intereses en sí mismos contradictorios: el desarrollo económico y la utilización racional de los recursos naturales³¹⁰.

de medio ambiente”, en *Derecho penal de Empresa*, (CORCOY BIDASOLO dir.), Pamplona 2002, pp. 617 ss, quien apunta muy acertadamente como “... en aquellos lugares en los que existe un elevado índice de paro, al cerrar una empresa o el denegar el permiso de apertura, por falta de medidas de protección del medio ambiente o porque dadas las características va a implicar una fuerte agresión a los recursos naturales de la zona, tiene un fuerte **coste político**. En general las diversas instancias laborales se muestran contrarias a esas medidas y, en consecuencia, la **Administración tiende a permitir su apertura o a no aplicar medidas que puedan conducir al cierre de la empresa para evitarse graves problemas sociales...**”. Constituyen ejemplos paradigmáticos de ello, entre otros, el “Caso Aznalcollar”, el “Caso Puigneró” e, incluso, el “Caso Prestige”.

³¹⁰ El concepto de “desarrollo sostenible” tiene su origen en el Informe Brundtland (Naciones Unidas 1987), en el que se define como “... *aquel desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades*”. Varios son los autores que, directa o indirectamente, se han ocupado del mismo, entre otros, en la doctrina constitucionalista, AGUILERA VAQUÉS, *El desarrollo sostenible y la Constitución Española*, Barcelona 2000, pp. 33 ss; en la doctrina administrativista, entre otros, MARTÍN MATEO, *Manual de Derecho ambiental*, (2ª ed) Madrid 1998, pp. 41 ss; y en la doctrina penalista, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Los delitos...”, pp. 56 ss y 73 ss, quien ha puesto de relieve la estrecha relación existente entre el concepto de “desarrollo sostenible” y la idea del riesgo permitido; GÓRRIZ ROYO, *Protección penal...*, pp. 493 ss, quien ha destacado el importante papel que puede desempeñar el concepto de desarrollo sostenible y las técnicas orientadas a la ordenación del territorio en la protección del medio ambiente. Por último, quisiera apuntar que el concepto “desarrollo sostenible” ha sido también acogido en algunas sentencias del TC en las que se ha puesto de relieve la necesidad de cohonestar la protección de intereses como el medio ambiente o la ordenación del territorio con los intereses propio del desarrollo económico, entre otras, las SSTC 4-11-82 (RTC. 1982\64, PTE. LATORRE SEGURA, FJ 2º) y 26-06-95 (RTC. 1995\102, PTE. DE MENDIZABAL ALLENDE, FJ 4º).

2.6.3. Infracción de las normas extra-penales

1. En relación al papel que cabe asignar a la infracción de normas extra-penales en la delimitación del riesgo permitido, entiendo que su conculcación constituye uno de los indicios a partir del cual se determina la relevancia jurídico-penal de un riesgo, o como afirma la doctrina mayoritaria, se erige en uno de los elementos por medio del que se concreta la infracción del deber objetivo de cuidado propio del delito imprudente.

2. Ciertamente, en opinión de la doctrina jurídico-penal, tanto las normas jurídicas que regulan cada uno de los sectores en los que incide el denominado “nuevo Derecho penal” (p.e la seguridad en el trabajo, el medio ambiente, la seguridad en el tráfico, la responsabilidad por el producto...), como las “normas” que rigen los ámbitos más vinculados al desarrollo de la técnica, esto es, las denominadas *lex artis*³¹¹, poseen un carácter meramente indiciario y no fundamentador en la determinación de un riesgo como no permitido. No llegando a ostentar ni siquiera este carácter indiciario las normas jurídicas o técnicas que en estos ámbitos no tienen como fin la protección de bienes jurídicos, sino, únicamente, la regulación de aspectos organizativos o políticos³¹².

³¹¹ En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLO, *Causalidad...*, pp. 243 y 245; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 309; JAKOBS, *La imputación...*, p. 126.

³¹² Pensemos, por ejemplo, en las numerosas normas que, en el ámbito del fútbol, regulan aspectos tales como la simulación de un penalti. Normas cuya infracción si bien pueden acarrear la expulsión del jugador que intenta “engañar” al árbitro nada tienen que ver con la protección de la integridad física de quienes intervienen en el juego. En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLO, *Causalidad...*, pp. 242 ss; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 122, 150 y 306; LA MISMA, “Imputación...”, pp. 43 y 66; LA MISMA,

2. Esta cuestión se enmarca, a su vez, en la problemática relativa a la delimitación entre los conceptos del riesgo permitido y el deber objetivo de cuidado³¹³. Delimitación esta que ha dividido a la doctrina entre aquellos autores que defienden una equiparación o integración entre ambas categorías³¹⁴ y aquellos otros que mantienen, por el contrario, la necesidad de diferenciarlos, dotando de autonomía a ambas instituciones³¹⁵. Pues bien, a mi juicio, la infracción del deber objetivo de cuidado constituye una concreción, en el ámbito del tipo imprudente, de la categoría más amplia del riesgo permitido, por cuanto mientras el primero se erige en el elemento sobre el que se sustenta la tipicidad objetiva imprudente, el segundo se presenta como el instituto por medio del cual se determina la tipicidad objetiva de una conducta, esto es, la relevancia jurídico-penal de un riesgo. De ahí que sostenga su extensión a todos los tipos (y entre ellos al imprudente) y, en especial, a los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales.

Delitos de peligro..., pp. 104 ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, pp. 299 ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 114 ss; REYES ALVARADO, *Imputación...*, p. 118.

³¹³ En este sentido, ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, pp. 233 ss, quien realiza un somero pero certero análisis en relación a las diferentes posiciones mantenidas por la doctrina jurídico-penal al respecto.

³¹⁴ En este sentido, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, “¿Qué es la imputación objetiva?”, EPC (X) 1987, pp. 175 ss; GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid 1980, pp. 213 ss, con numerosas referencias a la bibliografía alemana; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...*, pp. 139 ss; quien considera que la “... exigencia de creación de un riesgo, en el sentido de peligrosidad que sobrepase las fronteras del riesgo permitido, **está ya incluida en la lesión del deber de cuidado objetivamente debido...**”, de ahí que se muestre contraria al mantenimiento del riesgo permitido como instituto independiente.

³¹⁵ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, pp. 324 ss; LA MISMA, *Delitos de peligro...*, p. 72, nota 120.

3. Ello explica igualmente por qué no comparto la opinión de aquellos autores que estiman que el riesgo permitido únicamente adquiere relevancia en el seno del delito imprudente³¹⁶, no extendiendo su aplicación a los delitos contra bienes jurídico-penales supraindividuales. Y ello en base al siguiente razonamiento: si el riesgo permitido constituye, tal y como sostienen dichos autores, una figura consustancial al delito imprudente, cuyo origen coincide con los riesgos derivados del maquinismo propio de la revolución industrial, y el ordenamiento jurídico tolera dichas actividades peligrosas en atención a que reportan más beneficios sociales que perjuicios, no entiendo por qué no extienden su aplicación al ámbito de los “delitos de peligro”³¹⁷, cuando estos últimos inciden, precisamente, en sectores de actividad que generan numerosos riesgos, hasta el punto de constituir uno de los rasgos característicos del actual modelo social postindustrial, y cuando además algunos de estos autores configuran dichos delitos como un adelantamiento de

³¹⁶ En este sentido, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, pp. 276, quien afirma expresamente que “... **el instituto del riesgo permitido... sólo tiene relevancia en el ámbito del delito imprudente**”; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación...*, pp. 139 ss.

³¹⁷ En este sentido, en general, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 72 y 120; quien muestra su desacuerdo con los autores que circunscriben la figura del riesgo permitido al tipo imprudente y no amplían su aplicación a los delitos dolosos y, en especial, a los “delitos de peligro”. En la misma línea, entiendo que se sitúa ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, p. 232, quien después de admitir que en la selección de las actividades afectadas por el concepto de riesgo permitido se tienen en cuenta las que afectan a bienes jurídicos eminentemente individuales como la vida o la integridad física, añade “... **no hay que descartar otras que se refieran a bienes jurídicos no tan personales, ya sean de carácter individual o colectivo**”; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 234, quien, en el concreto ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo, concluye “... **la mayor parte de los delitos de peligro, cuya extensión podría acabar haciendo intolerable la convivencia social, sacrificando más libertad de la que procuran, se circunscribe a ámbitos de comportamiento que, por su utilidad, son permitidos y, por su peligrosidad, son reservados a ciertos grupos de personas**”.

la barrera de protección respecto a los bienes jurídico-penales individuales como la vida y la integridad física³¹⁸.

2.6.4. Principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad

1. Ahora bien, llegados a este punto, cabe preguntarse por qué la doctrina, de forma mayoritaria, atribuye a la infracción de las normas extra-penales un carácter indiciario y no fundamentador. La respuesta está íntimamente relacionada con el último de los criterios que sirve o debería servir para delimitar el riesgo permitido: los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad³¹⁹.

2. En efecto, el estricto cumplimiento de dichos principios informadores del Derecho penal y la imposición de una sanción tan aflictiva como la pena

³¹⁸ En efecto, si los delitos de peligros son conceptuados como un adelantamiento de los bienes jurídico-penales individuales como la vida o la integridad resulta lógico afirmar a continuación la relevancia que el riesgo permitido adquiere en la configuración de los mismos. En este sentido, me sorprende la postura de FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 279, quien después de admitir la relevancia que el riesgo permitido adquiere en aquellos sectores detalladamente regulados por otras ramas del ordenamiento jurídico, poniendo como ejemplo la conducta prevista en el art. 343 CP, acaba, sin embargo, concluyendo “... creo que no exagero cuando afirmo que el tema del riesgo permitido supone en la actualidad el centro neurálgico de la doctrina del delito imprudente...”, cuando si existe una categoría en la que las regulaciones extra-penales juegan un papel fundamental es precisamente la de los “delitos de peligro”.

³¹⁹ En este sentido, destacan la importancia que adquieren dichos principios como criterios a utilizar en la determinación de la relevancia jurídico-penal de un conducta, esto es, en la delimitación como no permitido de un riesgo, entre otros, ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, p. 243; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 57 y 107 ss; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, p. 466; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 505 ss.

privativa de libertad justifican la elevación de los niveles de riesgo permitido en el ámbito penal. O en sentido contrario justifican el que en otras ramas del ordenamiento jurídico como el Derecho civil o el Derecho administrativo se exija un mayor grado de diligencia en el cumplimiento de los deberes impuestos, admitiendo, incluso, la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo³²⁰.

En este sentido, se pronuncia, entre otras, la SAP MURCIA 19-06-00 (JUR. 2000\244438, PTE. JOVER CARRIÓN) en la que se afirma lo siguiente “... *Con carácter previo al examen de la infracción objeto de imputación, se estima preciso recordar que en el ámbito penal en el que nos movemos en modo alguno pueden aceptarse consecuencias próximas a una responsabilidad objetiva o por el resultado, difíciles de conjugar con el principio de culpabilidad, las cuales sí podrían ser válidas en otros ámbitos, como lo sería en el de las infracciones laborales o de responsabilidad civil...*” (FJ 1º).

3. Esta vinculación entre la función asignada a una determinada rama del ordenamiento jurídico y el sistema de responsabilidad que lo caracteriza, explica, entre otras cosas, por qué en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, que como todos sabemos cumple una función eminentemente reparadora, resulta coherente la asunción de un sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo, por cuanto, no en vano dicho sistema garantiza la máxima satisfacción de las víctimas que han sufrido un daño derivado de la actividad industrial. Es más, si la sociedad tolera ciertas actividades, pese a

³²⁰ En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, p. 243; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 107; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 75-76 y 505, en particular nota 77; EL MISMO, “El límite entre imprudencia y riesgo permitido en Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?”, ADPCP 1996, p. 929.

conocer los riesgos que las mismas originan, es precisamente porque saben que en el caso de que dicho riesgo se concrete en un daño van a ser resarcidas por aquél que se ha beneficiado de tal actividad, esto es, el “empresario”³²¹.

4. La interrelación existente entre la figura del riesgo permitido y las funciones asignadas al Derecho penal se erige igualmente en la clave para entender en toda su extensión por qué resulta imprescindible en Derecho penal la adopción de un concepto restringido de riesgo permitido. En efecto, la asunción de un concepto autónomo de riesgo permitido es el único que puede garantizar el que sólo adquieran relevancia jurídico-penal los riesgos especialmente graves, erigiéndose, por el contrario, lo riesgos que no cumplen dicha exigencia, en el objeto propio de aquellas otras ramas del ordenamiento jurídico que se caracterizan, precisamente, por poseer una menor incidencia en los derechos fundamentales de la persona³²².

5. Ahora bien, dicho esto, cabe destacar el desigual papel que cumplen los principios político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad en la delimitación del riesgo permitido efectuado en primera instancia por el legislador penal y en última instancia por los Jueces y

³²¹ En este sentido, entre otros, REGLERO CAMPOS, “Los sistemas...”, pp. 177 ss; ZELAYA ETCHEGARAY, *La responsabilidad civil...*, pp. 133 ss.

³²² En efecto, el hecho de que determinados riesgos no adquieran relevancia jurídico-penal, no significa que no puedan ser sancionados por el Derecho administrativo, el Derecho laboral o el Derecho civil. Así, por ejemplo, cuando se demuestre que el vertido realizado no superaba los índices legalmente establecidos en la normativa protectora del medio ambiente, podrá ser sancionado administrativamente si se demuestra que la empresa carecía de la preceptiva autorización para efectuarlo. En este sentido, entre otros, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 88, nota 166, 90 ss y 120 ss; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, p. 505.

Tribunales. Ciertamente, mientras que los primeros cumplen, *de facto*, un modesto papel en la delimitación legislativa del riesgo permitido, en la medida en que una determinación exacta del peligro prohibido derivaría en la utilización de una técnica legislativa puramente casuística con los riesgos que ello supone³²³, los principios político-criminales enumerados alcanzan o deberían alcanzar su máxima expresión en el momento en que los Jueces y Tribunales emprenden la tarea de aplicar el Derecho al caso concreto ponderando los diferentes intereses en conflicto.

6. En efecto, el juez, en el momento en que pondera los diferentes intereses concurrentes en el caso concreto, ha de tomar necesariamente en consideración los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad a fin de determinar cuál es el nivel máximo de riesgo permitido que la sociedad tolera en ese caso. O más concretamente, el juez en el instante en que interpreta la posible concurrencia de los distintos elementos que conforman el tipo en cuestión, ha de servirse de los mismos con el objeto de restringir o excluir su aplicación en el caso concreto³²⁴.

³²³ En este sentido, entre otros, ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, p. 236; quien entiende que la influencia de la figura del riesgo permitido en la calificación jurídico-penal de una conducta, ha traído consigo, entre otras consecuencias, el reconocimiento implícito de que **“... las leyes penales tienen, dentro de un perímetro normativo, un cierto grado de indeterminación del que es imposible prescindir de antemano...”**; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 108; LA MISMA, *El delito imprudente...*, p. 152; trabajo este último en el que apuntó en relación a la determinación individual del deber objetivo de cuidado que **“... en el intento de ajustarse estrictamente al principio de legalidad se puede caer en una técnica legislativa casuística que hace inevitables las lagunas legales lo que provoca un tratamiento distinto de casos que revisten la misma relevancia penal...”**; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, p. 141; quien concluye **“... en efecto el legislador no ha determinado de forma concreta los niveles de riesgo admisibles para cada bien jurídico y en cada situación; evidentemente no podía hacerlo...”**.

³²⁴ En este sentido, destacan el protagonismo que adquieren los Jueces y Tribunales en la delimitación del riesgo permitido y el especial papel que debe atribuirse a los principios

En este sentido, en algunas resoluciones se propugna, muy acertadamente, la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales en aplicación del principio de intervención mínima. En dichas resoluciones se suscita normalmente la aplicación de algunos de los tipos integrados en el denominado “Derecho penal accesorio”, esto es, aquellos delitos que inciden en sectores ya protegidos por otras ramas del ordenamiento jurídico y en los que, consiguientemente, existe una duplicidad normativa administrativo-penal o mercantil-penal. Así, por ejemplo, en el marco de los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna (SAP TERUEL 10-11-97, ARP. 1997\1871, PTE HERNÁNDEZ GIRONELLA, FJ 5º); en el seno de los delitos contra la ordenación del territorio (SSAP CÁDIZ 2-11-99, ARP. 1999\5139, PTE. MARÍN FERNÁNDEZ, FJ 1º); ALICANTE 21-06-01, ARP. 2001\359, PTE. SERRANO RUIZ DE ALARCÓN, FJ 1º) o en el ámbito de los delitos societario (AAP BARCELONA 22-03-99, ARP. 1999\1773, PTE. IGLESIAS MARTÍN, FJ 4º).

7. El protagonismo que adquieren, o deberían adquirir, los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad

político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad en su definición, entre otros, ANARTE BORRALLO, *Causalidad...*, pp. 235 ss; ARROYO ZAPATERO, RP (1) 1997, p. 6; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, pp. 57 y 107 ss; GALLEGO SOLER, *Responsabilidad penal...*, p. 428; GÓRRIZ ROYO, *Protección penal...*, pp. 630, en particular nota 1629; MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos...*, p. 466; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 106 ss; EL MISMO, ADPCP 1996, pp. 914 ss; EL MISMO, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el Derecho penal económico: bases político-criminales, en *Estudios de Derecho Penal Económico*, (MIR/MODOLELL/GALLEGO/BELLO coords.), Caracas 2002, pp. 120 ss; quien asigna al juez la función de “gestor del riesgo permitido”. En contra, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 270; quien tras adherirse a aquellos autores que entienden que el riesgo permitido responde a una ponderación de los intereses sociales en conflicto, concluye que dicha determinación “... **no le corresponde hacer al juez ni al dogmático...**”. Por su parte, mientras en algunas sentencias se afirma que el principio de intervención mínima cumple una función fundamental, tanto en la creación de los tipos como en la interpretación que de los mismos realizan los jueces y tribunales, entre otras, la SAP BARCELONA 21-12-98 (ARP. 1998\5792, PTE. MAGALDI PATERNOSTRO, FJ 1º), en otras, contrariamente se señala que el principio de intervención, únicamente se dirige al creador de los tipos penales, esto es, al legislador penal, pero no a los encargados de aplicarlos, entre otras, la SAP MADRID 31-01-00 (ARP. 2000\830, PTE. GARCÍA LLAMAS, FJ 1º).

en la interpretación de los tipos penales nos ayuda a entender por qué resulta tan importante la utilización por parte del legislador de conceptos tales como “graves” en el momento en que toma la decisión de incriminar una nueva conducta, por cuanto dichos conceptos permiten al Juez valorar, mediante su conexión con el resto del ordenamiento jurídico, si en el supuesto de hecho concreto estamos en presencia de un verdadero delito o, por el contrario, estamos ante un mero ilícito administrativo, laboral o mercantil³²⁵.

En este sentido, resulta ilustrativo el delito ecológico en el que el Juez, tanto a la hora de valorar si la conducta contaminante ha infringido las leyes o disposiciones generales protectoras del medio ambiente, como en el momento de determinar si el vertido ha creado un grave peligro para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas”, deberá analizar el conjunto del ordenamiento jurídico, y en concreto, la normativa administrativa medioambiental a fin de dilucidar: **a)** en primer lugar, si la norma administrativa conculcada tiene como objeto la tutela del medio ambiente, descartando, en caso contrario, la existencia del citado elemento típico; y **b)** en segundo lugar, si pese a superar los índices reglamentariamente previstos, en atención al resto de intereses concurrentes en el supuesto de hecho en cuestión (tales como el desarrollo económico; la libertad de empresa, el mantenimiento de los puestos de trabajo, los principios político-criminales antes reseñados), entiende el juez que estamos ante un riesgo no prohibido, esto es, jurídico-penalmente irrelevante³²⁶.

³²⁵ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 108. Si bien es cierto que un amplio sector doctrinal se muestra crítico con su introducción, por cuanto el carácter indeterminado y eminentemente valorativo de estos conceptos, podría resultar contrario al principio de legalidad, o más concretamente, al principio de taxatividad.

³²⁶ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 131 ss; EL MISMO, ADPCP 1996, p. 917, trabajo este último en el que señala “... dichos puntos de anclaje dogmático –en referencia a los dos elementos típicos del delito ecológico- **son utilizados para reconsiderar en cada caso la conveniencia o no de acudir a la sanción penal, dada**

8. Resulta evidente que dicha tarea será más sencilla para el intérprete jurídico-penal en aquellos ámbitos en los que exista una normativa extra-penal desarrollada y coordinada que en aquellos otros en los cuales no exista regulación alguna³²⁷. Es cierto que en estos últimos el juez podrá recurrir al expediente del “hombre medio”, concepto que, a mi juicio, coincide con los diferentes deberes que tiene una persona en función de la posición que ocupa en el tráfico jurídico³²⁸. Sin embargo, en ambos casos, el juez se encontrará, respectivamente, ante una regulación abstracta y un modelo idealizado que deberá precisar, atendiendo a las diferentes particularidades o circunstancias del supuesto de hecho concreto.

2.7. Riesgo permitido “laboral”

1. Llegados a este punto es necesario dar una respuesta al siguiente interrogante: ¿qué riesgos laborales se consideran en general jurídico-penalmente no permitidos? La solución pasa inexorablemente por la

la repercusión que dicha decisión sobre intereses altamente valorados por las ideologías socialmente dominantes (desarrollo económico, libertad de empresa, propiedad privada, ahorro energético...). Es decir, para adoptar una decisión concreta acerca del nivel máximo de riesgo penalmente permitido...”

³²⁷ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, pp. 134 ss, quien pone el ejemplo del tráfico rodado en el que la normativa administrativa aplicable (Ley y Reglamento de Seguridad Vial) han establecido, de forma detallada, las diferentes normas de cuidado en cada una de las situaciones que el tráfico plantea.

³²⁸ En este sentido, ANARTE BORRALLA, *Causalidad...*, p. 247, quien señala “... la ausencia de regulación o disciplina normativa de una actividad, no imposibilita la alegabilidad del presupuesto del riesgo permitido, sino que en estos ámbitos vitales donde no hay reglas establecidas, lo relevante será el estándar de una persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente...”.

aplicación, al ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo, de los criterios que, con carácter general, han sido utilizados por la doctrina para delimitar la figura del riesgo permitido y que han sido sucintamente expuestos en los apartados anteriores: **a)** bien jurídico-penalmente protegido; **b)** utilidad social, socio-económica o cultural que reporta la actividad en cuestión; **c)** normativa extra-penal; y **d)** principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad característicos del Derecho penal.

2. En relación al primero de los criterios enumerados, considero que la mayor abstracción del bien jurídico-penal supraindividual (seguridad y confianza de los trabajadores), con respecto a los bienes jurídico-penales individuales (vida, integridad física y salud), junto a la existencia de los diferentes mecanismos extra-penales de protección (rescisión contractual, responsabilidades civiles, administrativo-laborales y recargo de prestaciones), aconsejan dotar de relevancia jurídico-penal, únicamente, a aquellos riesgos laborales especialmente graves, por cuanto, de lo contrario, además de dificultar su delimitación en relación a los ilícitos administrativo-laborales, se restaría legitimidad a la intervención penal en este ámbito propio del ordenamiento jurídico-laboral³²⁹.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa el AAP MADRID 19-11-01 (JUR. 2001\54065, PTE. FERNÁNDEZ FARALDO) en el que se afirma lo siguiente “... *resta hacer mención al extremo de que la empresa para la que prestaba servicios el*

³²⁹ En este sentido, se pronuncia LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 111 y 311, nota 38, donde destaca como la misión del Derecho penal no es la protección de la seguridad e higiene frente a todo tipo de ataques “... *sino tan sólo ante los que supongan un mayor grado de peligro para la vida, la integridad física o la salud de los trabajadores...*”.

trabajador ha sido sancionada por el no exacto cumplimiento del deber genérico de protección de los trabajadores, pero ello hay que ponerlo en relación, a su vez, con el principio de Intervención mínima que rige en Derecho Penal, uno de cuyos aspectos: su carácter fragmentario, implica que no han de sancionarse todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que se han considerado dignos de protección, sino las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así el deber genérico de protección que la Ley impone a las empresas ha tenido su sanción en el orden administrativo, pero la presunta infracción de ese deber a que hace referencia la Inspección de trabajo, resulta atípica en el orden Penal...” (FJ 9º).

3. Por su parte, en relación al segundo de los criterios citados, es preciso analizar las razones de fondo que explican por qué el Ordenamiento jurídico tolera la actividad laboral, pese a que la misma no sólo genera un sinnúmero de riesgos para aquellos que la realizan, los trabajadores, sino que ocasiona un elevado número de muertes y lesiones entre ellos. Tal y como apunté anteriormente, el nivel de riesgo tolerado, en general, en un determinado sector de actividad, y en particular, en el ámbito del trabajo, depende del grado de utilidad social, socio-económica y cultural que la misma reporta al conjunto de la sociedad y de las posibilidades técnicas y económicas de que dispone para controlar los riesgos que conlleva, es decir, de las garantías que ofrezcan las medidas de seguridad encaminadas a mantenerlo bajo control.

4. Pues bien, al respecto entiendo que, de un tiempo a esta parte, se percibe un cambio de actitud en la opinión pública y en el seno de los diferentes agentes sociales implicados en la materia (especialmente los sindicatos en tanto legítimos representantes de los trabajadores) en relación a la necesidad de desarrollar la actividad laboral bajo ciertas condiciones de seguridad y salubridad. Este cambio de actitud ha determinado una reducción

del grado de peligro aceptado por parte del legislador. Esto es, ha traído consigo la prohibición de una serie de riesgos laborales que, con anterioridad, eran permitidos.

5. En efecto, en contrapartida a la permisión de la actividad laboral y los riesgos que la misma conlleva para los trabajadores, se ha impuesto sobre quien la dirige, el “empresario”, una serie de obligaciones (evaluación de los riesgos laborales, planificación de la actividad preventiva, formación e información del trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, vigilancia de la salud....) que tienen como fin, en unos casos, la eliminación del riesgo y, en otros, su disminución hasta aquellos niveles que resultan socialmente aceptados³³⁰.

En este sentido, resultan de especial interés las SSTs de 18-01-95 (R.J. 1995\136, PTE. DELGADO GARCÍA) y 5-09-01 (R.J. 2001\8340, PTE. DELGADO GARCÍA) en las que se afirma respectivamente:

“... la conciencia social y el disfrute de las comodidades inherentes al desarrollo de los pueblos exigen el que hayan de tolerarse actividades que inevitablemente conllevan determinados riesgos; pero, como contrapeso ineludible de tal tolerancia, en cada una de esas actividades hay una serie de normas, escritas o no, que garantizan el que puedan desarrollarse dentro de unos

³³⁰ En este sentido, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 141; quien entiende que la puesta en marcha de la actividad productiva requiere la adopción de “... *todas las medidas accesorias posibles que reduzcan al máximo los riesgos propios de ese proceso...*”; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 263; quien considera que la razón que explica el porqué la sociedad permite e, incluso, fomenta la actividad empresarial, a pesar de los graves riesgos que genera para la seguridad de la vida, integridad física y salud de los trabajadores que prestan sus servicios en ella “... *radica tanto en su utilidad general como en la perspectiva de interposición de los adecuados medios de control del riesgo por parte de sus agentes...*”.

límites tolerables. El riesgo socialmente permitido ha de estar controlado por la adopción de una serie de medidas que lo enmarcan para que no exceda de lo imprescindible. Un mayor desarrollo económico se corresponde con un mayor número de actividades peligrosas y con una más exigente legislación protectora frente a éstas” (FJ 5º).

“... 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. Ello 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...” (FJ 4º).

6. Sin embargo, la reducción de los niveles de riesgos hasta ahora exigidos en la actividad laboral y la consiguiente imposición sobre el empresario de todas esas obligaciones encaminadas a su control, han sido posibles gracias a los avances tecnológicos, puesto que cuando no existían tenían que permitirse al considerarse útiles desde el punto de vista socio-económico. En efecto, la adopción de todas las medidas de seguridad que, en la actualidad, exige la prevención de riesgos laborales, no sólo no eran posibles técnicamente en la España de los años 60 o 70, sino que su alto costo empresarial hubiera comportado un cataclismo social y económico, por ser imprescindible la industrialización, ya que la revolución industrial que tuvo lugar en Europa en el siglo XIX, en España sólo tuvo una cierta incidencia en Cataluña y en el País Vasco. De la misma forma que no se prohibió la fabricación y utilización de ciertos materiales como la uralita, pese a

conocerse la toxicidad de los mismos, hasta que la situación socio-económico hizo posible su sustitución por otros menos nocivos³³¹.

7. Ahora bien, en mi opinión, la reducción de los niveles de riesgo derivados de la actividad laboral puede llegar incluso a resultar más beneficiosa en términos de utilidad socio-económica, puesto que la intensificación de las obligaciones del empresario en materia de prevención de riesgos laborales y su diligente control por parte de la Administración Pública (en concreto por la Inspección de Trabajo) puede garantizar una disminución de la tasa de siniestralidad laboral. Lo cual, a su vez, puede asegurar una mayor productividad, al ser menor el número de trabajadores que han de verse obligados a solicitar la baja laboral, y una reducción de los gastos en Seguridad Social, gastos que podrían destinarse al mantenimiento y mejora del Estado del bienestar (sanidad, educación, medio ambiente) o al fomento de las inversiones públicas (carreteras, obras hidráulicas, viviendas de protección oficial....)³³².

8. Si bien reconozco que ambos argumentos pueden ser rebatidos, aduciendo, en primer lugar, que la adopción de todas las medidas de seguridad

³³¹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 92, nota 177.

³³² Además hemos de tener presente que el nuevo sistema de obligaciones impuesto al empresario en la LPRL y los reglamentos que la han desarrollado, ha motivado la creación de una nueva “industria” en torno a la prevención de riesgos laborales, la cual ha generado nuevos puestos de trabajo y, por consiguiente, la obtención de nuevas rentas que pueden ser destinadas al consumo y/o ahorro. Estoy pensando, en concreto, en los puestos de trabajo que a raíz de la aparición de los llamados servicios de prevención ajenos (servicios encargados de llevar a cabo la evaluación y planificación de la actividad preventiva), los creados por los centros de formación en prevención de riesgos laborales, las entidades encargadas de auditar los sistemas de prevención de riesgos de las empresas, o las empresas que se dedican a la fabricación y comercialización de los equipos de protección individual (cascos, cinturones, botas, guantes, gafas, mascarillas...) o colectiva (barandillas, redes...).

que lleva aparejada la imposición de las diferentes obligaciones derivadas del deber general de seguridad comportará un mayor coste para el empresario, coste que acabará repercutiendo en el consumidor final del producto o servicio, lo cual traerá consigo una reducción de las rentas destinadas al consumo y al ahorro. Y argumentando, en segundo lugar, que no puede sostenerse de forma tajante que una mayor asunción de medidas de seguridad conlleve necesariamente un aumento de la seguridad en el trabajo y, por consiguiente, una reducción de la tasa de accidentes, por cuanto el empresario invertirá en seguridad hasta que ello le resulte rentable en términos económicos³³³.

9. Por su parte, la normativa extra-penal en materia de prevención de riesgos laborales ocupa un lugar preeminente en la interpretación de los diferentes elementos que componen el delito contra la seguridad en el trabajo previsto en los arts. 316 ss CP:

9.1. Así, en primer lugar, y como cuestión previa, cabe precisar que el legislador, en el momento en que decidió proteger penalmente la seguridad en el trabajo, optó por la utilización de la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, lo cual determina que, a diferencia del tipo imprudente dónde la infracción de la normas extra-penales únicamente constituye un indicio sobre

³³³ En este sentido, entre otros, SALVADOR CODERCH/CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir...*, p. 150, quien en relación a la cuestión de si un sistema de responsabilidad objetiva garantiza un mayor nivel de diligencia que un sistema de responsabilidad por culpa concluye “... *el agente potencial de daños económicamente racional invertirá una peseta más en precaución hasta el momento en que se ahorre justamente otra peseta en daños y -continúa- una peseta más en precaución no ahorra otra peseta en accidentes, sino algo menos...*”.

el que fundamentar la concurrencia del deber objetivo de cuidado, la contravención de las normas de prevención de riesgos laborales se erige en un elemento típico esencial para la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo, de tal manera que sin la infracción de las mismas no existe delito alguno³³⁴.

9.2. En segundo lugar, y como ya apunté con anterioridad, la normativa extra-penal vigente en materia de prevención de riesgos laborales, y en especial la LPRL y los diferentes reglamentos que la han desarrollado, devienen una pieza fundamental tanto en la delimitación de los riesgos laborales que adquieren relevancia jurídico-penal, como en la determinación del círculo de posibles autores a los que imputar jurídico-penalmente dicho delito. En efecto, el análisis de las diferentes obligaciones extra-penales en que se concreta el denominado deber general de seguridad, así como los sujetos sobre los que recae dicho deber, resulta imprescindible para dilucidar, respectivamente, la conducta típica y los sujetos activos del delito contra la seguridad en el trabajo³³⁵.

³³⁴ En este sentido, con carácter general, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo...*, p. 299, quien llama la atención sobre la necesidad de diferenciar el injusto imprudente de los tipos penales en blanco, por cuanto mientras los primeros no se encuentran vinculados a la trasgresión de la normativa extra-penal, en los segundos ésta última constituye uno de los elementos que define su tipo objetivo; SILVA SÁNCHEZ, *Medicinas...*, pp. 16 ss, quien, en relación a la valoración que cabe asignar a los estándares establecidos en la normativa administrativa en la actuación del personal médico-sanitario, y, en especial, la eficacia que cabe atribuir a los cambios producidos en la misma como consecuencia de la evolución de la ciencia y de la técnica, concluye que, a diferencia del tipo imprudente, en aquellos delitos configurados por medio de leyes penales en blanco “... *la adecuación al estándar administrativo (aunque éste fuera menos exigente que el de la comunidad científica o técnica) tiene un efecto de bloqueo de la tipicidad...*”.

³³⁵ Sobre ambas cuestiones *Vid., infra*, respectivamente, V. 4 y VII.

10. En cuanto al papel que ocuparon o debieron ocupar los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad en la previa delimitación del riesgo permitido efectuada por el legislador en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo, entiendo que el legislador tomó en consideración dichos principios al supeditar dicha intervención penal a la previa infracción de la normativa vigente en materia de prevención de riesgos laborales y al incriminar, únicamente, los incumplimientos de la normativa extra-penal susceptibles de crear un grave riesgo para la vida, integridad física y salud de los trabajadores.

11. Ello no obstante, considero, por el contrario, que restó eficacia a la intervención penal en este ámbito, al no castigar, sin forzar simultáneamente el propio tenor literal del tipo recogido en el art. 316 CP, los comportamientos estadística y valorativamente más lesivos para con el bien jurídico-penalmente, al no coordinar adecuadamente el delito contra la seguridad en el trabajo con los diferentes ilícitos administrativo-laborales (arts. 11-13 LISOS) y al incriminar la modalidad imprudente (art. 317 CP).

12. Por otra parte, entiendo que los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad deben ser aplicados por el juez en la interpretación de los diferentes elementos que conforman el tipo descrito en el art. 316 CP con el fin de restringir o excluir su alcance en el supuesto de hecho concreto. Ciertamente, en mi opinión, la eficacia de la intervención penal en el ámbito de la seguridad en el trabajo pasa inexorablemente por el rechazo de las interpretaciones meramente formales y la asunción, por el contrario, de una interpretación material que garantice el castigo únicamente

de aquellos comportamientos especialmente lesivos en cuanto idóneos para afectar los bienes jurídico-penalmente protegidos en el mismo.

13. De ahí que defienda la oportunidad de la introducción en el tipo contenido en el art. 316 de conceptos tales como “*infracción de las normas de prevención*” y “*grave*”, por cuanto los mismos permitirán al juez valorar, mediante su conexión con el resto del ordenamiento jurídico, si en el supuesto de hecho concreto estamos en presencia de un verdadero delito contra la seguridad en el trabajo o ante un mero ilícito administrativo-laboral. Y ello es así porque la normativa extra-penal adquiere un especial protagonismo en el proceso de concreción de cada uno de los elementos que conforman el delito contra la seguridad en el trabajo:

a) La determinación del elemento “*infracción de las normas de prevención*” nos obligará a examinar si la norma conculcada tenía como finalidad directa la protección de la seguridad en el trabajo, o por el contrario, sólo cumplía una mera función complementaria, careciendo, por consiguiente, de eficacia jurídico-penal³³⁶.

b) La delimitación del **riesgo típico objetivo** nos obligará a analizar las distintas obligaciones derivadas del deber extra-penal de seguridad impuestas al empresario con el fin de dilucidar cuáles de ellas adquieren relevancia

³³⁶ En efecto, como ya he expuesto, si bien el incumplimiento de las diferentes obligaciones relativas a la documentación y notificación previstas en la LPRL (art. 23) puede ser sancionado administrativo-laboralmente (arts. 11.2 y 5 y 12.3 LISOS), en ningún caso pueden ser objeto de sanción penal alguna, por cuanto su conculcación no conlleva directamente la puesta en peligro de los bienes jurídico-penalmente protegidos en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo.

jurídico-penal a los efectos de la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo³³⁷.

c) La normativa extra-penal cumple igualmente un papel fundamental a la hora de determinar la relación de autoría en el delito contra la seguridad en el trabajo, por cuanto nos ayudará a concretar los sujetos sobre los que recae la “obligación legal” de facilitar los medios de seguridad necesarios para garantizar la seguridad y confianza de los trabajadores en el transcurso de su prestación laboral³³⁸.

d) Y por último, el análisis de las diferentes “obligaciones” que en materia de prevención de riesgos laborales impone la normativa extra-penal a los propios trabajadores, resultará esencial a los efectos de imputar la puesta en peligro concreta de su vida, integridad física y salud a la “imprudencia” de estos últimos y/o al incumplimiento de los diferentes obligaciones atribuidas a los sujetos legalmente obligados.

³³⁷ Así, por ejemplo, como expondré, si bien la infracción de la obligación de exigir el efectivo cumplimiento por parte de los trabajadores de las medidas de seguridad ya adoptadas puede ser objeto de una sanción administrativo-laboral (arts. 17.2 LPRL y 12.16 f y 40.2 b LISOS), no adquiere relevancia jurídico-penal a tenor de lo establecido en el vigente art. 316 CP. Sobre esta cuestión *Vid., infra*. V. 4.4.

³³⁸ Sobre esta cuestión *Vid., infra*. VII.

3. El deber extra-penal de seguridad como presupuesto del deber típicamente relevante

3. 1. Introducción

1. Como ya he apuntado, el análisis del deber extra-penal de seguridad adquiere una especial trascendencia en el marco de la presente investigación, por cuanto el mismo se erige en el presupuesto sobre el que se construye la delimitación de los diferentes riesgos laborales que adquieren relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo. Ello justifica el examen en el presente apartado de las cuestiones más importantes que el deber extra-penal de seguridad suscita: su naturaleza jurídica, características y contenido.

3.2. Naturaleza jurídica del deber extra-penal de seguridad

1. La determinación de la naturaleza jurídica del deber extra-penal de seguridad constituye una de las cuestiones más controvertidas en el seno de la doctrina jurídico-laboral. En efecto, dicha problemática ha dividido a los autores entre: **a)** aquellos que consideran que posee una naturaleza dual pública/privada³³⁹; **b)** aquellos otros que, por el contrario, sostienen que posee

³³⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ MARCOS, *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber jurídico*, Madrid 1975, pp. 60 ss; primer autor en la doctrina laboralista que sostuvo la naturaleza dual del deber general de seguridad. Posición a la que se han sumado, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, pp. 110 ss; ALONSO OLEA, “El deber de seguridad en el trabajo en la jurisprudencia”, REDT (5) 1981, pp. 95; CABEZA PEREIRO/LOUSADA AROCHENA, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada 1998, p. 55; DURÉNDEZ SÁEZ, “El recargo de prestaciones”, REDT (108) 2001, pp. 872 ss; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El Deber de Seguridad y Salud en el Trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, Madrid 1999, pp. 77 ss; MONTOYA

una naturaleza esencialmente privado o contractual³⁴⁰; y c) aquellos autores que sostienen la naturaleza exclusivamente pública³⁴¹ o que la identifican con un supuesto “derecho fundamental a la seguridad e higiene en el trabajo”³⁴².

2. Los autores que se decantan por la primera de las posiciones esbozadas consideran que el empresario no sólo está obligado a garantizar el deber general de seguridad ante el trabajador, sino también ante los poderes públicos. En efecto, a su juicio, el legislador contempla el cumplimiento del deber general de seguridad no sólo como una cuestión que afecta a los trabajadores, en tanto contraparte de un vínculo de carácter privado (como es el contrato de trabajo) sino, especialmente, como una cuestión que compete a toda la sociedad³⁴³. Siendo, precisamente, esta dimensión pública del deber

MELGAR/PIZÁ GRANADOS, *Curso...*, pp. 72 ss. En la misma línea, se expresa la STSJ EXTREMADURA 22-02-02 (RJCA. 2002\413, PTE. RUIZ BALLESTEROS) en la que se afirma textualmente “... *El empresario es un deudor de seguridad que asume una serie de obligaciones frente al poder público (artículo 40.2 CE) y frente a los trabajadores, dirigidas a la prevención de riesgos laborales...*” (FJ 2º).

³⁴⁰ En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, “Derecho a la salud y control de los trabajadores”, RL 1990, pp. 82 ss, precursor de esta teoría a la que se han adherido, entre otros, APARICIO TOVAR, “Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo”, REDT (49) 1991, p. 718; GARCÍA ROSS, “Análisis presente y futuro del contenido obligacional del Derecho de la Seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo”, REDT (71) 1995, p. 335; GARRIGUES GIMÉNEZ, *La organización de la prevención en la empresa*, Castellón 1996, p. 88; IGARTUA MIRÓ, *La obligación...*, pp. 178 ss; SALCEDO BELTRÁN, *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Valencia 2000, pp. 41 ss.

³⁴¹ Cfr. D’EUFEMIA, “Norme inderogabili e interessi legittimi nel rapporto di lavoro (a propósito del dovere di sicurezza)”, RdDL 1969, pp. 14 ss.

³⁴² Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud...*, pp. 114 ss.

³⁴³ En este sentido, entre otros, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El deber...*, p. 80; MONTOYA MELGAR/PIZÁ GRANADOS, *Curso...*, p. 73.

general de seguridad la que explicaría tanto la imposición al “empresario” infractor de una serie de sanciones administrativas y penales, como la atribución a la Inspección de Trabajo de una función de control y supervisión en materia de prevención de riesgos laborales³⁴⁴.

3. Frente a esta posición se alzan los autores que, si bien reconocen la existencia de una dimensión pública en el deber general de seguridad, niegan que ésta se erija en su elemento configurador³⁴⁵. Ciertamente, en su opinión, la obligación contraída por el empresario ante los poderes públicos constituye, únicamente, una manifestación más de la intervención del ordenamiento jurídico-laboral en la determinación del contenido del vínculo contractual que liga a empresario y trabajador. Manifestación ésta que, en modo alguno, convierte en público un deber que emana del propio contrato de trabajo.

4. Por último, entre los autores que mantienen la naturaleza esencialmente pública del deber general de seguridad o los que la vinculan con un supuesto “derecho fundamental a la seguridad e higiene en el trabajo”, destacan, respectivamente, las posiciones defendidas por D^º EUFEMIA y GONZÁLEZ LABRADA. El primero, partiendo de la distinción entre las normas contractuales sometidas a la voluntad de las partes y las normas

³⁴⁴ En este sentido, entre otros, MONTOYA MELGAR/PIZÁ GRANADOS, *Curso...*, p. 73; CABEZA PEREIRO/LOUSADA AROCHENA, *Comentarios a la Ley...*, p. 55; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El deber...*, p. 78; CASAS BAAMONDE, *DyS* (1) 1996, pp. 87 ss.

³⁴⁵ En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, “Derecho a la salud y control de los trabajadores”, *RL* 1990, pp. 82 ss; precursor de esta teoría a la que se han adherido, entre otros, APARICIO TOVAR, *REDT* (49) 1991, p. 718; GARCÍA ROSS, *REDT* (71) 1995, p. 335; GARRIGUES GIMÉNEZ, *La organización...*, p. 88; IGARTUA MIRÓ, *La obligación...*, pp. 178 ss; SALCEDO BELTRÁN, *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*, Valencia 2000, pp. 41 ss.

estatales inderogables, considera que el deber general de seguridad no constituye uno de los deberes que conforman el contenido del contrato de trabajo, sino un deber impuesto por la ley encaminado a proteger los intereses generales. En efecto, a su juicio, el trabajador no tiene un derecho subjetivo a la protección de la seguridad e higiene derivado del contrato de trabajo, sino que se goza de un interés legítimo a la que el ordenamiento jurídico le otorga la posibilidad de instar la acción privada de responsabilidad extra-contractual como una “sanción” en defensa de sus intereses individuales³⁴⁶.

5. Por su parte, GONZÁLEZ LABRADA niega la posición de aquellos que defienden la naturaleza dual del deber general de seguridad, argumentando que dicha tesis no resulta acorde con la idea del Estado Social y Democrático de Derecho y aduciendo que de los diferentes intereses tutelados no puede deducirse la naturaleza del deber impuesto al empresario. Y rechaza igualmente, la posición de aquellos que propugnan la naturaleza esencialmente contractual del deber general de seguridad, argumentando que la eficacia de este último no trae causa únicamente de su incorporación al contrato de trabajo, sino de la eficacia, tanto vertical como horizontal, de la que gozan los

³⁴⁶ Con respecto a la posición defendida por D'EUDEMIA, considero que si bien tiene razón cuando afirma que la nota de la inderogabilidad propia del deber general de seguridad tiene su origen en la necesidad de sustraer dicho deber del libre juego de la autonomía de las partes con el fin de equilibrar la situación de inferioridad en la que se encuentra el trabajador en relación al empresario, “olvida”, sin embargo, que el deber general de seguridad constituye una obligación de naturaleza contractual encaminada a garantizar el derecho del trabajador a que se le proteja su vida e integridad física en el transcurso de su prestación laboral en favor del empresario.

derechos fundamentales, entre los que incluye el citado “derecho a la seguridad e higiene en el trabajo”³⁴⁷.

6. A mi juicio, el deber extra-penal de seguridad posee una naturaleza eminentemente pública, aunque canalizada a través de un instrumento, en principio “privado”, como es el contrato de trabajo. En efecto, si bien el deber general de seguridad tiene una naturaleza privada, como consecuencia de su integración en la relación contractual que une a empresario y trabajador, dicha introducción no tiene su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), sino que es fruto de la intervención del legislador, quien, partiendo de la debilidad negociadora del trabajador frente al empresario y de la necesidad de dotar de eficacia al compromiso adquirido en el art. 40.2 CE, otorga al primero un derecho irrenunciable a disfrutar de una prestación de trabajo con todas las medidas de seguridad adecuadas para garantizar su vida, integridad física y salud (arts. 4.2 d/19.1 ET y 14 LPRL) e impone al segundo un correlativo deber general de seguridad (art. 14.2 LPRL). Deber general de seguridad cuyo incumplimiento es “sancionado” mediante un mecanismo de carácter privado, como la rescisión contractual y, fundamentalmente, a través de una serie de instrumentos jurídico-públicos como las ilícito administrativo-laborales (arts. 11-13 LISOS) y el delito contra la seguridad en el trabajo (arts. 316 y ss CP).

7. Ciertamente, como apunté con anterioridad, el trabajador en el intercambio económico salario-prestación derivado del contrato de trabajo,

³⁴⁷ Tesis que no comparto, por cuanto, en mi opinión, la inclusión de la dimensión colectiva o preventiva de la seguridad en el trabajo en el marco del Derecho fundamental a la vida e

pone en peligro su propia vida, integridad física y salud, circunstancia ésta que ha “obligado” al legislador a fijar de forma heterónoma y a favor del trabajador una serie de derechos irrenunciables en materia de prevención de riesgos laborales y a establecer, correlativamente, el consiguiente deber extra-penal de seguridad sobre el empresario. Esta intervención constituye, en primera instancia, una manifestación del mandato de protección que pesa sobre los poderes públicos en materia de seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE), y en última instancia, una manifestación de la función tuitiva o protectora característica del ordenamiento laboral. Función tuitiva que, como ha puesto de relieve el TC tiene, precisamente, como fin corregir el desequilibrio existente entre las partes que conforman el contrato de trabajo, centrando su atención en la satisfacción de los intereses del trabajador en tanto parte más débil de la relación laboral³⁴⁸.

8. En conclusión, mediante la inclusión del deber extra-penal de seguridad en el contrato de trabajo se garantizaría así la satisfacción de dos intereses públicos íntimamente relacionados como son: **a)** el interés del colectivo formado por los trabajadores en disponer, en el transcurso de la prestación laboral, de todas aquellas medidas de seguridad necesarias para mantener los riesgos derivados de la actividad laboral dentro de los niveles legalmente establecidos; y, **b)** el interés de toda la sociedad y, también el propio Estado, en que se reduzcan los elevados índices de siniestralidad que se registran en la actualidad, siniestralidad que comporta no sólo un alto coste

integridad física de la persona del trabajador constituye una flagrante desnaturalización de este último.

³⁴⁸ En este sentido, entre otras, la STC 25-01-83 (RTC. 1983\3, PTE. ESCUDERO DEL CORRAL, FJ 3º).

económico al conjunto de la sociedad sino, especialmente, un alto coste humano³⁴⁹.

3.3. Fundamento del deber extra-penal de seguridad

1. En opinión de la doctrina laboralista dos son las razones que explican por qué el ordenamiento jurídico ha impuesto el deber general de seguridad sobre el empresario: **a)** en primer lugar, consideran que el empresario, en tanto propietario de los medios de producción y creador de los riesgos, debe responsabilizarse de las posibles “lesiones”³⁵⁰ que sufran los trabajadores en el desarrollo de su prestación laboral, por cuanto no en vano se erige en el máximo beneficiario del producto de dicha actividad³⁵¹; y, **b)** en segundo lugar, estiman que el empresario, en tanto titular de los poderes de dirección y organización de la actividad productiva, no sólo tiene derecho a coordinar los diferentes elementos personales (conformando los tiempos, lugares y modos en que ha de llevar a cabo su prestación el trabajador) y materiales propios de la actividad productiva, sino que está obligado a adoptar, vigilar y exigir el

³⁴⁹ En parecidos términos se pronuncia, entre otros, GONZÁLEZ BIEDMA, “El sistema sancionador”, en *La Ley de Prevención de Riesgos Laborales: su incidencia en la empresa*, Barcelona 1996, p. 89, quien incluye entre las razones que explican la naturaleza jurídico-pública del deber general de seguridad “... *el coste social que conlleva la producción de accidentes... el interés general por asegurar el bienestar y la protección del trabajador...*”.

³⁵⁰ Utilizo el término “lesiones” en un sentido amplio, puesto que en el mismo no sólo englobo la afectación de su propia vida, integridad física y salud, sino también la lesión de la seguridad y confianza de los trabajadores, en tanto bien jurídico-penal supraindividual penalmente protegido en el tipo recogido en el art. 316 CP.

³⁵¹ En este sentido, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, p. 112; CARRERO DOMÍNGUEZ, *El régimen...*, p. 132; GARRIGUES GIMÉNEZ, *La organización...*, p. 80; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid 1996; p. 106; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El deber...*, p. 141.

cumplimiento de todas aquellas medidas de seguridad necesarias para proteger, en última instancia, la vida, integridad física y salud de sus trabajadores³⁵².

Ambos criterios han sido igualmente acogidos por la doctrina y jurisprudencia civil a los efectos de fundamentar la llamada responsabilidad por riesgo de empresa. Doctrina esta que tiene su origen, precisamente, en las tempranas leyes sobre accidentes de trabajo a través de las cuales el Ordenamiento jurídico combatió la mecanización propia del proceso industrial, sustituyendo el viejo criterio de la culpa, propio de sociedades preindustriales, por el moderno criterio de la responsabilidad del riesgo. En efecto, este último criterio resultaba más favorable para el colectivo de los trabajadores, en la medida en que les liberaba de la obligación de probar la culpa personal y directa del empresario en el accidente laboral acaecido³⁵³.

2. A mi juicio, estamos ante dos argumentos interrelacionados, por cuanto el fundamento de la imposición de dicho deber sobre el empresario tiene su origen en la libertad de organización que le otorga la titularidad de los

³⁵² En este sentido, numerosos autores fundamentan la atribución al empresario del deber general de seguridad en el reconocimiento legal de un poder de dirección y organización, entre otros, CARRERO DOMÍNGUEZ, *El régimen...*, p. 132; GARRIGUES GIMÉNEZ, *La organización...*, p. 80; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios*, pp. 106 y 188; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *El Deber...*, p. 141; IGARTUA MIRÓ, *La obligación...*, pp. 118 ss. Posición igualmente defendida por la **jurisprudencia**. En este sentido, resulta de especial interés la STS 23-02-94, Sala de lo Contencioso-Administrativo, (RJ. 1994\2225, PTE. RUIZ-JARABO FERRÁN), en la que se señala "*si el empresario puede dar órdenes en cuanto al tiempo, lugar y modo de la prestación del trabajador... le es exigible como deber de procurar que no sean nocivas para el trabajador y que éste resulte indemne tras su cumplimiento*" (FJ 2º). En la misma línea, se sitúan las SSTS 27-05-96 (RJ. 1996\4496, PTE. FERNÁNDEZ MONTALVO, FJ 3º) y 2-07-96 (RJ. 1996\5605, PTE. MARTÍ GARCÍA, FJ 3º).

³⁵³ En este sentido, se ha pronunciado la doctrina civilista, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado...*, p. 55; BARCELÓ DOMÉNECH, *Responsabilidad extracontractual...*, pp.166 ss;

medios de producción. Ciertamente, en contrapartida a la atribución al empresario de la facultad de combinar los diferentes factores productivos (capital y trabajo) con el objeto de obtener el máximo beneficio³⁵⁴, los poderes públicos le imponen una serie de deberes dirigidos a proteger determinados intereses especialmente valorados por el conjunto de la sociedad³⁵⁵. O más concretamente, en contrapartida al reconocimiento empresarial de un poder de dirección y organización en el ámbito laboral³⁵⁶, el ordenamiento jurídico le impone, entre otros, un deber de garantizar la seguridad y salud de aquellas personas que han participado en la elaboración de los productos que finalmente le han reportado un beneficio económico³⁵⁷.

DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid 1999, pp. 108 ss; REGLERO CAMPOS, “Los sistemas...”, pp. 169 ss; ZELAYA ETCHEGARAY, *La Responsabilidad Civil...*, pp.109 ss.

³⁵⁴ Poder de organización que encuentra a su vez su fundamento legal último en la libertad de empresa (art. 38 CE) y el derecho a la propiedad privada, recogidos, respectivamente, en los arts. 38 y 33 de nuestra Carta Magna. En este sentido, entre otros, ARAGÓN REYES, *Libertades económicas y Estado Social*, Madrid 1995, pp. 15 ss, DE JUAN ASENJO, *La constitución económica española*, Madrid 1984, pp. 152 ss; BASSOLS COMA, *Constitución y Sistema Económico*, Madrid 1985, pp 134 ss.

³⁵⁵ Deberes cuyo incumplimiento es “sancionado” mediante la imputación de una serie de responsabilidades de carácter privado (civiles) o público (administrativo-laborales y penales).

³⁵⁶ Poder de dirección que, como ha apuntado la doctrina laboralista, encuentra su fundamento legal en los arts. 20, 5.c) y 1.1 del ET. En este sentido, entre otros, MONTOYA MELGAR, *El poder de dirección del empresario. En torno al art. 20 ET*, REDT (100), p. 575.

³⁵⁷ En mi opinión, este poder de dirección y organización del que goza el empresario, constituye, en última instancia, el argumento sobre el que se fundamenta la atribución al mismo de una posición de garante en relación a los “daños” que la actividad laboral puede irrogar al trabajador en el transcurso de su prestación. Sobre esta cuestión *Vid., infra*. VII. 2.2.

3. En efecto, las distintas competencias derivadas de dicho poder, esto es, la facultad de dar instrucciones a los trabajadores, controlar y fiscalizar su efectiva observancia por el trabajador y sancionar su posible incumplimiento, hacen del “empresario” el sujeto más capacitado para garantizar la protección de la prevención de riesgos laborales en el ámbito de su organización productiva. Así, en el ejercicio de este poder de dirección y organización del trabajo que le ha otorgado el ordenamiento jurídico-laboral el “empresario” deberá, entre otras cosas, cumplir las siguientes obligaciones: **a)** evaluará los riesgos derivados de su actividad productiva; **b)** facilitará a sus trabajadores los equipos de protección individual y colectiva necesarios para combatir los riesgos que no han podido ser eliminados; **c)** informará y formará a sus trabajadores en relación a todos los riesgos existentes en el conjunto de la empresa y su concreto puesto de trabajo; **d)** vigilará la salud de sus trabajadores a través de los correspondientes reconocimientos médicos; **e)** acogerá el modelo de organización preventiva que más se ajuste a las dimensiones y actividad desarrollada; **f)** sancionará disciplinariamente a los trabajadores que de forma reiterada incumplan sus órdenes e instrucciones en materia de prevención de riesgos laborales³⁵⁸.

4. Y lo que resulta más importante, a los efectos de la presente investigación, este poder de dirección y organización del que goza el empresario lo convierten en el sujeto idóneo al que atribuir el delito contra la seguridad en el trabajo³⁵⁹. En efecto, como expondré más adelante, las

³⁵⁸ Sobre el contenido de todas estas obligaciones y la eficacia jurídico-penal que cabe atribuirles a los efectos de la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo, *Vid. infra*. V. 3.5.

personas que disponen de dicho poder de dirección, bien directamente o por delegación, se erigen en los sujetos idóneos a los que poder imputar la puesta en peligro grave de la vida, integridad física y salud de los trabajadores situados en el ámbito de su organización³⁶⁰.

3.4. Características del deber extra-penal de seguridad

Cuatro son los rasgos que, en opinión de la doctrina laboralista, definen el deber extra-penal de seguridad: la generalidad; la dinamicidad; la principalidad; y, por último, la controvertida cuestión de si constituye una obligación de medios o de resultado. Rasgos que, siquiera someramente, examinaré a continuación prestando una especial atención a las consecuencias que cabe extraer de ellos a los efectos de la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo.

3.4.1. Generalidad

1. El primero de los rasgos que caracteriza el deber extra-penal de seguridad impuesto al “empresario” es su generalidad. A juicio de la doctrina laboralista, ello se traduce en el hecho de que las distintas obligaciones en que se concreta (arts. 16-28 LPRL) no agotan el contenido del deber extra-penal de seguridad, sino que, por el contrario, constituyen meras especificaciones del mismo cuyo cumplimiento no exime, necesariamente, de responsabilidad

³⁵⁹ En parecidos términos, se pronuncian, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *La protección penal...*, p. 55; EL MISMO, *Manual...*, p. 65; CHOCLÁN MONTALVO, *Tráfico inmobiliario...*, p. 259; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 260 ss. De otra opinión, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, pp. 310 ss.

al “empresario”³⁶¹. Y ello es así, porque el art. 14.2 LPRL impone al “empresario” la obligación de adoptar todas las medidas de seguridad que resulten necesarias a fin de garantizar, de forma eficaz, la seguridad y salud de los trabajadores³⁶².

2. Ahora bien ¿significa ello que cualquier infracción del deber general de seguridad, esté o no expresamente concretada legalmente, podría determinar la concurrencia de un delito contra la seguridad de los trabajadores? La respuesta ha de ser negativa y ello en base a los siguientes argumentos: **a)** en primer lugar, porque la hipotética inclusión de una cláusula general en la que se castigara cualquier infracción en materia de prevención de riesgos laborales resultaría contraria al principio de legalidad penal en su vertiente material, o más concretamente, el mandato de determinación de los tipos penales³⁶³; y, **b)** en segundo lugar, porque la elevación de cualquiera de

³⁶⁰ Sobre esta cuestión *Vid., infra*. VII.

³⁶¹ En este sentido, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”p. 108; LUQUE PARRA, *La responsabilidad...*, p. 19; SALCEDO BELTRÁN, *El deber de protección...*, p. 25. En la misma línea, se pronuncia la SJS SEVILLA (4) 31-07-01 (As. 2001\3830, PTE. BENEYTO ABAD) en la que se afirma “... **el deber genérico de protección eficaz y diligente del empresario presenta una serie de especificaciones legales «ad exemplum», que la precisan pero que no agotan su contenido, dado el carácter dinámico, variable, mutable y adaptable-actualizable a las vicisitudes del proceso productivo de aquélla...**” (FJ 2º).

³⁶² En este sentido, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, p. 107; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, pp. 106 ss; SALCEDO BELTRÁN, *El deber de protección...*, p. 25; SEMPERE NAVARRO/GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA/CARDENAL CARRO, *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, (2ª ed), Madrid 1998, p. 153.

³⁶³ Conclusión que puede extrapolarse al ámbito del Derecho administrativo-laboral sancionador siempre y cuando reconozcamos la mayor “flexibilidad” con la que se opera en este ámbito en relación con el Derecho penal, dónde las consecuencias jurídicas aparejadas a la comisión de los distintos ilícitos jurídico-penales (pena privativa de libertad versus mera sanción pecuniaria) exigen un cumplimiento más estricto de los diferentes

las obligaciones impuestas al empresario a la categoría de delito, además de imposibilitar la diferenciación entre los ilícitos administrativos-laborales recogidos en la LISOS y el delito contra la seguridad en el trabajo, constituiría una flagrante conculcación de los principios político-criminales de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho penal.

3.4.2. Dinamicidad

1. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, sostiene un sector de la doctrina *iuslaboralista* que el deber general de seguridad posee un carácter dinámico³⁶⁴. En su opinión, resulta lógico que, si sobre el “empresario” pesa una obligación genérica de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar eficazmente la seguridad y salud de los trabajadores, deba modificarlas en aquellos supuestos en que se introduzcan

subprincipios derivados del principio de legalidad en su vertiente material, y entre ellos, los subprincipios de taxatividad y determinación de los tipos penales.

³⁶⁴ En este sentido, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, p. 110; ALFONSO MELLADO, *Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral*, Valencia 1998, p. 21; CABEZA PEREIRO/LOUSADA AROCHENA, *Comentarios a la Ley...*, p. 65; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 10; IGARTUA MIRÓ, *La obligación...*, p. 195 ss; SEMPERE NAVARRO/GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA/CARDENAL CARRO, *Derecho de la seguridad...*, p. 153; SALCEDO BELTRÁN, *El deber de protección...*, p. 26. También la **jurisprudencia** ha puesto de relieve el carácter dinámico del deber general de seguridad. En este sentido, entre otras, la STSJ CATALUÑA 22-02-02 (As. 2002\1464, PTE. DE COSSIO BLANCO) en la que se apunta “... *la Ley de Prevención de Riesgos Laborales...en su art. 14-2 párrafo segundo incumbe al empresario la obligación de desarrollar una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes, que se concreta en el art. 15-1 e) y f) en tener en cuenta la evolución de la técnica y sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún riesgo...*”. (FJ 2º).

cambios en la estructura empresarial y/o surjan nuevas medidas de seguridad como consecuencia de la evolución técnica y científica³⁶⁵.

2. A su juicio, este dinamismo se proyecta sobre dos de los principios que conforman la llamada acción preventiva (art. 15 LPRL): **a)** el principio de adaptación del trabajo a la persona del trabajador (art. 15.1.d LPRL), en virtud del cual se conmina al “empresario” a adecuar, de forma permanente, el puesto de trabajo ocupado por el trabajador para atenuar el trabajo repetitivo y monótono; y, **b)** el principio de adecuación de las medidas de seguridad a la evolución de la técnica (art. 15.1.e LPRL), en base al cual se insta al “empresario” a acomodar dichas medidas al estado de la técnica existente en el momento de su adopción³⁶⁶.

3. Este último principio adquiere un especial protagonismo en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo³⁶⁷, en la medida en que el

³⁶⁵ No en vano establece el art. 14.2 LPRL *in fine* que “*el empresario desarrollará una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención... a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo*”.

³⁶⁶ En efecto, el estado de la ciencia y de la técnica delimita el contenido del deber general de seguridad que recae sobre el empresario, y consiguientemente, determina el nivel de exigibilidad a partir del cual se le exonera de toda responsabilidad. En este sentido, entre otros, CALVO GALLEGO, *La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador*, Pamplona 1998, pp. 68 ss; IGARTUA MIRÓ, *La obligación...*, pp. 271 ss. En la misma línea, se sitúa la SJS SEVILLA (4) 31-07-01 (AS. 2001\3830, PTE. BENEYTO ABAD) en la que se señala “... *el incumplimiento no puede producirse allí donde no llegue la misma prestación. Y el hecho de que ésta deba ser naturalmente posible (art. 1272 CC) hace que no pueden considerarse como incumplimientos aquellos niveles de peligro o riesgo que no puedan ser evitados o controlados de ningún modo de acuerdo con el nivel de conocimientos y avances técnicos en cada momento presente...*” (FJ 2º).

avance de la técnica constituye uno de los factores a tener en cuenta a la hora de realizar la ponderación coste/beneficio necesaria para determinar el nivel de riesgo permitido en una actividad especialmente peligrosa como son determinados trabajos. O, más concretamente, porque el desarrollo de la técnica se erige en uno de los criterios utilizados en la delimitación del deber de seguridad típicamente relevante para lesionar *ex ante* los bienes jurídico-penales protegidos en el art. 316 y ss CP.

4. En efecto, tal y como expuse con anterioridad³⁶⁸, la Administración puede llegar a ejercer una notable influencia en la delimitación del riesgo permitido en el ámbito de la protección penal de la seguridad en el trabajo, en la medida en que, por ejemplo, en aquellos supuestos en que, como consecuencia de un avance tecnológico, se descubre que determinados productos, hasta entonces manipulados por los trabajadores, resultan especialmente nocivos para su vida, integridad física o salud, no podrán ser sancionados jurídico-penalmente, mientras su utilización no haya sido prohibida reglamentariamente, esto es, su uso haya infringido las “*normas de prevención de riesgos laborales*”³⁶⁹.

³⁶⁷ Así como sobre la imputación a título imprudente de los delitos y/o faltas de homicidio y/o lesiones, siempre y cuando, claro está, se pruebe la relación de riesgo entre el incumplimiento de la obligación general de seguridad y los resultados de muerte y/o lesiones acaecidos.

³⁶⁸ Sobre la cuestión relativa a la creación de espacios de riesgo permitido por parte de la propia Administración, Vid., *supra*. IV. 4.4.

3.4.3. Principalidad

1. En tercer lugar, entiende la doctrina *iuslaboralista* que el deber extra-penal de seguridad posee un carácter principal³⁷⁰, en tanto el empresario es el sujeto que está principalmente (que no exclusivamente)³⁷¹ obligado a cumplirlo, y consiguientemente, a asumir las diferentes obligaciones derivadas de su inobservancia. Y ello por dos motivos:

1.1. En primer lugar, porque según establece el art. 14.4. LPRL el “empresario” no puede eximirse de sus responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, lo cual explica el carácter complementario que la propia LPRL otorga a las funciones desempeñadas en este ámbito por los trabajadores designados al efecto como a los servicios de prevención propios o ajenos

1.2. En segundo lugar, porque de la interpretación conjunta de los vigentes arts. 29.3³⁷² y 42³⁷³ LPRL, al igual que del derogado art. 160

³⁶⁹ En este sentido, el ordenamiento jurídico-laboral (art. 6.2 LPRL) ha otorgado a la Administración la potestad de adaptar periódicamente la normativa en materia prevención de riesgos laborales al devenir del desarrollo de la técnica y de la ciencia (art. 6.2 LPRL).

³⁷⁰ En este sentido, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, p. 110; CARRERO DOMÍNGUEZ, *El régimen...*, pp. 235 ss; LUQUE PARRA, *La responsabilidad...*, pp. 34 ss; SALCEDO BELTRÁN, *El deber de protección...*, pp. 29 ss.

³⁷¹ Como muy bien puntualiza, entre otros, IGARTUA MIRÓ, *La obligación...*, p. 28, nota 8.

³⁷² A tenor del que “*el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos... tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el art. 58.1 del ET...*”.

³⁷³ En virtud del que “*el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas...*”.

OGSHT³⁷⁴, se infiere que la responsabilidad administrativo-laboral que, no olvidemos constituye el eje del actual sistema de protección de la prevención de riesgos laborales, se impone directamente al “empresario”³⁷⁵.

2. Ahora bien, ¿significa ello que el “empresario”, persona física o jurídica, en tanto único “*obligado legal*” a garantizar la protección de la seguridad en el trabajo, constituye el único sujeto idóneo al que es posible imputar el delito contra la seguridad en el trabajo? Y de ser así, ¿significa acaso que los trabajadores que han asumido efectivamente funciones en materia de prevención de riesgos laborales o los sujetos que integran los servicios de prevención propios o ajenos, en tanto no están “*obligados legalmente*” a *facilitar los medios de protección necesarios*” a los trabajadores no pueden responder a título de autor del delito contra la seguridad en el trabajo?³⁷⁶.

3. Al respecto, en este momento, simplemente quisiera apuntar que, a mi juicio, la atribución del deber general sobre el “empresario”, constituye un

³⁷⁴ Precepto que ha sido expresamente derogado por la LPRL y en el que se establecía la posibilidad de que el trabajador fuera sancionado administrativamente por la Inspección de Trabajo cuando por acción u omisión pusiera en peligro su vida e integridad física o la de terceros.

³⁷⁵ En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, pp. 282 ss; GORELLI HERNÁNDEZ, “Obligaciones y responsabilidades del trabajador en materia de seguridad e higiene”, en *La prevención de Riesgos Laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, (OJEDA AVILÉS/ALARCÓN CARACUEL/RODRÍGUEZ RAMOS coords.), Pamplona 1996, p. 226; MONTOYA MELGAR/PIZÁ GRANADOS, *Curso...*, pp. 250 ss; SALA FRANCO/ARNAU NAVARRO, *Comentarios...*, pp. 216 ss.

³⁷⁶ Cuestiones todas ellas que serán examinadas en el marco del apartado dedicado a la determinación de la autoría en el delito contra la seguridad en el trabajo., *Vid., infra*. VII.

límite para la determinación de la autoría en el marco del delito contra la seguridad en el trabajo, puesto que, con independencia de lo establecido en el art. 318 CP, el “empresario” es, según la LPRL, el único sujeto que está obligado a facilitar los medios necesarios para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores³⁷⁷. Esta limitación constituye una de las consecuencias que conlleva la utilización de la técnica legislativa de la ley penal en blanco en la tipificación del delito contra la seguridad en el trabajo.

3.4.5. ¿Medios o resultado?

1. Por último, se plantea la doctrina laboralista la controvertida cuestión de si el deber extra-penal de seguridad se configura como una obligación de medios o de resultado³⁷⁸. Cuestión esta que ha dividido a la doctrina en dos grandes grupos:

³⁷⁷ Lo cual, como expondré, en modo alguno significa que sea el único sujeto al que se puede imputar el delito contra la seguridad en el trabajo. Sobre esta cuestión Vid., *infra* VII. 2.

³⁷⁸ Si bien el estudio de ambas categorías excede con mucho los objetivos del presente trabajo, resulta imprescindible realizar una somera definición de las mismas con el fin de contextualizar adecuadamente la discusión jurídico-laboral acerca de la consideración de la obligación general de seguridad como una obligación de medios o de resultado. La doctrina civil define las obligaciones de medios, como aquellas obligaciones en que el deudor se compromete a realizar de forma diligente todas aquellas prestaciones que resulten necesarias para la consecución del resultado o fin práctico esperado por el acreedor al contraer la obligación, no formando parte el resultado en sí del contenido de la prestación. Por el contrario, en las obligaciones de resultado el cumplimiento o incumplimiento de la misma depende de la obtención de dicho resultado, puesto que el resultado forma parte de la prestación acordada con independencia del grado de diligencia empleada por el deudor en su cumplimiento. Sobre dicha cuestión, entre otros, JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)”, ADC 1991, pp. 5 ss; IZQUIERDO TOLSADA, “Fundamentos jurídicos de la responsabilidad civil profesional”, en *Lecciones sobre el seguro de responsabilidad civil*, Madrid 1989, pp. 141 ss; LOBATO GÓMEZ, “Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado”, ADC 1992, pp. 651 ss.

1.1. Un sector de la doctrina considera que se estructura como una obligación de resultado, argumentando que el “empresario”, a tenor de lo establecido en el art. 14.2 LPRL, está obligado a garantizar a sus trabajadores una prestación laboral en la que su vida, integridad física y salud no sufra “daño” alguno. Lo cual, *a sensu contrario*, significa que incumplirá dicha obligación en todos los casos en los que se le irroge un “daño” imputable a la actividad laboral, y ello con independencia del grado de diligencia empleado por el “empresario”³⁷⁹

1.2. Otros autores, contrariamente, estiman que el deber extra-penal de seguridad se configura como una obligación de medios, argumentando que, si bien su contenido es muy amplio, no puede incluirse en el mismo la propia evitación del “daño”. De tal forma que en aquellos supuestos en que el “empresario” pruebe que ha observado la diligencia debida no se le podrán imputar los daños que hubiera sufrido el trabajador³⁸⁰.

³⁷⁹ En este sentido, entre otros, CALVO GALLEGO, *La obligación general...*, pp. 56 ss; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, pp. 107 ss; IGUARTUA MIRÓ, *La obligación...*, pp. 206 ss; GONZÁLEZ LABRADA, *Seguridad y salud...*, pp. 357 ss. Si bien no le falta razón a LUQUE PARRA, *La responsabilidad...*, p. 22, nota 23, cuando señala que se percibe cierta confusión en el planteamiento de estos dos últimos autores, en la medida en que, tras defender su configuración como una obligación de resultado, concluyen que el empresario podrá exonerarse de toda responsabilidad en aquellos supuestos en que pruebe que actuó con diligencia.

³⁸⁰ En este sentido, entre otros, ALFONSO MELLADO, *Responsabilidad...*, pp. 19 ss; MONTOYA MELGAR/PIZÁ GRANADOS, *Curso...*, p. 85; ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, pp. 108 ss; SALA FRANCO/ARNAU NAVARRO, *Comentarios...*, p. 79; SALCEDO BELTRÁN, *El deber de protección...*, pp. 28 ss.

2. A mi juicio, la problemática relativa a la configuración del deber extra-penal de seguridad como una obligación de medios o de resultado no constituye una cuestión baladí, sino su inclusión en una u otra categoría puede tener importantes consecuencias jurídicas tanto en el plano extra-penal como penal. En efecto, su caracterización como una obligación de resultado constituye, en primera instancia, uno de los argumentos sobre los que se puede fundamentar la configuración objetiva de la responsabilidad administrativo-laboral, y consiguientemente, en uno de los criterios a partir de los cuales se pueden fijar las fronteras entre el delito contra la seguridad en el trabajo y los ilícitos administrativo-laborales en los que se exige, igualmente, la puesta en peligro grave de la seguridad y salud de los trabajadores de los trabajadores (art. 13 LISOS).

3.5. Contenido del deber extra-penal de seguridad

3.5.1. Introducción

1. En el presente apartado analizaré algunas de las obligaciones que según la normativa extra-penal en materia de seguridad y salud en el trabajo conforman el denominado deber general de seguridad, por cuanto entiendo que su examen resulta fundamental para dar una respuesta a dos de los interrogantes más importantes que suscita la protección penal de seguridad en el trabajo: **a)** la determinación de los riesgos laborales jurídico-penalmente relevantes, o más concretamente, las obligaciones cuya infracción pueden subsumirse en la descripción típica prevista en el art. 316 “*no facilitación de los medios de seguridad necesarios...*”; y, **b)** la determinación de en qué

medida el legislador ha delimitado político-criminalmente de forma correcta la intervención penal en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral.

2. A grandes rasgos, pueden distinguirse en la normativa extra-penal dos tipos de obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. Las obligaciones cuyo incumplimiento, en principio, podría poner en peligro la vida, integridad física o salud de los trabajadores y que he denominado obligaciones materiales o sustantivas. Obligaciones cuya importancia resulta obvia a los efectos de la presente investigación, por cuanto plantean al intérprete jurídico-penal la cuestión de su posible inclusión en la conducta típica descrita en el actual art. 316 CP. Y un segundo grupo de obligaciones cuyo incumplimiento en modo alguno ponen en peligro dichos bienes jurídicos, obligaciones a las que he llamado formales o accesorias. Obligaciones estas cuya incapacidad para lesionar los bienes jurídico-penales protegidos en el delito contra la seguridad en el trabajo justifican la omisión de su estudio particularizado.

3. Entre las obligaciones materiales pueden incluirse las siguientes: **a)** el deber de evaluar los riesgos laborales existentes; **b)** el deber de facilitar los equipos de protección individual; **c)** el deber de garantizar la seguridad de las máquinas, equipos y herramientas utilizadas por el trabajador en el transcurso de su prestación laboral; **d)** el deber de informar y formar a los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales; **e)** el deber de crear una organización preventiva; **f)** el deber de paralizar la actividad laboral en caso de riesgo grave e inminente; **g)** el deber de coordinar la actividad preventiva en los supuestos de contratas y subcontratas; y, **h)** el deber de vigilar el cumplimiento efectivo de las medidas previamente adoptadas. Entre las

obligaciones formales, he incluido las obligaciones relativas a la documentación y notificación recogidas en el art. 23 LPRL.

4. Sin embargo, por razones metodológicas he considerado más oportuno acometer el examen de las obligaciones relativas a la creación de la organización preventiva (arts. 30 y 31 LPRL), coordinación de la actividad preventiva en caso de contratas y subcontratas (art. 24 LPRL) y distribución de los deberes que en materia de prevención de riesgos laborales impone la LPRL a las empresas usuarias y las ETT's (art. 28), al apartado dedicado a la relación de autoría, por cuanto su examen nos ayudará a delimitar a los sujetos a los que es posible imputar el delito contra la seguridad en el trabajo³⁸¹.

3.5.2. Deber de evaluación (art. 16 LPRL)

1. La obligación de evaluación de los riesgos laborales³⁸² constituye, en opinión de la doctrina laboralista, uno de los pilares sobre los que se construye la actividad preventiva en el empresa, por cuanto a través de la misma el “empresario” toma conocimiento de los diferentes riesgos existentes en el seno de su empresa y de las distintas medidas de seguridad que resultan precisas para combatirlos eficazmente³⁸³.

³⁸¹ Sobre esta cuestión, Vid., *infra*. VII. 4.1 y 4.2.

³⁸² Obligación establecida en el art. 16 LPRL y desarrollada en los arts. 3 ss del Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP).

³⁸³ En este sentido, entre otros, IGARTUA MIRÓ, *La obligación...*, pp. 291 ss; NÚÑEZ GONZÁLEZ, *La evaluación de los riesgos derivados del trabajo*, Valencia 1999, pp. 19 ss; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 123.

2. En efecto, el cumplimiento del resto de obligaciones en que se concreta el deber general de seguridad está supeditado a la realización de la evaluación inicial y las sucesivas evaluaciones que se elaboren al hilo de las modificaciones que tengan lugar en las condiciones de trabajo. Así, por ejemplo, gracias a los datos contenidos en la evaluación el “empresario” podrá determinar: **a)** los riesgos que no pueden ser eliminados con las medidas de seguridad colectivas u organizativas; **b)** los equipos de protección individual que es preciso facilitar a los trabajadores para combatirlos; y **c)** la formación e información que debe suministrarles para garantizar una efectiva utilización de los mismos.

3. Ahora bien, dicho esto, ¿puede el incumplimiento de la obligación de evaluación determinar la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo? Al respecto, entiendo que, si bien el mero incumplimiento de la misma no comporta *per se* la puesta en peligro grave de la vida, integridad física o salud de los trabajadores, tal y como exige el tipo contenido en el art. 316 CP, es más que probable que en los supuestos en que el “empresario” ni siquiera ha evaluado los riesgos laborales que comporta cada uno de los puestos de trabajo, así como los propios riesgos derivados de las máquinas e instalaciones ubicadas en el centro de trabajo, tampoco haya adoptado las medidas mínimas necesarias para garantizar la seguridad y confianza de sus trabajadores en el transcurso de su prestación laboral³⁸⁴: **a)** la puesta a

³⁸⁴ Ahora bien, el hecho de que la infracción de la obligación de evaluación no determine por sí sola la concurrencia del delito contra la seguridad en el trabajo, no significa que pueda ser objeto de la correspondiente sanción administrativa en aquellos supuestos en que se compruebe que el “empresario” ha omitido la realización de la evaluación inicial o sucesiva o no se hayan puesto en marcha las medidas dispuestas en la mismas (arts. 12.1 y 12.6 LISOS).

disposición de los trabajadores de los equipos de protección individual; **b)** la adopción de las medidas de carácter colectivo u organizativo; o, **c)** la adecuada formación e información en relación a los riesgos derivados el puesto de trabajo. Es decir, por sí mismo no justifica la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo, pero su incumplimiento casi seguro determinará el incumplimiento de otras obligaciones que sí realizarán el tipo.

4. Esta conclusión viene avalada por la propia jurisprudencia vertida en relación al delito contra la seguridad en el trabajo, por cuanto, hasta la fecha, no se ha dictado resolución alguna en que se haya fundamentado su existencia sobre la base de la sola infracción de la obligación de evaluación de los riesgos laborales. Ciertamente, en la única sentencia en que se hace referencia a la obligación de evaluación de los riesgos laborales (SAP GUADALAJARA 17-01-03, ARP. 2001\13, PTE. ESPEJEL JORQUERA, FJ 1º Y 3º), se puede constatar como, en aquellas empresas en que no se realiza esta inicial evaluación de los riesgos, tampoco se pone a disposición de los trabajadores los medios mínimos necesarios para garantizar su seguridad y confianza en el desarrollo de su prestación laboral³⁸⁵.

³⁸⁵ En dicha resolución se declaró probado que los “*los sujetos legalmente obligados*” no sólo incumplieron la obligación de realizar la correspondiente evaluación de riesgos, sino que omitieron las más elementales medidas de seguridad a fin de garantizar la indemnidad de los trabajadores durante la descarga de los materiales del camión: **a)** no pusieron a su disposición los juegos de eslingas reglamentariamente exigidos; **b)** no comprobaron las condiciones de seguridad que presentaban las eslingas facilitadas; y, **c)** tampoco les informaron adecuadamente acerca de los riesgos que conllevaba la realización de su trabajo ni les instruyeron sobre la forma correcta de acometerlos en condiciones seguras.

3.5.3. Deber de facilitar los equipos de protección individual (art. 17.2 LPRL)

1. El “empresario” está igualmente obligado a proporcionar a sus trabajadores los equipos de protección individual (EPI)³⁸⁶ necesarios para garantizar su seguridad y salud en el transcurso de su prestación laboral (art. 17.2 LPRL)³⁸⁷. La doctrina laboralista considera que esta obligación tiene una naturaleza subsidiaria, en la medida en que el “empresario” sólo ha de entregar dichos equipos a sus trabajadores en aquellos supuestos en que los riesgos laborales, previamente detectados en la preceptiva evaluación, no han podido ser eliminados o controlados mediante la adopción de las correspondientes medidas de carácter colectivo o la introducción de métodos o procedimientos de trabajo³⁸⁸. En efecto, una vez el “empresario” ha constatado la existencia de riesgos que no pueden ser erradicados por medio de las medidas de carácter colectivo u organizativas, debe proceder a concretar los

³⁸⁶ La definición legal de “equipo de protección” la encontramos en los arts. 4.8º LPRL y 2 RD 773/1997, 30 de mayo, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual: “... *cualquier equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad y su salud en el trabajo, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin*”.

³⁸⁷ Esta obligación ha sido desarrollada en el RD 773/1997, norma a través de la cual se ha transpuesto a nuestro ordenamiento la Directiva 89/656/CEE, de 30 de noviembre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual.

³⁸⁸ Así lo señala, respectivamente, los arts. 17.2 *in fine* LPRL y 4 RD 773/1997, constituyendo ambos una manifestación del principio de la acción preventiva previsto en el art. 15.1 h) en virtud del que el empresario está obligado a anteponer las medidas colectivas sobre las de carácter individual. En este sentido, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, pp. 118 ss; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 128; MONTOYA MELGAR/PIZÁ GRANADOS, *Curso...*, p. 80.

diferentes riesgos que se ciernen sobre el trabajador y los equipos que resultan idóneos para combatirlos³⁸⁹.

2. Sin embargo, el ordenamiento jurídico-laboral no exonera de toda responsabilidad al “empresario” una vez ha facilitado los equipos de protección individual, sino que, tal y como se desprende de lo establecido en el art. 17.2 y ha corroborado la doctrina científica³⁹⁰ y jurisprudencial³⁹¹, el “empresario” está obligado a exigir su efectiva utilización a los trabajadores. Esta obligación de exigir su efectiva utilización constituye, a mi juicio, una manifestación más de la obligación de vigilancia que pesa sobre el “empresario”, como receptor del poder de dirección y organización del que ha sido legalmente investido.

³⁸⁹ En este sentido, Vid., art. 3 a) y 6 RD 773/1997.

³⁹⁰ En este sentido, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, pp. 118 ss; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 128; IGARTUA MIRÓ, *La obligación...*, pp. 325 y 380 ss; quienes consideran que la obligación de velar por la efectivo cumplimiento de las medidas ya adoptadas constituye, junto a la obligación de prever las propias imprudencias no temerarias del trabajador (art. 15.4 LPRL), una manifestación del deber de vigilancia que el ordenamiento jurídico-laboral impone al empresario, deber cuyo cumplimiento se garantiza, entre otros instrumentos, mediante el reconocimiento a éste último de un poder disciplinario sobre aquellos trabajadores que infrinjan sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales (art. 29.3 LPRL).

³⁹¹ Los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (TSJCA) han puesto de relieve en numerosas sentencias dictadas en relación al recargo de prestaciones como el deber extra-penal de seguridad no sólo obliga al “empresario” a adoptar todas aquellas medidas de seguridad que resulten necesarias para garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores, sino también a vigilar su preceptivo cumplimiento por parte de los trabajadores. En este sentido, entre otras, SSTSJ, Sala de lo Social, PAÍS VASCO 16-04-02 (AS. 2002\2410, PTE. PÉREZ SIBÓN, FJ 6º); GALICIA 26-05-01 (AS. 2001\2300, PTE. LÓPEZ PAZ, FJ 3º); GALICIA 22-06-02 (AS. 2002\3520, PTE. FERNÁNDEZ OTERO, FJ 3º) y ARAGÓN 15-07-02 (AS. 2002\2467, PTE. MORA MATEO, FJ 4º).

3. En efecto, en contrapartida al reconocimiento legal de un poder de dirección y organización en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales, el ordenamiento jurídico-laboral le impone un deber de vigilancia respecto a la utilización por parte de los trabajadores de los medios de seguridad previamente puestos a su disposición y le imputa la consiguiente responsabilidad administrativo-laboral respecto a todos aquellos riesgos laborales que, teniendo su origen en dicha inobservancia, “ponen en peligro” o lesionan la vida, integridad física y salud del colectivo formado por los trabajadores.

4. Ahora bien, ¿qué alcance jurídico-penal adquiere la infracción de ambas obligaciones a los efectos de la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo? En mi opinión, la obligación de proporcionar los equipos de protección individual a los trabajadores adquiere un especial protagonismo en la protección penal de la seguridad en el trabajo, por cuanto deviene la única medida posible en aquellos supuestos (por otra parte los más frecuentes) en que los medios de seguridad colectivos u organizativos no han podido eliminar o, cuanto menos reducir hasta unos límites socialmente tolerables, los riesgos derivados del concreto puesto de trabajo. En relación con la obligación de exigir su efectiva utilización, pese a que un gran número de las muertes y/o lesiones acaecidas en el ámbito del trabajo tienen su origen en la no utilización por los trabajadores de los equipos de protección individual previamente facilitados, el legislador del 95, a diferencia de lo establecido en el art. 348 bis a) ACP, ha despenalizado dicha conducta, desplazando de esta manera su sanción al ámbito administrativo-laboral³⁹².

³⁹² Sobre las diferentes posturas doctrinales al respecto y la valoración que me merece dicha despenalización Vid., *infra*. V. 4.4 y 4.5.

3.5.4. Deber de garantizar la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones (art. 17.1 LPRL)

1. “El empresario” también está obligado a garantizar la seguridad de las máquinas, herramientas o instalaciones utilizadas por los trabajadores en el desarrollo de sus tareas (art. 17.1 LPRL)³⁹³. A tal fin debe introducir todas las medidas correctoras que resulten necesarias con el objeto de eliminar los riesgos derivados de las mismas, o de no ser ello técnicamente posible, las medidas tendentes a reducirlos hasta los límites permitidos³⁹⁴. Entre dichas medidas destacan, entre otras, las siguientes: **a)** la limitación de la utilización de las máquinas o herramientas que entrañen riesgos a los trabajadores específicamente designados al efecto³⁹⁵; **b)** la conservación adecuada de los equipos de trabajo durante todo su período de utilización³⁹⁶; **c)** la restricción de las operaciones de mantenimiento, reparación o transformación de los equipos que supongan un riesgo para la seguridad y salud a los trabajadores que cuenten con el nivel óptimo de capacitación para realizarlas en

³⁹³ Esta obligación ha sido desarrollada en el RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, norma que ha transpuesto a nuestro ordenamiento la Directiva 89/655, de 5 de noviembre, que lleva por título el mismo nombre.

³⁹⁴ Así, por ejemplo, establece el art. 5 del RD 1215/1997 que cuando se utilicen equipos de trabajo con elementos peligrosos accesibles y éstos no pudieran ser totalmente protegidos, deberán adoptarse las precauciones y utilizarse las protecciones individuales adecuadas para reducir los riesgos al mínimo posible, y en particular, deberán adoptarse las medidas precisas para evitar, especialmente, el atrapamiento del cabello, las ropas de trabajo u otros objetos que pudiera llevar el trabajador.

³⁹⁵ En este sentido, Vid., arts. 17.1 a) y 5 RD 1215/1997

³⁹⁶ En este sentido, Vid., art. 5 RD 1215/1997.

condiciones de seguridad³⁹⁷; y, **d)** la comprobación periódica, por personal cualificado, de todos los equipos de trabajo cuya seguridad dependa de su instalación o se deterioren como consecuencia de su uso prolongado en el tiempo, debiendo realizar comprobaciones adicionales en los casos en que los mismos hayan sido modificados, hayan tenido lugar accidentes laborales, se hayan producido fenómenos naturales como lluvia, frío o calor extremos, o no hayan sido utilizados durante un largo período de tiempo³⁹⁸.

2. Resulta evidente que la omisión de todas ellas medidas adquiere una especial significación jurídico-penal, por cuanto los diferentes máquinas, herramientas e instalaciones, a diario utilizadas por el trabajador, constituyen una importante y permanente fuente de riesgos para su seguridad y salud. En efecto, basta realizar un somero análisis jurisprudencial para comprobar que en la mayoría de supuestos, la puesta en peligro de la vida, integridad o salud de los trabajadores, e incluso, las muertes y lesiones graves que tienen lugar en el ámbito laboral tienen su origen en: **a)** la existencia de mandos que no están provistos de los mecanismos precisos para evitar su accionamiento involuntario (SAP GUIPÚZCOA 13-12-02, JUR. 2002\11030, PTE. CINTO LAPUENTE); **b)** la ausencia o anulación de los preceptivos dispositivos de protección de la máquina (respectivamente, STS 29-07-02, RJ. 2002\8826, PTE. GIMÉNEZ GARCÍA; SAP ALICANTE 15-05-02, JUR. 2002\188783, PTE. JIMÉNEZ MOREGO); o, **c)** la realización de labores de limpieza o retirada de material defectuoso sin parar previamente la máquina o sin hacer uso de los

³⁹⁷ En este sentido, *Vid.*, arts. 17.1 b) y 4 RD 1215/1997.

³⁹⁸ En este sentido, *Vid.*, art. 4 RD 1215/1997.

medios auxiliares que garantizan una distancia suficiente de seguridad (STS 22-12-02, RJ. 2002\4433, PTE. MÓNER MUÑOZ).

3.5.5. Deber de información y formación (arts. 18 y 19 LPRL)

1. Según establece la normativa extra-penal el “empresario” está obligado a facilitar a sus trabajadores la información y la formación precisa en materia de prevención de riesgos laborales³⁹⁹. En efecto, en cumplimiento del deber extra-penal de seguridad, el “empresario”, tiene la obligación de proporcionar a sus trabajadores, de forma directa e individualizada, la información precisa en relación a los riesgos que, en general, existen en el seno de la empresa y, en particular, los riesgos que presenta su concreto puesto de trabajo, así como de todas las medidas que se hayan adoptado a fin de protegerle frente a los mismos (art. 18 LPRL)⁴⁰⁰.

2. La obligación de información se complementa con la imposición sobre el “empresario” del deber de facilitar a sus trabajadores una adecuada

³⁹⁹ Sobre la importancia que adquiere la información y formación en materia de prevención de riesgos laborales en relación a los trabajadores temporales y los trabajadores cedidos por las ETT a las empresas usuarias (art. 28 LPRL), Vid., *infra*. VII. 4.2.

⁴⁰⁰ Esta obligación de información se proyecta tanto en la propia LPRL como en los diferentes reglamentos que la han desarrollado. Así, por ejemplo, en los arts. 20 y 21 LPRL se establece, respectivamente, que el empresario informará a sus trabajadores sobre las medidas previstas en situaciones de emergencia, esto es, primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores (art. 20 LPRL) y sobre las medidas a adoptar en los supuestos en que el trabajador esté sometido a un riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL). Por su parte, en el art. 5.2 del RD 1215/1997 se insta al empresario a: **a)** facilitar a sus trabajadores las informaciones precisas acerca de las correctas condiciones de utilización de los equipos de trabajo, así como de las incorrectas formas de utilización que puedan preverse; y, **b)** a proporcionarles información en relación a los riesgos derivados de aquellos equipos de trabajo que, pese a no ser personalmente utilizados por éstos, se encuentran en su radio de acción.

formación teórico-práctica en torno a los riesgos derivados del concreto puesto de trabajo ocupado o la función específicamente asignada (art. 19 LPRL)⁴⁰¹. Dicha formación ha de facilitarse a los trabajadores, individualmente, en el momento en que son contratados, y debe actualizarse periódicamente en todos aquellos supuestos en que: **a)** se modifiquen las funciones asignadas o el puesto ocupado; **b)** se sustituyan los equipos de trabajo utilizados; **c)** aparezcan nuevos riesgos; o, **d)** el desarrollo de la técnica permita la adopción de nuevas medidas tendentes a eliminarlos o contenerlos dentro de unos niveles tolerables⁴⁰².

3. El significativo papel que ocupan la información y formación en la protección eficaz de la seguridad en el trabajo explica el por qué un sector de la doctrina penalista defiende la necesidad de realizar una interpretación extensiva del término “*medios*” a fin de permitir la incriminación de aquellas “puestas en peligro” graves imputables al incumplimiento de ambas obligaciones. En efecto, como expondré más adelante, la mera entrega de los equipos de protección individual o la adopción de las medidas encaminadas a garantizar la seguridad de las máquinas, herramientas o sustancias utilizadas por el trabajador en el transcurso de su prestación laboral, no asegura la protección eficaz de la seguridad y confianza de los trabajadores si no se les

⁴⁰¹ En este sentido, varios autores han destacado, en la doctrina laboralista, la estrecha vinculación existente entre las obligaciones de información y formación, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, p. 120; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 316 ss. De hecho, esta complementariedad justifica su tratamiento conjunto.

⁴⁰² Este deber de adaptación constituye una manifestación más del carácter dinámico que define al deber general de seguridad. En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 133 ss; PURCALLA BONILLA/ESTEBAN LEGARRETA, “Notas sobre la formación de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral”, AL 1998-3, p. 892.

facilita a su vez una información precisa sobre los riesgos que se ciernen sobre su persona y una formación adecuada acerca de las medidas que ha de adoptar para combatirlos⁴⁰³.

3.5.6. Deber de vigilancia de la salud (art. 22 LPRL)

1. El “empresario” está igualmente obligado a vigilar periódicamente la salud de sus trabajadores⁴⁰⁴, obligación para cuyo cumplimiento el “empresario” se vale de los denominados reconocimientos médicos⁴⁰⁵. Estos reconocimientos médicos, en opinión de la doctrina laboralista, cumplen dos

⁴⁰³ Sobre la cuestión de las diferentes interpretaciones jurídico-penales del término “medios” *Vid., infra*. V. 4.3.1.

⁴⁰⁴ Periodicidad que guarda una estrecha relación con el carácter continuado que caracteriza a la relación contractual, el carácter dinámico del deber general de seguridad y el carácter contingente de los riesgos laborales. Sin embargo, la LPRL no determina en qué momento debe realizarse la vigilancia de la salud, cuestión ésta que ha sido concretada por vía reglamentaria. En este sentido, el RSP establece tres momentos: **a)** en primer lugar, el “empresario” ha de practicar una evaluación de la salud inicial justo después de la incorporación del trabajador o la asignación de tareas específicas que comporten nuevos riesgos para su salud (art. 37.3.b. 1º), si bien deberá efectuarla con carácter previo cuando el puesto a ocupar comporte un riesgo de contraer una enfermedad profesional (art. 196 LGSS) o cuando se trate de un trabajador nocturno (art. 36.4 ET); **b)** en segundo lugar, el “empresario” debe evaluar la salud de aquellos trabajadores que reanuden su actividad tras una ausencia prolongada por motivos de salud, a fin de descubrir su eventual origen profesional y determinar las medidas preventivas más adecuadas para protegerlo eficazmente (art. 37.3.b.2º); y, **c)** e incluso ha de prolongarse la vigilancia de la salud más allá de la finalización de la relación contractual, en tanto existen enfermedades cuyo efectos se manifiestan una vez el trabajador ha dejado de estar en contacto con las sustancias o los medios que las provocan y no pueden ser detectadas en los controles médicos practicados durante el tiempo en que el presta sus servicios (arts. 22.5 LPRL y 36.1.9º RSP). Este último supuesto plantea una especial problemática a los efectos de la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo y la imputación de la muerte y/o las lesiones a título imprudente.

⁴⁰⁵ Medida preventiva a la que las empresas destinan un mayor número de recursos materiales y humanos. En este sentido, entre otros, SERRA/BENAVIDES, “Vigilancia de la salud”, en *Salud laboral. Conceptos y técnicas para la prevención de riesgos laborales*, Barcelona 1997, p. 231; GOÑI SEIN, “Límites...”, p. 52.

funciones: **a)** en primer lugar, una función **preventiva**, en la medida en que a través de los reconocimientos el “empresario” puede detectar, de forma anticipada, las posibles enfermedades profesionales que padecen sus trabajadores, (y consiguientemente su posible tratamiento, adaptando, en su caso, el puesto o lugar de trabajo al trabajador enfermo) y puede verificar la eficacia de las medidas preventivas ya adoptadas, perfeccionando de esta forma los niveles de protección existentes⁴⁰⁶; y, **b)** en segundo lugar, una función de **adecuación**, por cuanto por medio de los reconocimientos médicos el “empresario” puede valorar las aptitudes psicofísicas del candidato o trabajador para desempeñar el concreto puesto de trabajo o función a desempeñar⁴⁰⁷.

2. Ahora bien, en la medida en que la realización de los reconocimientos médicos acarrea una actuación sobre la persona del trabajador susceptible de lesionar bienes jurídicos tan fundamentales como la

⁴⁰⁶ En este sentido, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, p. 120; GOÑI SEIN, “Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios establecidos como medida de prevención de riesgos laborales”, RDS (5) 1999, pp. 52 ss.

⁴⁰⁷ Funciones ambas que, como muy acertadamente ha señalado GOÑI SEIN, “Límites...”, p. 53, se entrecruzan en aquellos supuestos en que en el reconocimiento médico se dirige a comprobar la aptitud psicofísica del trabajador requerida en función del riesgo que comporta el concreto puesto de trabajo. Así sucede, por ejemplo, en el art. 196 LGSS en el que: **a)** se prohíbe la contratación de aquellos trabajadores que, debiendo desempeñar funciones o puestos que comportan riesgos de contraer enfermedades profesionales, no hayan sido declarados aptos, con carácter previo, por medio del correspondiente reconocimiento médico; y, **b)** se prohíbe su mantenimiento en el mismo en aquellos casos en que no hayan sido considerados aptos en los sucesivos reconocimientos médicos que se realicen. O en el art. 25.1 LPRL, en el que se prohíbe la contratación de aquellos trabajadores a las que se les haya detectado, por medio del correspondiente reconocimiento médico “... *características personales, estado biológico o capacidad física, psíquica o sensorial...*” susceptible de constituir un riesgo para sí mismos, los demás trabajadores o las personas relacionadas con la empresa.

intimidad o la dignidad⁴⁰⁸, el legislador ha supeditado su legitimidad a la prestación del consentimiento por parte del propio trabajador, erigiéndose de esta forma la voluntariedad en el principio rector que ha de regir el sometimiento del trabajador a los reconocimientos médicos (art. 22.1LPRL)⁴⁰⁹.

3. En efecto, como ha puesto de relieve un sector de la doctrina laboralista, el principio de voluntariedad constituye, en última instancia, una manifestación más de la nueva concepción de la “salud” como un bien jurídico disponible por parte de su titular, en este caso, el trabajador, quien, en el ejercicio de su libertad y pese a conocer los riesgos que su no realización

⁴⁰⁸ En efecto, si bien los reconocimientos médicos también benefician al propio trabajador, en la medida en que determinan su concreto estado de salud y permiten una adaptación del puesto de trabajo a la capacidad psico-física del trabajador enfermo, los datos obtenidos pueden comprometer su esfera privada. En este sentido, pensemos, por ejemplo, en las consecuencias personales y sociales que podría comportar la divulgación de la detección del SIDA en un trabajador en el que no se han desarrollado los síntomas de la misma. En este sentido, entre otros, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, “Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales”, REDT (82) 1997, p. 222 y 237 ss; GONZÁLEZ ORTEGA, *Comentarios...*, p. 151; GOÑI SEIN, “Límites...”, pp. 50 y 68; MARTÍNEZ FONS, *La vigilancia de la salud de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia 2002, pp. 32 ss y 74 ss; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “La intimidad del trabajador en el uso de diagnósticos médicos informatizados”, REDT (101) 2000, pp. 293 ss.

⁴⁰⁹ Voluntariedad que contrasta con el hecho de que el empresario, en tanto garante de la protección de la vida, integridad física y salud de los trabajadores que se encuentran bajo su dependencia, debe hacer frente a la correspondiente sanción administrativo-laboral cuando no haya realizado los reconocimientos y pruebas médicas de vigilancia periódica de la salud que proceda conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 12.2 LISOS) y debe responder de todas aquellas prestaciones que pudieran derivarse de la enfermedad profesional, en el supuesto caso de que haya incumplido su obligación de efectuar los reconocimientos iniciales o periódicos (art. 197.2 LGSS). En este sentido, en la doctrina laboralista, GOÑI SEIN, “Límites...”, p. 49; en la doctrina penalista, CORCOY BIDASOLO, “Medicina...”, p. 62.

conlleva para su salud, decide no someterse a ellos⁴¹⁰. Ello explica porqué la información constituye uno de los requisitos cuya ausencia invalida el consentimiento prestado por el trabajador, en la medida en que, solamente, aquél trabajador que tiene conocimiento del contenido y alcance del reconocimiento médico y de los riesgos que conlleva su no realización, puede disponer libremente de su salud en el ejercicio de su derecho a la autodeterminación⁴¹¹.

4. Sin embargo, estamos ante un principio más aparente que real, por cuanto la amplitud de las excepciones previstas en la propia LPRL lo han desvirtuado hasta invertirlo: del principio de voluntariedad se ha pasado al principio de la obligatoriedad⁴¹². En efecto, en virtud de lo establecido en el art. 22.1 LPRL, el “empresario” puede prescindir del consentimiento del trabajador, y consiguientemente, imponer obligatoriamente su sometimiento en todos aquellos supuestos en que, previo informe de los representantes legales⁴¹³, la realización del reconocimiento resulte imprescindible para: a)

⁴¹⁰ En este sentido, GOÑI SEIN, “Límites...”, pp. 55 ss y 68 ss, quien trae a colación los trabajos elaborados por la doctrina penalista en torno a la eficacia jurídico-penal del consentimiento informado en la práctica de los tratamientos médico-quirúrgicos.

⁴¹¹ En este sentido, en la doctrina laboralista, GOÑI SEIN, “Límites...”, pp. 56 ss; en la doctrina penalista, CORCOY BIDASOLO, “Libertad de terapia...”, p. 121; LA MISMA, “Medicina...”, pp. 28 ss.

⁴¹² En este sentido, en la doctrina laboralista, entre otros, ALARCÓN CARACUEL, “Los deberes...”, p. 121; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, REDT (82) 1997, p. 236; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 153; GOÑI SEIN, “Límites...”, p. 67; MARTÍNEZ FONS, *La vigilancia...*, pp. 30 ss; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 350; SALA FRANCO/ARNAU NAVARRO, *Comentarios...*, p. 102; DE VICENTE PACHÉS, “Vigilancia de la salud y derecho a la intimidad del trabajador”, *Tribuna Social* (86) 1998, p. 27; en la doctrina penalista, CORCOY BIDASOLO, “Medicina...”, p. 62.

⁴¹³ Lo cual constituye una débil garantía para el trabajador, por cuanto no se determina en qué medida resultan vinculantes para el empresario. En este sentido, se pronuncian en la

evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; **b)** verificar si su estado de salud constituye un riesgos para sí mismo, los demás trabajadores o terceras personas que tengan relación con la empresa (proveedores, clientes, visitantes...); o, **c)** cuando así lo establezca una disposición legal relativa a la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (art. 22.1 LPRL)⁴¹⁴.

5. Si bien reconozco que los reconocimientos médicos constituyen un instrumento idóneo para detectar de forma precoz las enfermedades que tienen su origen en las condiciones de trabajo, lo que, a mi juicio, resulta especialmente cuestionable es que se anteponga el cumplimiento el deber de protección impuesto al “empresario” sobre el derecho a la libertad de autodeterminación de la que goza el trabajador⁴¹⁵. En efecto, entiendo que el conflicto que se suscita entre el derecho a la protección de la salud individual del trabajador y su derecho a disponer libremente de la misma debe resolverse en favor de éste último. El trabajador en el ejercicio de su libertad puede asumir los riesgos que para su salud puede conllevar el no sometimiento al

doctrina laboralista, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 153; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, REDT (82) 1997, p. 232; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 351, quien considera que estamos en presencia de una “*flaca garantía*”; en la doctrina penalista, CORCOY BIDASOLO, “*Medicina...*”, p. 62, quien señala, igualmente, que en modo alguno puede afirmarse que el trabajador haya delegado su capacidad de decisión a dichos representantes legales.

⁴¹⁴ En opinión de algunos autores, la negativa del trabajador a someterse a dichos reconocimientos puede ser objeto de las correspondientes sanciones disciplinarias e, incluso, puede llegar a ser motivo de despido por parte del “empresario”, al “incumplir” el propio trabajador sus deberes en materia de prevención de riesgos laborales (art. 29 LPRL). En este sentido, entre otros, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, REDT (82) 1997, pp. 242 ss; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, pp. 354 ss.

⁴¹⁵ En este sentido, GOÑI SEIN, “*Límites...*”, pp. 69 y 70.

reconocimiento médico en pro de la protección de su intimidad, su dignidad o su derecho a no ser discriminado⁴¹⁶. De ahí que, únicamente, pueda justificarse su imposición en aquellos supuestos en que su no realización ponga en peligro la vida o la salud de los terceros, esto es, el resto de los trabajadores y las personas que se relacionan con la empresa (proveedores, visitantes, clientes....)⁴¹⁷.

6. Pero aún en estos supuestos, en la medida en que nos encontramos, en términos jurídico-penales, ante un supuesto de estado de necesidad justificante, es preciso que, en aplicación del principio de proporcionalidad, que ha de regir la ponderación de los intereses en conflicto, se haya probado, suficientemente, la concurrencia de un riesgo efectivo para la vida y salud de esas terceras personas y no exista otra medida menos gravosa para proteger

⁴¹⁶ Así, por ejemplo, si bien a través del sometimiento del trabajador a los análisis de seguimiento genético el “empresario” puede tomar conocimiento de los efectos que provocan en la células la exposición a agentes químicos, biológicos y radiaciones ionizantes presentes en el medio laboral, protegiendo la salud de sus trabajadores mediante la adopción de nuevas medidas de seguridad o la prohibición de la utilización de determinadas sustancias, como contrapartida, estos análisis genéticos pueden traer consigo además de la gran carga psicológica y social que le puede acarrear el conocimiento de las posibles enfermedades (pérdida de pareja, no tener hijos, aislamiento por parte de los amigos...), la discriminación de aquellos trabajadores a los que se les haya detectado una “mala salud genética” que los haga más proclives a desarrollar enfermedades en el futuro. En este sentido, en la doctrina laboralista, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Pruebas genéticas en el Derecho del trabajo*, Madrid 1999, pp. 68, 98 y 184 ss; en la doctrina penalista, CORCOY BIDASOLO, “Medicina...”, pp. 59 ss, quien realiza un excelente análisis de los diferentes problemas jurídicos que suscita el desarrollo de la llamada medicina predictiva de carácter genético, prestando especial atención, al ámbito de las relaciones laborales.

⁴¹⁷ En efecto, la protección de los derechos fundamentales de las terceras personas deviene así un límite infranqueable para el ejercicio del derecho a la libertad del trabajador. En este sentido, en la doctrina laboralista, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, pp. 152 ss; GOÑI SEIN, “Límites...”, pp. 57 ss y 70 ss; en la doctrina penalista, entre otros, CORCOY BIDASOLO, “Medicina...”, pp. 32 ss.

dichos intereses⁴¹⁸. Además no debe olvidarse que el profesional médico tiene un deber de guardar secreto y, consiguientemente, podría o debería ser quien decidiera cuándo resulta necesario, en atención a estos riesgos para con los terceros, comunicar los resultados del reconocimiento al “empresario”.

7. Ahora bien, la legitimidad de estos reconocimientos médicos obligatorios está condicionada a la concurrencia de los requisitos objetivos que, con carácter general, se exigen a los reconocimientos médicos voluntarios.

7.1. Así, en primer lugar, en la medida en que el “empresario” está obligado a garantizar la vigilancia de la salud de sus trabajadores en “*función de los riesgos inherentes al trabajo*” (art. 22.1 LPRL), debe limitarse a evaluar la incidencia que los riesgos derivados del específico puesto de trabajo tienen sobre la salud de los trabajadores, descartando, de esta forma, la realización de reconocimientos de carácter general o inespecíficos que nada tienen que ver con los riesgos propios de la función desempeñada y el puesto ocupado en la empresa⁴¹⁹.

⁴¹⁸ En este sentido, en la doctrina laboralista, entre otros, GOÑI SEIN, “Límites...”, pp. 57 ss y 71 ss; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 353-354; en la doctrina penalista, CORCOY BIDASOLO, “Medicina...”, pp. 40 ss.

⁴¹⁹ En este sentido, en la doctrina laboralista, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 150; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, REDT (82) 1997, p. 238; GOÑI SEIN, “Límites...”, p. 54; MARTÍNEZ FONS, *La vigilancia...*, p. 32; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 356; en la doctrina penalista, CORCOY BIDASOLO, “Medicina...”, p. 64 quien concluye “... los análisis se deben limitar a los estrictamente necesarios atendiendo a la naturaleza de la actividad laboral...”.

7.2. En segundo lugar, en la medida en que los reconocimientos médicos obligatorios constituyen una excepción al principio general de la voluntariedad del trabajador, el “empresario”, únicamente, podrá obligarle a someterse a ellos en los supuestos en que su realización resulte imprescindible para determinar si las condiciones laborales existentes en el seno de la empresa constituyen una fuente de riesgos para el resto de los trabajadores o las personas que tienen alguna relación con la misma (clientes, proveedores...) ⁴²⁰. Este requisito constituye, en términos jurídico-penales, una manifestación de la estricta idea de proporcionalidad que ha de presidir la ponderación de intereses propia del estado de necesidad justificante, entre la lesión de la libertad que comporta la realización de un reconocimiento no consentido y los riesgos que puede conllevar su negativa para la salud de las demás personas (trabajadores o no) ⁴²¹. De ahí que se exija al “empresario” la elección de aquellos reconocimientos médicos que resulten menos molestos para el trabajador y se permita, únicamente, la realización de aquellas pruebas que sean estrictamente necesarias para la consecución de los referidos objetivos (art. 22.1 *in fine* LPRL) ⁴²².

7.3. En tercer lugar, en la medida en que a través de los reconocimientos médicos obligatorios y voluntarios el “empresario” puede conocer una serie de informaciones sobre la persona del trabajador, no todas relacionadas con el cumplimiento de su obligación de vigilar la salud de sus trabajadores, el

⁴²⁰ En este sentido, entre otros, GOÑI SEIN, “Límites...”, p. 54; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 352.

⁴²¹ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, “Medicina...”, p. 64.

⁴²² En el mismo sentido a lo añadido, la “imprescindibilidad” es una decisión (o debería serlo) del médico y no del “empresario”.

legislador ha intentado garantizar el respeto de la intimidad y dignidad de estos últimos (art. 22.2 LPRL), impidiendo su mala utilización y garantizando la confidencialidad de los datos relativos a la salud conseguidos a través de los mismos⁴²³.

7.4. En cuarto lugar, la LPRL ha introducido igualmente una serie de restricciones en relación a las personas que tienen acceso a los datos relativos a la salud obtenidos en los correspondientes reconocimientos médicos, limitando, “en principio”, su acceso, únicamente, al personal médico y a las autoridades encargadas de llevar a efecto la realización de la vigilancia de la salud. De tal forma que el “empresario” solamente tendrá acceso a dichos datos, en aquellos supuestos en que el propio trabajador, en tanto destinatario natural de los mismos, haya prestado, expresamente, su consentimiento (art. 22.4 LPRL)⁴²⁴. Y digo “en principio”, porque, a renglón seguido, el propio legislador ha establecido una excepción tan amplia al acceso de los mencionados datos, que en la práctica ha transformado la excepción en regla, al igual que sucedió con respecto a la voluntariedad de los controles médico⁴²⁵. En mi opinión, esta excepción a la regla general debe ser

⁴²³ En efecto, la LPRL ha establecido que “*los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador*”, lo cual garantiza la anulación de todas aquellas medidas que condicionen el empleo a la posesión de cualidades físicas innecesarias a fin de desarrollar las tareas propias del puesto de trabajo (art. 22.4 LPRL). En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p.155; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 361.

⁴²⁴ En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 153 ss; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 359.

⁴²⁵ En este sentido, establece el art. 22.4 in fine LPRL que “... *no obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención*

interpretada restrictivamente, de tal forma que el “empresario” y las personas con responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales (representación unitaria, delegados de prevención y miembros del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo), en el sentido de que únicamente tengan acceso a los datos resulten especialmente relevantes para valorar la aptitud psíquica del trabajador al concreto puesto de trabajo o función asignada y para determinar la adopción de nuevas medidas o a la mejora de las existentes⁴²⁶.

7.5. La última de las limitaciones impuesta a la práctica de los reconocimientos médicos voluntarios y, consiguientemente, a los obligatorios, viene determinada por la necesidad de que sean efectuados por “... *personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada*” (art. 22.6 LPRL), para garantizar la objetividad, imparcialidad y fiabilidad de los resultados obtenidos⁴²⁷. Limitación ésta que no debe ser sobrevalorada, por cuanto no debemos olvidar que los reconocimientos médicos han sido encomendados a los servicios de prevención y, entre ellos, a los servicios de

serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”.

⁴²⁶ En este sentido, en la doctrina laboralista, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, pp. 154 ss; MIÑARRO YANINI, *La prevención...*, p. 360; en la doctrina penalista, CORCOY BIDASOLO, “Medicina...”, p. 65.

⁴²⁷ Lo cual explica el porqué el art. 11 RSP excluye la posibilidad de que el propio empresario asuma personalmente las distintas actividades relativas a la vigilancia de la salud y el porqué los servicios de prevención propios y ajenos deben disponer de un especialista en medicina del trabajo (art. 18 a RSP).

prevención propios, donde los médicos se encuentran en una situación de subordinación y dependencia en relación al propio “empresario”.

8. Llegados a este punto, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿puede fundamentarse la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo sobre la sola base del incumplimiento de la obligación de vigilar la salud de los trabajadores? La respuesta, entiendo, que ha de ser positiva, por cuanto, a mi juicio, los reconocimientos médicos cumplen una función esencial en la protección de la seguridad y confianza de los trabajadores: garantizan la detección anticipada de las patologías y enfermedades que tienen su origen en la exposición continuada de los trabajadores a ciertos riesgos presentes en el seno de la empresa o su concreto puesto de trabajo (agentes biológicos, cancerígenos, radiaciones ionizantes...), permitiendo así al “empresario” adoptar todas aquellas medidas de seguridad que resulten necesarias a fin de eliminarlos o reducirlos hasta unos límites tolerables, o mejorar la eficacia de las medidas ya adoptadas.

9. Por lo demás, en la práctica, lo que normalmente sucede es que los “empresarios” que omiten la realización de control médico alguno, tampoco cumplen ninguna de las principales obligaciones en que se concreta el deber general de seguridad impuesto por el ordenamiento jurídico-laboral: **a)** adopción de las medidas de protección colectiva; **b)** entrega de los equipos de protección individual; **c)** facilitación de la información y formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales.

Tal es el caso enjuiciado en la SAP CÁDIZ 30-05-00 (ARP. 2000/2039, PTE. MARÍN FERNÁNDEZ) en el que se condena al administrador único de una empresa

dedicada al cultivo de flores en la que los trabajadores estaban expuestos a sustancias especialmente peligrosas para su salud como son los plaguicidas, insecticidas y disolventes organofosforatados derivados del benceno, (causándole incluso a uno de ellos una aplasia medular), sin facilitarles previamente los preceptivos equipos de protección individual (guantes, botas, ropas de trabajo...), la información y formación suficiente en relación a los riesgos derivados de su trabajo y la forma de protegerse frente a los mismos, y practicarles reconocimiento alguno a fin de descubrir los efectos que sobre su salud provocaba su exposición prolongada a tales sustancias.

3.5.7. Deber de paralización de la actividad laboral (art. 21 LPRL)

1. Por último, los arts. 20 y 21 LPRL recogen, respectivamente, las medidas que debe adoptar, en general, el empresario en las situaciones de emergencia y, en particular, en los supuestos en que los trabajadores están expuestos a un riesgo grave e inminente (art. 21 LPRL). En el primero de los preceptos enumerados se recogen todas las medidas que ha de implementar el “empresario” una vez evaluadas las posibles situaciones de emergencia que pueden producirse en el seno de su empresa⁴²⁸: **a)** puesta en marcha de las medidas precisas en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, medidas cuya eficacia será garantizada mediante su revisión periódica; **b)** designación de las personas encargadas de llevar a efecto tales medidas, dotándolas de recursos materiales, formativos y humanos suficientes; y, **c)** establecimiento de las relaciones necesarias con los servicios externos implicados, y en particular, con los servicios de urgencias

⁴²⁸ Concretando la propia LPRL los criterios que ha de tomar en consideración a tal efecto: tamaño de la empresa, tipo de actividad/es realizadas y posible presencia de terceras personas en la misma.

médicas, bomberos y salvamento, a fin de garantizar una rápida y eficaz intervención en tales situaciones⁴²⁹.

2. Por su parte, el art. 21 LPRL adquiere una especial importancia en el sistema extra-penal de protección en materia de prevención de riesgos laborales, por cuanto regula el derecho del trabajador, individualmente considerado, a interrumpir su prestación - *ius resistentiae*- (art. 21.2 LPRL), y el derecho de los trabajadores⁴³⁰, en tanto colectivo, a acordar la paralización de la actividad laboral en los supuestos en que concurra un riesgo grave e inminente para la vida y salud de los trabajadores (art. 21.3 LPRL)⁴³¹.

3. En efecto, el ordenamiento jurídico-laboral reconoce al trabajador el derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo cuando vea amenazada gravemente su seguridad y salud. Esta excepción al cumplimiento de su obligación de prestación asumida en el contrato laboral descansa sobre un doble fundamento: **a)** la preeminencia de la protección de unos bienes jurídicos esenciales como son la vida, la integridad física y la salud de la

⁴²⁹ En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ ORETGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 136 ss; GOÑI SEIN/GONZÁLEZ LABRADA/APILLUELO MARTÍN/SIERRA HERNÁIZ, “Infracciones...”, p. 118.

⁴³⁰ Expresión que ha sido definida por el propio LPRL en su art. 4.4º como “... *aquel – riesgo- que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores*”.

⁴³¹ Ambos derechos plantean al penalista dos cuestiones íntimamente relacionadas: **a)** su relevancia jurídico-penal a los efectos de la descripción típica contenida en el actual art. 316 CP; y, **b)** su posible imputación a aquellos trabajadores que ostentan la representación en general (representación unitaria y sindical) y, en particular, en materia de prevención de riesgos laborales a los trabajadores (delegados de prevención e integrantes del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo), en atención a lo establecido en la cláusula de extensión de la autoría prevista en el art. 318 CP. Sobre esta última cuestión *Vid., infra*. VII. 3.2.1.

persona de los trabajadores sobre el interés del empresario de continuar su actividad productiva; y, **b)** el propio incumplimiento del empresario de su obligación general de seguridad cuando prosigue la actividad laboral pese a la presencia de un riesgo de tales características⁴³².

4. A los efectos de garantizar la eficacia de dicho derecho, el art. 21 LPRL impone al “empresario” las siguientes obligaciones: **a)** informar, de forma inmediata, a aquellos trabajadores que se encuentren en una situación de riesgo grave e inminente, dándoles cuenta de las medidas adoptadas y las que puedan adoptarse; **b)** organizar los canales de información necesarios a fin de que los trabajadores contacten en tales circunstancias con sus superiores jerárquicos, y, **c)** en caso de resultar ello imposible, proporcionarles los recursos formativos y materiales adecuados para hacerles frente por sí mismos⁴³³.

5. Junto a este derecho individual, que puede ejercitar el propio trabajador sometido a un riesgo grave e inminente, el ordenamiento jurídico-laboral reconoce a los trabajadores, en tanto colectivo, el derecho a acordar la paralización de la actividad laboral de los trabajadores afectados por dicho riesgo, en aquellos supuestos en que el empresario se niegue a adoptar medida alguna. Este acuerdo, únicamente, podrá ser adoptado por la mayoría de los representantes legales de los trabajadores en la empresa (la representación

⁴³² En este sentido, entre otros, GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA, “El derecho del trabajador a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo en situaciones de riesgo grave e inminente”, AS 1996-I, pp. 2780 ss; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, p. 142.

⁴³³ En este sentido, entre otros, GARCÍA BLASCO/GONZÁLEZ LABRADA, AS 1996-I, p. 2779 ss; GONZÁLEZ ORTEGA/APARICIO TOVAR, *Comentarios...*, pp. 140 ss.

unitaria o, en caso de no existir, la sindical) y, subsidiariamente, y de no poder reunirse urgentemente, por la mayoría de los delegados de prevención⁴³⁴.

6. Esta facultad de paralizar la actividad laboral está igualmente reconocida, en general, a los inspectores de trabajo (arts. 19.4 ET y 44 LPRL) y, en particular, a los coordinadores en materia de seguridad y salud en el trabajo y a los integrantes de la dirección facultativa (arquitectos técnicos y superiores) en el ámbito de la construcción (art. 14 RD 1627/1997, de 24 de octubre, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción), quienes pueden paralizar la actividad laboral en aquellos supuestos en que el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales implique un riesgo grave e inminente para los trabajadores.

7. Centrándonos en la segunda de las obligaciones descritas, resulta evidente que la paralización de la actividad laboral en aquellos supuestos en que se ha detectado la presencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores constituye una de las conductas más idóneas para preservar la indemnidad de los bienes jurídico-penalmente protegidos en el marco del art. 316 CP. En efecto, al igual que la facilitación de los equipos de protección individual deviene imprescindible en aquellos

⁴³⁴ Lo cual constituye una diferencia muy importante con respecto a lo establecido en el art. 19.4 ET donde dicho acuerdo podía ser adoptado, en primer lugar, por los órganos competentes en materia de seguridad e higiene en la empresa (delegados de prevención y comité de seguridad e higiene) o por los representantes de los trabajadores en la empresa, exigiendo en este último un *quorum* del 75 % en empresas con procesos discontinuos y la unanimidad en aquellas cuyo proceso fuera continuo, modificación ésta que facilitará la adopción de la decisión de paralización. En este sentido, entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA/APARICO TOVAR, *Comentarios...*, p. 143.

supuestos en que no es posible la supresión y/o reducción de los riesgos laborales que se ciernen sobre los trabajadores mediante la adopción de medidas de carácter colectivo u organizativo, la paralización de la actividad laboral constituye la única medida eficaz a adoptar en aquellos supuestos en que se ha constatado, fehacientemente, la gravedad y la inminencia del riesgo para la vida, integridad física y salud de los trabajadores.

8. Sin embargo, en atención a la descripción típica contenida en el actual art. 316, ¿adquiere relevancia jurídico-penal la no paralización de la actividad en tales circunstancias?, o en otras palabras, ¿constituye la paralización de la actividad laboral en los supuestos de riesgo grave e inminente uno de los “medios” que ha de facilitar el/los sujeto/s “legalmente obligados” a garantizar la seguridad y confianza de los trabajadores en el desarrollo de su prestación? La respuesta a ambos interrogantes, pasa, al igual que la relevancia jurídico-penal del resto de obligaciones en que se concreta el deber general de seguridad, por la determinación del alcance jurídico-penal del término “medios”, término utilizado por el legislador penal en la determinación de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Concepto del que me ocuparé a continuación.

4. El deber de seguridad típicamente relevante

4.1. Introducción

1. Una vez esbozadas las obligaciones que el ordenamiento jurídico-laboral impone al “empresario” en materia de prevención de riesgos laborales, intentaré dar una respuesta, en el presente apartado, a dos cuestiones íntimamente relacionados como son: **a)** la delimitación de las obligaciones extra-penales que adquieren relevancia jurídico-penal a los efectos de la imputación del delito contra la seguridad e higiene en el trabajo. O más concretamente, los deberes extra-penales cuya infracción “encajan” en la conducta típica descrita en el actual art. 316 “*no facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas*”; y, **b)** la valoración político-criminal que merece la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. O más concretamente, la cuestión de hasta qué punto el legislador del 95 ha respetado los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad en la delimitación típica de este sector del ordenamiento jurídico-laboral.

2. En la solución de ambos interrogantes, juega, a mi juicio, un papel fundamental las opiniones doctrinales vertidas en relación al art. 348 bis a) ACP, precedente legal del vigente art. 316 CP, por cuanto no hemos de pasar por alto que la conducta de “*no facilitar los medios*”, conformaba, junto a las conductas consistentes en “*no procurar las condiciones*” y “*no exigir su cumplimiento*”, el marco típico del derogado art. 348 bis a) ACP. En efecto, su examen nos ayudará tanto a determinar las obligaciones extra-penales cuya

infracción pueden subsumirse en la única modalidad prevista en el actual art. 316 CP, como a valorar la corrección político-criminal de la restricción típica efectuada por el legislador del 95.

4.2. Contenido típico del derogado art. 348 bis a) ACP

1. En el derogado art. 348 bis a) ACP, el legislador incriminó las siguientes conductas típicas:

1.1. En primer lugar, tipificó la conducta consistente en “*no facilitar los medios*”. Comportamiento éste que la doctrina, de forma unánime, asoció al incumplimiento de la obligación de entregar a los trabajadores los denominados equipos de protección individual (cascos, viseras, guantes, cinturones y arneses de seguridad, mascarillas, gafas, botas...) y la omisión de las medidas protectoras de carácter colectivo (redes, barandillas, plataformas...). En este punto, la doctrina mostró sus reservas a la hora de defender la posibilidad de incluir en dicho término, tanto a los denominados “*medios*” de naturaleza inmaterial o intelectual, esto es, el incumplimiento de la obligación de proporcionar una adecuada información y formación acerca de los riesgos presentes en el concreto puesto de trabajo y las medidas adoptadas o a adoptar a fin de protegerse frente a los mismos, como a los llamados “*medios*” de carácter organizativo, esto es, la no adaptación de los ritmos y turnos de trabajo a las características psicofísicas del trabajador a fin

de eliminar o reducir los riesgos que conlleva la realización de tareas monótonos y repetitivas⁴³⁵.

1.2. En segundo lugar, e íntimamente relacionado con la anterior, se incriminó la conducta consistente en “*no exigir su cumplimiento*”. Comportamiento que la doctrina jurídico-penal identificó con el incumplimiento de la obligación de velar por la efectiva utilización por parte de los trabajadores de los equipos de protección individual previamente facilitados⁴³⁶. Obligación ésta que constituye, como expuse anteriormente, una manifestación concreta del deber de vigilancia que pesa sobre el “empresario”, en tanto garante último de la seguridad y salud de los trabajadores en el transcurso de su prestación laboral y que, como expondré más adelante, el legislador del 95 ha despenalizado, desplazando así su “sanción” al ámbito administrativo-laboral⁴³⁷.

1.3. Y, en tercer lugar, tipificó la conducta relativa a “*no procurar las condiciones*”, conducta que, en opinión, de los autores que se ocuparon del derogado art. 348 bis a) ACP, vino a cubrir las limitaciones propias de la conducta consistente en “*no facilitar los medios*”, dotando de esta forma al

⁴³⁵ En este sentido, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 158; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 330 ss; EL MISMO, *Comentarios...*, p. 907; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal...*, pp. 633 ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 87.

⁴³⁶ En este sentido, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 158; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 304 ss y 331 ss. Obligación prevista en el derogado art. 10. 1º de la OGS y actualmente recogida en el art. 17.2 LPRL.

⁴³⁷ Sobre esta última cuestión Vid., *infra*. V. 4.4.

precepto de una mayor eficacia político-criminal⁴³⁸. En efecto, a su juicio, la introducción del término “*condiciones*”, a diferencia del término “*medios*” garantizó: **a)** la incriminación del incumplimiento de las denominadas obligaciones de carácter material, esto es, fundamentalmente, el deber de proporcionar a los trabajadores los equipos de protección individual y colectivo; **b)** el incumplimiento de las obligaciones de carácter inmaterial/intelectual y organizativo; e, incluso **c)** la obligación de exigir el efectivo cumplimiento de las medidas preventivas previamente adoptadas⁴³⁹.

4.3. Alcance jurídico-penal del término “*medios*”

4.3.1. Posiciones doctrinales

1. De todo lo anterior se puede extraer una primera conclusión: la determinación del marco típico contenido en el actual art. 316 CP depende, en gran manera, de la interpretación que se sostenga en relación al término “*medios*”. Al respecto en el seno de la doctrina científica se distinguen dos posturas:

1.1. Interpretación restrictiva-formal: doctrina que, partiendo de una interpretación formalista y/o filológica del término “*medios*”, vincula dicha

⁴³⁸ En este sentido, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 159; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 305 ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp. 87 ss.

⁴³⁹ En este sentido, ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, p. 159; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 305 ss, quienes criticaron la técnica legislativa utilizada en la delimitación del riesgo típico al entender que resultaba redundante, en la medida en que, a su juicio, la expresión “*no procurar las condiciones*” ya comprendía por sí sola las conductas incriminadas en las otras dos modalidades típicas.

expresión, únicamente, con el incumplimiento de la obligación de proporcionar a los trabajadores los llamados equipos de protección individual, restando, consiguientemente, relevancia jurídico-penal a la conculcación de los deberes de información y formación, así como al resto de las obligaciones que configuran el deber extra-penal de seguridad establecido en el ordenamiento jurídico-laboral⁴⁴⁰.

1.2. Interpretación extensiva-material: doctrina que, partiendo de una interpretación teleológica del término “*medios*”, comprende en dicha expresión, prácticamente, la totalidad de las obligaciones en que se concreta el deber extra-penal de seguridad previsto en el art. 14.2 LPRL, argumentando que dicha interpretación es la única que garantiza la eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Opinión ésta claramente minoritaria en nuestra doctrina jurídico-penal, en este sentido, LASCURAIN SÁNCHEZ, *Comentarios...*, p. 907; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Parte Especial...*, p. 634, quienes ponen de relieve como la conducta típica prevista en el derogado art. 348 bis a) ACP resultaba más completa que la actual, por cuanto permitía la inclusión, sin ningún género de dudas, de conductas especialmente lesivas para con la seguridad y salud de los trabajadores tales como: **a)** la adecuada selección de los trabajadores; **b)** la información y formación en materia de prevención de riesgos laborales; **c)** y la adecuación de los turnos y ritmos de trabajo a las capacidades psicofísicas de los trabajadores. Esta interpretación coincide plenamente con el contenido que la doctrina mayoritaria atribuyó a la conducta de *no facilitar* los medios en el marco del derogado art. 348 bis a) ACP. En este sentido, *vid.*, por todos, ARROYO ZAPATERO, *Manual...*, pp. 157 ss.

⁴⁴¹ En este sentido, entre otros, en la doctrina jurídico-penal, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 197; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995*, (VIVES ANTÓN coord.), Vol. II, Valencia 1996, p. 1563; SERRANO-PIEDECASAS, RP (10) 2002, p. 100; SUBIJANA ZUNZUNEGUI, RPJ (64) 2001, pp. 93 ss; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, pp. 84 ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, pp. 87, quien si bien destaca la restricción llevada a efecto por el legislador del 95, señala a continuación como la eficacia político-criminal de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales pasa necesariamente por una interpretación amplia del concepto “*medios*”, permitiendo así la subsunción en el tipo de las más relevantes obligaciones extra-penales en que se concreta el deber general de seguridad impuesto al empresario; y en la doctrina

2. Esta discusión se ha proyectado, igualmente, sobre la propia jurisprudencia vertida en torno al vigente art. 316 CP, donde, paulatinamente, se ha ido imponiendo la posición mayoritariamente defendida en el seno de la doctrina, esto es, aquella que, partiendo de la interpretación extensiva del término “*medios*”, incluye en el mismo tanto los “*medios*” de carácter material (guantes, gafas, botas, cinturones...), como los de carácter inmaterial (información y formación) y organizativo (turnos y métodos de trabajo). En este sentido se pronuncian, entre otras, la STS 12-11-98 (RJ. 1998\7764, PTE. JIMÉNEZ VILLAREJO, FJ 2º) y las SSAP CUENCA 21-02-01 (ARP. 214\2001, PTE. PUENTE SEGURA, FJ 4º); MADRID 11-01-02 (JUR. 95983\2002, PTE. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-PALACIOS, FJ 3º); BARCELONA 11-07-02 (ARP. 645\2002 PTE. GALLEGO SOLER, FJ 7º); GUIPÚZCOA 13-12-02 (JUR. 11030\2002, PTE. CINTO LAPUENTE, FJ 3º) Y CASTELLÓN 3-09-02 (ARP. 642\2002, PTE. IBÁÑEZ SOLAZ).

De entre la jurisprudencia que ha seguido esta interpretación quisiera destacar, especialmente, SAP CASTELLÓN 3-09-02 (ARP. 642\2002, PTE. IBÁÑEZ SOLAZ), en la que, a mi juicio, de forma incorrecta, se identifica el concepto “*medios*” con todas las obligaciones extra-penales en que se concreta el deber general de seguridad recogido en el art. 14.2 LPRL, argumentado que dicha interpretación es la única que garantiza una protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores, tal y como reclama actualmente la sociedad. En este sentido, señala “... *La interpretación del alcance de la conducta viene directamente relacionada con lo establecido en el actual art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales de 8-11-1995, que contempla el derecho de los trabajadores a*

jurídico-laboral, entre otros, BARBANCHO TOVILLAS/RIVAS VALLEJO/PURCALLA BONILLA, Tribuna Social (99) 1999, pp. 31 ss; RIVERO LAMAS, AL 1996-3, pp. 700 ss.

una protección eficaz e íntegra y que comprende todo el proceso de seguridad desde la información, la formación, la consulta, la participación, la disponibilidad de medios, su utilización, hasta llegar a la paralización de la actividad si entraña riesgo. Se trata de deberes muy amplios y todos ellos tienen cabida en el tipo penal del actual 316 al utilizar el verbo facilitar...” –y continúa más adelante- ... El incumplimiento de estos deberes previstos en la normativa laboral, debe entenderse a pesar del genérico verbo de "facilitar" que emplea el legislador como subsumido en un deber más amplio, comprensivo de todas aquellas actividades que posibilitan la eliminación del riesgo que se crea, es decir, la información, la formación, el cumplimiento la vigilancia, y la exigencia. El deber de facilitar medios se satisface cumpliendo todos y cada uno de los derechos instrumentales en los que se diversifica el genérico derecho de los trabajadores a un protección eficaz...” (FJ 3º).

4.3.2. Valoración crítica

1. No comparto la primera de las posiciones esbozadas, por cuanto, si bien es cierto que la interpretación restrictiva del término “*medios*” resulta más respetuosa con el tenor literal del tipo, no garantiza una eficaz protección penal de la seguridad en el trabajo. En efecto, la identificación del término “*medios*”, únicamente, con el incumplimiento con la obligación de entregar a los trabajadores los equipos de protección personal, impide la incriminación de otras conductas especialmente idóneas para lesionar los bienes jurídico-penalmente protegidos en el seno del art. 316 CP tales como: **a)** la adscripción de puestos de trabajo o funciones que comporten relevantes riesgos a aquellos trabajadores que carezcan de una adecuada formación e información precisa en materia de prevención de riesgos laborales; o, **b)** la no paralización de la actividad laboral en aquellos supuestos en que se haya localizado la presencia

de un riesgo grave e inminente para la vida, integridad física y salud de los trabajadores.

2. Sin embargo, tampoco comparto la opinión de los autores que, a fin de dotar de una mayor eficacia político-criminal a la protección penal de la prevención de riesgos laborales, incluyen en el término “*medios*” la mayor parte de las obligaciones extra-penales en que se concreta el deber general de seguridad establecido en el art. 14.2 LPRL, salvando de esta forma, por medio de la interpretación, el escollo que significó la derogación por parte del legislador del 95 de las conductas relativas a “*no procurar las condiciones*” y “*no exigir su cumplimiento*”⁴⁴². Y ello en base a los siguientes argumentos:

2.2. En primer lugar, porque si bien es cierto que la interpretación amplia o extensiva del término “*medios*” proporciona una mayor operatividad al delito contra la seguridad de los trabajadores, no es menos cierto que ello no puede hacerse en detrimento del respeto a uno de los principios básicos del Derecho penal como es el principio de legalidad. En efecto, la inclusión en el término “*medios*” de todas las obligaciones extra-penales que conforman el deber general de seguridad impuesto al “empresario”, y entre ellas también, la incriminación de la obligación de exigir el efectivo cumplimiento de las medidas de seguridad ya adoptadas, resulta contraria al principio de legalidad, por cuanto dicha interpretación supera con creces el tenor literal del tipo

⁴⁴² Ciertamente, la doctrina mayoritaria sostiene que las diferentes obligaciones extra-penales incriminadas en las modalidades típicas de “*no procurar las condiciones*” y “*no exigir su cumplimiento*” pueden incluirse en la conducta típica de “*no facilitar los medios*”, admitiendo, consiguientemente, que nada a cambiado pese a la derogación expresa de las dos primeras modalidades. En este sentido, entre otros, AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 197; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios...*, p. 1564; SERRANO-PIEDecasas, RP (10) 2002, pp. 99 ss; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, p. 85.

previsto en el art. 316 CP, límite externo máximo al que debe someterse toda interpretación de los tipos penales.

En este sentido, parece pronunciarse la SAP A CORUÑA 15-10-02 (JUR. 2002\15586, PTE. BALLESTERO PASCUAL), en la que se señala “... *sucede que tampoco se llena el tipo objetivo del delito contra la seguridad en el trabajo en la medida en que en el artículo 316 del Código Penal el núcleo de la omisión viene constituido por no facilitar las medidas de seguridad y por tal hemos de entender, si hemos de efectuar una interpretación acorde con los principios de intervención mínima y de literalidad excluyente de la analogía y contraria a una interpretación extensiva (artículos 4.2 del Título Preliminar del Código Civil y 4.1 del Código Penal), no una simple deficiencia sino no proporcionar tales medios, no hacer posible la aplicación de estas medidas, pero esto no sucede en el presente caso en el que todos los compañeros de trabajo -R. R., C. O. y G. L.- señalan que disponían de cinturones de seguridad que anclaban en una viga...*” (FJ 2º).

2.2. En segundo lugar, porque dicha interpretación, dificulta, aún más si cabe, la delimitación entre el delito contra la seguridad de los trabajadores y las infracciones administrativo-laborales en materia de prevención de riesgos laborales previstas en los arts. 11-13 LISOS. La conclusión lógica a la inclusión en el término “*medios*” de todas las obligaciones en que se concreta el deber general de seguridad es la admisión de que no existe diferencia alguna entre el tipo objetivo del delito de peligro concreto recogido en el vigente art. 316 CP y las diferentes infracciones administrativo-laborales en que el incumplimiento de la obligación extra-penal trae consigo una puesta en peligro grave de la seguridad y salud de los trabajadores. Si a ello le sumamos el hecho de que una gran parte de la doctrina penalista y administrativista

defiende la aplicación del principio de culpabilidad a las infracciones administrativo-laborales, negando de esta forma la configuración objetiva de éstas últimas, su delimitación con respecto al delito contra la seguridad en el trabajo se torna imposible.

2.3. En tercer lugar, porque la posición doctrinal que mantiene la necesidad de realizar una interpretación “extensiva” del término “*medios*” con el objeto de no frustrar los fines político-criminales que justificaron la protección penal en este sector del ordenamiento jurídico-laboral, resulta contraria a la voluntad legislativa refrendada en la redacción típica dada al actual art. 316 CP: restringir la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. En efecto, dicha interpretación no puede superar el hecho incontestable de la supresión de las dos conductas que, junto a la vigente, conformaban el contenido típico del delito contra la seguridad e higiene recogido en el derogado art. 348 bis a) ACP: “*no procurar las condiciones*” y “*no exijan los medios*”. A mi juicio, la doctrina científica, no puede enmendar, mediante la interpretación, el presunto error en el que ha incurrido el legislador en el momento de proceder a la modificación del riesgo típicamente relevante en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, de la misma forma que tampoco debe hacerlo el poder judicial en el momento en que se le suscite la aplicación del tipo contenido en el art. 316 CP en el caso concreto.

En este sentido, se pronuncia, correctamente, la SAP BARCELONA 25-06-99 (ARP. 1999\4325, PTE. INGELMO FERNÁNDEZ) en la que se sostiene “... ***El art. 316 del Código Penal de 1995 limita las conductas que sancionaba el art. 348 bis a) Código Penal de 1973. Ahora sólo se sanciona el no facilitar, por los obligados***”

legalmente, las medidas de seguridad necesarias para el desarrollo del trabajo sin riesgo para la salud e integridad física...” (FJ 2º)⁴⁴³.

Por el contrario, no deja de sorprender la afirmación realizada en la SAP VIZCAYA 26-11-02 (ARP. 2003\335, PTE. MARTÍNEZ SAINZ), en la que tras enumerar las diferencias existentes entre los arts. 348 bis a) ACP y el vigente art. 316 señala en relación a la conducta típica lo siguiente “... –pese- *haberse suprimido en el art. 316 la palabra exijan y la expresión procuren las condiciones, no – debe- deducirse de ello que haya venido a suponer una restricción de las conductas incardinables en el mismo sino que han de entenderse comprendidas en la más amplia de no faciliten los medios necesarios...*”. En la misma línea, se sitúa la SAP CASTELLÓN 3-09-02 (ARP. 2002\642, PTE. IBÁÑEZ SOLAZ) en la que se afirma “... *debemos partir de que efectivamente la dicción literal de ambos artículos es diferente en el empleo de los diferentes verbos, ya que mientras el art. 348 bis a) aludía a no exigir, no facilitar o no procurar, en los actuales arts. 316 y 317... tan sólo utilizan no facilitar. Pero debemos optar por una interpretación adecuada a la auténtica voluntad del legislador adecuada a las demandas sociales que trata de satisfacer el nuevo CP de 1995, que está muy lejos de pretender reducir la protección penal de los trabajadores en orden a su vida, salud e integridad física cuando se infringen las medidas de prevención de riesgos laborales...*” (FJ 3º).

2.4. Por último, porque, en mi opinión, dicha interpretación resulta contraria a los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad característicos del Derecho penal, en tanto rama autónoma del ordenamiento jurídico. Ciertamente, si bien la extensión de

⁴⁴³ En la misma línea, se sitúa la SAP TOLEDO 3-06-03 (JUR. 2003\185581, PTE. TASENDE CALVO) en la que se afirma “*Ciertamente el comportamiento que describe el art. 316 del CP., consistente en "no facilitar" los medios necesarios, supone una restricción con respecto a las modalidades típicas descritas en el anterior art. 348 bis a), las cuales comprendían, además, el hecho de "no exigir" o "no procurar" las debidas condiciones de seguridad, sin que quepa hacer una interpretación extensiva de aquella norma*” (FJ 4º).

las obligaciones impuestas al empresario en materia de prevención resulta acorde con los principios característicos del Derecho laboral (principio *pro operatio*, principio de norma más favorable y condición más beneficiosa para el trabajador), en la medida en que garantizan una mayor protección del trabajador en cuanto parte débil de la relación laboral, desde la perspectiva jurídico-penal la interpretación extensiva del término “*medios*” propugnada por la doctrina de forma mayoritaria y acogida por un sector muy significativo de nuestra jurisprudencia, resulta contraria a los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad, por cuanto conduce a la incriminación de todas las obligaciones que conforman el deber extra-penal de seguridad. O en otras palabras, si bien la relevancia social que ha adquirido en la actualidad la prevención de riesgos laborales, justifica la imposición sobre el empresario de un amplio abanico de obligaciones en dicha materia, cuya infracción es sancionada mediante un cúmulo de responsabilidades civiles, administrativo-laborales y , lo que resulta más importante a los efectos del presente trabajo, legitima la imposición de una sanción tan aflictiva como la pena privativa de libertad, ello no puede realizarse a costa de la infracción de los principios político-criminales que distingue al Derecho penal frente al resto de ramas que configuran nuestro ordenamiento jurídico.

En parecidos términos, se pronuncia la SAP MURCIA 19-06-00 (JUR. 2000\244438, PTE. JOVER CARRIÓN) en la que, muy acertadamente, se señala “... ***tampoco resulta aceptable que la alarma social que vienen produciendo los accidentes laborales nos puede conducir a olvidar los principios básicos como son el de intervención mínima y subsidiariedad del Derecho penal...***”. (FJ 1º).

4.3.3. Toma de postura

1. Es por todo ello que la solución pasa, a mi juicio, por una tercera interpretación del término “*medios*” capaz de compatibilizar la eficacia de la intervención penal en este ámbito del ordenamiento jurídico-laboral y el principio de legalidad. Una interpretación del término “*medios*” que, partiendo del bien jurídico-penalmente protegido en el delito contra la seguridad de los trabajadores, respete, simultáneamente, los límites impuestos por el principio de legalidad. Esto es, una interpretación teleológica-funcional del término “*medios*”.

2. En efecto, la interpretación teleológica-funcional del término “*medios*” no sólo garantiza la incriminación de las puestas en peligro graves de la vida, integridad física y salud de los trabajadores imputables al incumplimiento de la obligación de proporcionar los preceptivos equipos de protección individual (art. 17.2 LPRL) o la adopción de las medidas encaminadas a asegurar la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones utilizadas por los trabajadores (art. 17.1 LPRL), sino también la relevancia jurídico-penal de las puestas en peligro que tengan su origen en el incumplimiento de la obligación de facilitar a los trabajadores una suficiente información y formación en materia de prevención de riesgos laborales (arts. 18 y 19 LPRL). Incriminación esta última que adquiere, en mi opinión, una especial trascendencia a los efectos de la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo. Y ello por dos motivos:

2.1. En primer lugar, porque resulta tanto o más lesivo para la seguridad y confianza de los trabajadores el que no se les facilite los reglamentarios

equipos de protección individual y no se garantice la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones utilizadas por los trabajadores, como el que no se les proporcione una información precisa acerca de los riesgos existentes en el conjunto de la empresa y en su concreto puesto de trabajo y una formación suficiente en relación a las medidas que se han adoptado o deban adoptarse a fin de protegerse frente a los mismos.

En este sentido, la jurisprudencia más reciente también ha puesto de relieve el especial protagonismo que adquiere la información de los trabajadores en la protección eficaz de su seguridad y salud. En este sentido, se pronuncia la SAP CUENCA 21-02-01 (ARP. 2001\214, PTE. PUENTE SEGURA) en la que se señala “... *La mayor parte de la doctrina científica ha considerado a este respecto que estos medios no han de ser sólo los estrictamente materiales, sino también los personales, intelectuales y organizativos entre los que destaca muy especialmente el deber de información sobre el riesgo, puesto que dicha información resulta un medio imprescindible para que el trabajo pueda realizarse bajo parámetros adecuados de protección, información que debe facilitarse, por supuesto, en términos de adecuación a cada riesgo concreto y de forma que resulte comprensible a los trabajadores...*” (FJ 4º)⁴⁴⁴.

2.2. En segundo lugar, y, como razón de fondo, porque no puede decirse que se “han facilitado los medios” si el trabajador no sabe usarlos correctamente. La eficacia preventiva de la entrega de los equipos de protección individual y las medidas de seguridad adoptadas en relación a los equipos de trabajo depende de la previa información y formación que el

⁴⁴⁴ Este planteamiento ha sido acogido posteriormente, de forma literal, en las siguientes resoluciones: SSAP MADRID 11-01-02 (JUR. 2002\95983, PTE. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-PALACIO, FJ 3º); CASTELLÓN 3-09-02 (ARP. 2002\642, PTE. IBÁÑEZ SOLAZ, FJ 3º); GUIPÚZCOA 13-12-02 (JUR. 2002\11030, PTE. CINTO LAPUENTE, FJ 3º).

trabajador haya recibido en relación a los diferentes riesgos frente a los que tales equipos y medidas les protegen y la forma correcta de utilizarlos a fin de garantizar su seguridad y confianza en el transcurso de su prestación⁴⁴⁵. Esta dependencia puede ilustrarse a través de los siguientes ejemplos, en los que se constata como, pese a que se han puesto a disposición de los trabajadores los preceptivos equipos de protección individual y se han adoptado las medidas de protección colectiva exigidas legalmente, no puede considerarse que “funcionalmente” el “empresario” haya “facilitados los medios necesarios” si, previamente, no proporciona a sus trabajadores la información y la formación suficiente para utilizarlos adecuadamente⁴⁴⁶.

Ejemplo número 1: La realización de trabajos en altura comporta un elevado riesgo de caída para los trabajadores que prestan sus servicios en el ámbito de la construcción. Dichos riesgos, en algunos casos, no pueden ser eliminados en su totalidad mediante la adopción de medidas colectivas de seguridad, sino que

⁴⁴⁵ En la misma línea se sitúa la SAP MADRID 11-01-02 (JUR. 2002\95983, PTE. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ-PALACIOS, FJ 3º). Algunos autores también han puesto de relieve el importante papel que cumple la información y la formación en materia de prevención de riesgos laborales en la protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, pp. 330 ss, EL MISMO, *Comentarios...*, 907; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, pp. 73 ss y 84 ss, si bien el primero a diferencia del primero expresó sus dudas acerca de su inclusión tanto en el marco típico del derogado art. 348 bis a) ACP como en el vigente art. 316 CP. **En contra**, se han pronunciado de forma expresa NAVARRO CARDOSO/LOSADA QUINTÁS, AP 2001-3, p. 978, quienes, a mi juicio, incorrectamente, eximen de toda responsabilidad a las empresas de trabajo temporal (ETT) en relación al delito contra la seguridad en el trabajo, negando toda relevancia jurídico-penal a las obligaciones de facilitar a los trabajadores la formación e información precisa en materia de riesgos laborales y a la obligación de vigilar la salud de los trabajadores en el transcurso de su prestación laboral.

⁴⁴⁶ En este sentido, la teoría funcional se ha defendido en relación con la interpretación del concepto jurídico-penal de daños. Al respecto, *Vid.*, CORCOY BIDASOLO, “Protección penal del sabotaje informático. Especial consideración del delito de daños”, en *Delincuencia informática*, (MIR PUIG comp.), Barcelona 1992, pp. 170 ss.

únicamente pueden ser contrarrestados por medio de la puesta a disposición a los trabajadores de los reglamentarios cinturones y arneses de seguridad. Sin embargo, dichos equipos de protección individual solamente cumplirán la función preventiva que tienen encomendada en aquellos supuestos en que, previamente a su entrega, a los trabajadores se les haya proporcionado una adecuada formación acerca de su correcto uso y una suficiente información en torno a los numerosos riesgos que comporta la realización de un trabajo a altura omitiendo la utilización de los mismos.

Ejemplo número 2: El riesgo de “aplastamiento” constituye, sin lugar a dudas uno de los riesgos más frecuentes a los que se enfrentan los trabajadores que, en el ámbito de la industria, manipulan maquinaria. Una de las medidas preventivas más eficaces para evitar este tipo de riesgos es la eliminación de todas aquellas oberturas o huecos que posibilitan el contacto físico del trabajador con los mecanismos peligrosos de la máquina mediante la dotación de las preceptivas protecciones laterales. Sin embargo, dicha medida de seguridad resultará del todo insuficiente si previamente no se ha informado al trabajador o trabajadores que la utilicen sobre los numerosos riesgos de atrapamiento y/o aplastamiento que comporta la eliminación de residuos o la limpieza de la misma durante su funcionamiento y la forma correcta en que han de efectuarse dichas tareas a fin de evitarlos.

3. La interpretación aquí defendida garantiza igualmente la aplicación del delito contra la seguridad de los trabajadores (de concurrir, por supuesto, el resto de sus elementos típicos) en aquellos supuestos, por otra parte bastante frecuentes, en que el “empresario” se limita a cumplir formalmente las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico-laboral. En efecto, en modo alguno, habrá facilitado los “medios” en un sentido teleológico-funcional en los supuestos en que:

3.1. Se limita a comprar los arneses, anclajes y cinturones con el objeto de garantizar la seguridad de sus trabajadores durante la realización de tareas a altura, pero no los pone, de forma efectiva, a su disposición, permaneciendo por el contrario, en todo momento, en el lugar en el que se guardan el resto de equipos de trabajo utilizados por los trabajadores en el desarrollo de sus tareas⁴⁴⁷. En efecto, de nada sirve que el “empresario” adquiriera dichos equipos de protección individual si no informa a sus trabajadores de su existencia y de la forma correcta en que deben ser utilizados a fin de contrarrestar los riesgos que comporta la realización de tareas en altura.

Es por ello que no comparto el razonamiento jurídico realizado en la SAP BURGOS 18-12-03 (JUR. 2004\51765, PTE. CARRERAS MARAÑA) en la que se apunta lo siguiente “..... *En lo relativo a los arneses y cinturones de protección, tampoco se acredita que no fueran facilitados por el empresario, pues consta probado, y no ha sido combatido en esta Alzada, que el acusado había adquirido tales elementos personales de protección para sus trabajadores y que los tenía a su disposición en el almacén de la empresa...*” (FJ 1º).

3.2. Se limita a someter a sus trabajadores a un reconocimiento general e inespecífico a fin de determinar las consecuencias perjudiciales que para su salud supone la utilización permanente de una serie de productos

⁴⁴⁷ Supuesto éste enjuiciado en la SAP MADRID 15-11-02 (JUR. 63395\2002, PTE. GUTIÉRREZ GÓMEZ) en el que se rechaza el argumento esgrimido por la defensa de que el trabajador fallecido disponía en la obra de todas las medidas de seguridad necesarias, argumentando que “... *la existencia en la obra y a disposición del finado de todos y cada uno de los medios de prevención que exige la legislación vigente, y que se recogían en el Proyecto de Seguridad e Higiene elaborado por el Ingeniero Técnico, pues el simple hecho de que estuvieran en la obra, no le exime de su responsabilidad, pues su obligación no es sólo la de que existan tales medios y que éstos estén "físicamente" en la obra, sino en adoptar las medidas pertinentes para que los trabajadores utilicen dichos medios para la prevención de riesgos laborales...*” (FJ 3º).

especialmente tóxicos como tintes, disolventes... En efecto, si bien en este caso el “empresario” ha cumplido “formalmente” la obligación que sobre el mismo recae de vigilar la salud de sus trabajadores (art. 22 LPRL) –lo cual puede resultar suficiente a los efectos de impedir la imposición de la correspondiente sanción administrativo-laboral-, no “*ha facilitado los medios*” a los efectos de evitar la imputación del delito contra la seguridad en el trabajo, por cuanto dicho reconocimiento general carece de la idoneidad necesaria para detectar de forma anticipada las graves consecuencias que para con la salud de sus trabajadores comporta su exposición prolongada y continuada a estos concretos productos tóxicos y, en consecuencia, no ha posibilitado que se le suministre los “*medios*” imprescindibles para minimizar esos riesgos.

3.3. Se limita a entregar a sus trabajadores en el momento en que se incorporan a la empresa un documento en el que se establecen toda una serie de instrucciones de carácter general sobre las medidas de seguridad a adoptar, documento que los trabajadores firman sin haber recibido, efectivamente, formación alguna sobre la forma correcta de protegerse frente a los riesgos existentes en el conjunto de la empresa y los concretos riesgos derivados de su concreto puesto de trabajo. Supuestos éstos que se agravan especialmente cuando la persona que se incorpora a la empresa posee un nivel cultural muy bajo (no sabe leer ni escribir) o desconoce el idioma al tratarse de un trabajador extranjero⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ Caso enjuiciado en la SAP GIRONA 31-07-02 (JUR. 2002\247960, PTE. PÉREZ CAPELLA) en la que el “empresario” se limitaba a entregar a los trabajadores, algunos de ellos extranjeros, en el momento en que se les contrataba, un documento en el que se disponían con carácter general las medidas de seguridad y el programa contra incendios de la empresa. En este caso uno de los trabajadores pierde la mano mientras limpiaba uno de los

4. Más dudas plantea, sin embargo, la inclusión en el término “*medios*” de la obligación de paralizar la actividad en aquellos supuestos en que se detecta la presencia de un riesgo grave para la vida y la salud de los trabajadores. En efecto, si bien la paralización constituye la única medida idónea a fin de garantizar la seguridad y confianza de los trabajadores en los casos en que ya se ha constatado la existencia de un riesgo grave e inminente para dichos bienes jurídico-penales⁴⁴⁹, entiendo que su inclusión en el término “*medios*” resulta contraria al principio de legalidad, al superar el tenor literal del tipo, límite éste al que debe someterse toda interpretación penal correcta o ajustada a los principios que rigen en el Derecho penal. Me explico, a mi juicio, la obligación de paralización no adquiere relevancia jurídico-penal a los efectos del tipo contenido en el art. 316 CP, porque constituye una manifestación del deber de vigilancia que pesa, en general, sobre el “empresario”, deber este último que el legislador del 95, a diferencia de su

rodillos de la máquina en funcionamiento, utilizando para ello, como era costumbre en la empresa, una pistola de aire comprimido con la que, de forma forzada, accedía al interior de la misma. En esta sentencia, a mi juicio incorrectamente, se condena al gerente, únicamente, como autor de un delito de lesiones imprudentes, subtipo agravado (art. 150 CP), pese a haberse constatado los déficits de información y formación de los que adolecían los trabajadores en relación a los riesgos de “atrapamiento” que comportaba la limpieza de las máquinas en tales condiciones, lo cual resulta especialmente grave cuando además algunos de ellos, al tratarse de extranjeros, desconocían el idioma y carecían de una formación cultural mínima.

⁴⁴⁹ De la misma forma que la entrega de los equipos de protección individual (guantes, gafas, anclajes y cinturones de seguridad, botas...) deviene imprescindible en los casos en que los riesgos laborales no pueden eliminarse o reducirse hasta unos límites tolerables, por medio de las preceptivas medidas de protección colectiva (redes, barandillas de seguridad...).

precedente legal (art. 348 bis a ACP), no ha incriminado, desplazando su “sanción” al ámbito administrativo-laboral⁴⁵⁰.

5. Ahora bien, como expondré más adelante, la relevancia jurídico-penal de esta obligación, esto es, su inclusión en el término “*medios*” puede comportar importantes consecuencias en el marco de la determinación de la relación de autoría, por cuanto, debido a la configuración del tipo como una ley penal en blanco, puede convertir en sujetos activos idóneos del delito contra la seguridad en el trabajo a todas las personas a las que el ordenamiento jurídico-laboral atribuye la potestad de paralizar la actividad laboral en los supuestos en que los trabajadores se ven expuestos a un riesgo grave e inminente para su vida, integridad física y salud: **a)** a los Inspectores de Trabajo (art. 44 LPRL) y a los representantes legales de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (delegados de prevención y miembros del Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo, art. 21 LPRL), en todos los sectores de actividad en general⁴⁵¹; y **b)** a los coordinadores de seguridad y el resto de personas que integran la dirección facultativa de las obras (arquitecto técnico y superior) en el ámbito de la construcción en particular (art. 14 RD 1627/1997)⁴⁵².

⁴⁵⁰ Evidentemente, a los sujetos sobre los cuales recae la obligación de paralizar la actividad en supuestos de grave e inminente riesgo para la vida y la salud de los trabajadores se les podría imputar el correspondiente delito y/o falta de homicidio y/o lesiones imprudentes, siempre y cuando, claro está, se probara la relación de riesgo entre dicho incumplimiento y los resultados de muerte y/o lesiones acaecidos.

⁴⁵¹ Sobre esta cuestión, Vid., *infra* VII. 5.2.

⁴⁵² Sobre esta cuestión, Vid., *infra*. VII. 4.2.

6. En conclusión, la interpretación aquí suscrita garantiza, a diferencia de la tesis restrictiva, una mayor eficacia a la protección penal de la prevención de riesgos laborales, sin desbordar, a diferencia de la tesis “extensiva”, el tenor literal del tipo contenido en el art. 316 CP y los límites impuestos por los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad. O más concretamente, la interpretación teleológica-funcional del término “*medios*”, supera los déficits político-criminales propios de la tesis restrictiva, al incriminar la omisión de los medios materiales (equipos de protección individual y colectivo) e inmateriales (información y formación), sin caer en lo excesos de las tesis mayoritarias, al no considerar típicamente relevante todas las obligaciones extra-penales en que se concreta el deber general de seguridad, y, en particular, la obligación de velar por el estricto cumplimiento por parte de los trabajadores de las medidas de seguridad previamente adoptadas. Cuestión ésta última de la que me ocuparé en el siguiente apartado de la presente investigación.

4.4. Relevancia jurídico-penal del incumplimiento de la obligación de exigir la efectiva utilización de los “*medios*” previamente facilitados

1. Una de las cuestiones que posee una mayor relevancia práctica en materia de protección penal de la prevención de riesgos laborales es, sin lugar a dudas, la relativa a la calificación jurídico-penal que merece en la actualidad la puesta en peligro grave de la vida, integridad física y salud de los trabajadores imputable a la infracción de la obligación de exigir a éstos últimos el efectivo cumplimiento de las medidas de seguridad previamente adoptadas, y en particular, el incumplimiento de la obligación de velar por la efectiva utilización de los equipos de protección individual ya facilitados (art.

17.2 LPRL). Ciertamente, el legislador del 95, a diferencia de lo establecido en el derogado art. 348 bis a) ACP, no ha previsto en el vigente art. 316 CP la conducta consistente en “no exigir el efectivo cumplimiento”, ante lo cual el intérprete jurídico-penal debe preguntarse, necesariamente, qué calificación jurídico-penal merece dicha conducta en la actualidad.

2. Pese a la importancia práctica que dicha cuestión plantea, esta modificación no ha suscitado un excesivo interés entre los autores que se han ocupado del vigente art. 316 CP, por cuanto ninguno de ellos ha realizado un análisis, más o menos detallado, de las consecuencias jurídico-penales y político-criminales que dicha derogación a traído consigo. Así, mientras un sector doctrinal minoritario, partiendo de su derogación expresa en el CP del 95, defiende la atipicidad de dicha conducta⁴⁵³, la mayoría de la doctrina, partiendo de una interpretación extensiva del término “medios”, ha defendido su integración en la conducta de “no facilitar los medios”, y por consiguiente, la relevancia jurídico-penal de la misma⁴⁵⁴.

⁴⁵³ En este sentido, en la doctrina penalista, TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra...*, p. 84; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad...*, p. 87, quien concluye “... parece, por tanto, que queda descargado el empresario de responsabilidad penal con la sola facilitación de los medios, sin que le sea exigible, penalmente al menos, una activa actuación tendente a garantizar su utilización...”; en la doctrina laboralista, GARCÍA SALAS, RL 1996-II, p. 243, quien afirma “.... El hecho de que se haya excluido de esta descripción – en referencia al derogado art. 348 bis a) ACP- el «no exigir los medios» y el «no procurar las condiciones», podría significar la exención, a los solos efectos de responsabilidad penal, de las conductas que incurran en culpa in vigilando respecto del efectivo cumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el ámbito laboral...”.

⁴⁵⁴ En este sentido, mayoritariamente, en la doctrina penalista, entre otros, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios...*, p. 1563; SERRANO-PIEDECASAS, RP (10) 2002, p. 99; AGUADO LÓPEZ, *El delito...*, p. 197, quien concluye “.... De todo ello, se deduce que en el art. 316 el contenido de la seguridad e higiene penalmente relevante coincide con el del anterior art. 348 bis a). «No facilitar los medios necesarios» tendría el mismo significado que «no procurar las condiciones». De esta forma, aquella expresión también comprendería todas las obligaciones de seguridad e higiene, incluso la obligación de

3. Esta última posición ha encontrado un amplio eco en la jurisprudencia vertida en torno al vigente art. 316 CP, donde se puede observar como, de forma progresiva, nuestros Jueces y Tribunales se han ido decantando en favor de la tipicidad, en general, de la conducta consistente en no exigir a los trabajadores el efectivo cumplimiento de las medidas de seguridad previamente adoptadas y la relevancia jurídico-penal, en particular, de la conducta consistente en no velar por la efectiva utilización por parte de los trabajadores de los equipos de protección individual ya facilitados (art. 17.2 LPRL).

En este sentido, se pronuncia la SAP MADRID 15-11-02 (JUR. 63395\2002, PTE. GUTIÉRREZ GÓMEZ) en la que se afirma “... *en relación a la existencia de los medios de seguridad necesarios a disposición de los trabajadores... no es suficiente con ello, pues el RD 773/1997, en sus artículos 3 y 7 establece que el empresario tiene la obligación de velar por que la utilización de los equipos se realice conforme a lo dispuesto en la normativa sobre utilización y mantenimiento de los equipos de protección individual, precepto este que está en consonancia con el artículo 17 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que, además de afirmarse la obligación por parte del empresario de proporcionar los equipos de protección individual, también le obliga a velar por el uso efectivo de los mismos, cuando por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios...*” (FJ 4º)⁴⁵⁵.

exigir a los trabajadores el cumplimiento de las medidas de seguridad porque... el verbo «facilitar», debido a su relación con los medios necesarios, se entiende en este precepto en sentido amplio (como no procurar o adoptar cualquier medida de seguridad e higiene), y no en sentido estricto (como poner a disposición de los trabajadores las medidas de seguridad de carácter personal)...”; en la **doctrina laboralista**, entre otros, BARTOMEUS PLANA, “El artículo 316 ...”, p. 257; RIVERO LAMAS, AL 1996-3, pp. 700 ss.

⁴⁵⁵ En la misma línea, se pronuncian las SSAP SALAMANCA 6-06-01 (ARP. 2001\658, PTE. GONZÁLEZ CLAVIJO, FJ 6º); BARCELONA 28-01-02 (ARP. 2002\313, PTE. ARROYO ROMAGOSA, FJ 3º); TERUEL 27-09-02 (ARP. 2002\575, PTE. OCHOA FERNÁNDEZ, FJ 3º);

4. Por el contrario, la posición restrictiva que avala su atipicidad ha sido acogida, únicamente, por la SAP VALENCIA 18-05-01 (ARP. 746\2001, PTE. TOMÁS TIO), en la que tras reconocer la tipicidad de la conducta aquí analizada en el marco del derogado art. 348 bis a) ACP, mantiene que en la actualidad carece de relevancia jurídico-penal alguna, si bien no expone los argumentos sobre los que fundamenta dicha interpretación: “... ***La inexigencia en el uso de tales medidas, que podría caber en la figura derogada del art. 348 bis a), resulta en la actualidad atípica como figura independiente y, a tal efecto, procede aplicar la Ley más favorable según lo dispuesto en el art. 2 del CP***”,⁴⁵⁶.

5. Ahora bien, ¿qué razón o razones han llevado a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria a sostener la relevancia jurídico-penal de la conducta aquí analizada, pese a su expresa derogación por parte del legislador en el año 95? En mi opinión, el afán de dotar de una mayor eficacia a la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales al constatar como una gran parte de las puestas en peligro grave de la vida, integridad física y salud de los trabajadores, y consiguientemente, de las muertes y lesiones sufridas por éstos en el transcurso de su prestación laboral

CANTABRIA 31-03-04 (ARP. 2004\177, PTE. LLARIA IBÁÑEZ, FJ 4º) y HUELVA 28-04-04 (JUR. 2004\200213, PTE. GARCÍA GARCÍA, FJ 2º).

⁴⁵⁶ En este sentido, parece pronunciarse igualmente la SAP BARCELONA 25-06-99 (ARP. 1999\4325, PTE. INGELMO FERNÁNDEZ) en la que se señala “.... ***El art. 316 del Código Penal de 1995 limita las conductas que sancionaba el art. 348 bis a) Código Penal de 1973. Ahora sólo se sanciona el no facilitar, por los obligados legalmente, las medidas de seguridad necesarias para el desarrollo del trabajo sin riesgo para la salud e integridad física...***” (FJ 2º).

tienen su origen en la omisión de la vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad previamente adoptadas.

6. En efecto, en el fondo de este planteamiento late la necesidad de garantizar una mayor protección a la vida, integridad física y salud de los trabajadores, respondiendo así a la demanda social que reclama unos mayores estándares de seguridad en el ámbito del trabajo. Todo ello en base al siguiente argumento: de nada sirve que se adopten las medidas de seguridad legalmente establecidas si acto seguido no se vigila su efectivo cumplimiento por parte de quienes tienen la obligación de observarlas, los trabajadores. O en otras palabras, la propia efectividad de las medidas ya adoptadas depende, en última instancia, del hecho de que sean utilizadas por parte de los trabajadores.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la SAP CASTELLÓN 3-09-02 (ARP. 2002\642, PTE. IBÁÑEZ SOLAZ) en la que se rechaza, categóricamente, su despenalización, argumentando que dicha interpretación resulta contraria tanto al tenor literal del término “*medios necesarios*” como a la finalidad de la norma penal, esto es, los bienes jurídico-penalmente protegidos: la vida, integridad física y salud del colectivo formado por los trabajadores: “... *Así pues, no aceptamos que el actual CP deje sin sanción la conducta de no exigir los medios, limitándose a sancionar el no facilitarlos, ya que gramaticalmente este verbo supone poner al alcance de los trabajadores las medidas, y nos encontraríamos, con la absurda situación de tener que aceptar que la simple puesta a disposición elude el tipo penal, mientras que la conducta de observar como los puestos a disposición, ni se utilizan, ni se instalan, ni se exigen, apreciándose un evidente riesgo, carecería de sanción. Es decir, basta poner a disposición redes, cascos, cinturones, etc., y si no se usan, no se instalan, o se incumplen con grave riesgo no pasa nada. Bastaría en la interpretación dada por el apelante decir en una obra, ahí están los cinturones y las redes, ya no tengo responsabilidad alguna, no me afecta que no se usen o se*

instalen, he cumplido mi obligación y ya no merezco reproche penal alguno. Esta interpretación iría contra la finalidad y bien jurídico protegido en estos delitos. Es por ello por lo que ni aceptamos la tesis del apelante ni consideramos despenalizada la conducta de no exigir...” (FJ 3º).

7. Sin embargo, en mi opinión, son varios los argumentos sobre los que se puede fundamentar la irrelevancia jurídico-penal de la conducta relativa a la no exigencia a los trabajadores del cumplimiento efectivo de las medidas de seguridad previamente adoptadas en la actual descripción típica contenida en el art. 316 CP:

7.1. En primer lugar, si bien es cierto que por medio de la interpretación aquí suscrita, es posible incluir en el concepto de “*medios*” algunas de las obligaciones extra-penales que la doctrina jurídico-penal integraba en la derogada conducta de “*no procurar las condiciones*” (el deber de facilitar la información y formación en materia de prevención de riesgos laborales e incluso el deber de paralizar la actividad laboral en supuestos de riesgo grave e inminente), entiendo que la subsunción en el mismo de la conducta consistente en no exigir su cumplimiento constituye una flagrante analogía en contra de reo, por cuanto supera el tenor literal del tipo contenido en el vigente art. 316 CP, límite externo al que debe someterse toda interpretación de los tipos penales.

7.2. En segundo lugar, su relevancia jurídico-penal impediría toda posibilidad de imputar la puesta en peligro concreto de la vida, integridad física y salud de los trabajadores al incumplimiento de las obligaciones que en materia de prevención de riesgos laborales impone el ordenamiento jurídico-

laboral a los propios trabajadores (art. 29 LPRL), restando así cualquier eficacia jurídico-penal al principio de autorresponsabilidad en el ámbito del trabajo. En efecto, de incriminarse dicha conducta, el “empresario” no podría exonerarse de responsabilidad penal ni siquiera en aquellos supuestos en que habiendo facilitado a sus trabajadores los preceptivos equipos de protección individual y la información y formación para utilizarlos de forma eficaz, se probara que la puesta en peligro de su vida, integridad física o salud, e incluso su muerte o lesión, es imputable al incumplimiento de la obligación que sobre los trabajadores recae de utilizar los equipos de protección individual proporcionados, atendiendo a la formación e instrucciones recibidas al respecto⁴⁵⁷.

7.3. En tercer lugar, así lo exige la distinta naturaleza y gravedad de la consecuencia jurídica que lleva aparejada el ilícito administrativo-laboral (art. 12.16 f. LISOS) y el ilícito penal (art. 316 CP). En efecto, no debemos olvidar que mientras la infracción de la obligación de velar por el incumplimiento por parte de los trabajadores de las medidas de protección previamente adoptadas puede traer consigo la consiguiente imposición de una sanción pecuniaria y el deber de reparar íntegramente los posibles daños irrogados al trabajador, la imputación del delito contra la seguridad de los trabajadores comporta la imposición sobre el responsable de una sanción tan aflictiva como la pena privativa de libertad.

⁴⁵⁷ Lo cual no significa que dichas puestas en peligro no puedan ser objeto de las correspondientes sanciones administrativo-laborales (art. 13.10 LISOS) o que las muertes o lesiones que sufra el trabajador no puedan ser “sancionadas”, mediante la imposición al empresario (persona física o jurídica), del recargo de prestaciones de la seguridad social en aquellos supuestos en que las mismas sean imputables a la infracción de la obligación de vigilancia que pesa sobre el mismo, en tanto manifestación del deber general de seguridad previsto en el art. 14.2 LPRL.

7.4. Y, en cuarto lugar, fundamentalmente, porque así lo ha querido nuestro legislador, quien en el año 95 procedió a derogar las conductas relativas a “*no procurar las condiciones*” y “*no exigir su cumplimiento*”, restringiendo de esta forma la intervención del Derecho penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. En efecto, a mi juicio, la doctrina no puede enmendar, por medio de la interpretación extensiva del término “*medios*”, el posible “error” en que incurriera el legislador del 95 al despenalizar dicha conducta, de la misma manera que tampoco debe hacerlo el poder judicial en el momento de la aplicación del delito, en su loable afán de dar una respuesta a todos aquellos que reclaman una protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores durante su prestación laboral.

4.5. Valoración político-criminal de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales

1. Una vez analizadas las conductas típicamente relevantes, en atención a lo dispuesto en el actual art. 316 CP, debemos dar una respuesta a la segunda de las cuestiones apuntadas en la introducción del presente apartado: ¿delimitó el legislador de forma correcta la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales? O más concretamente, ¿respetó los principios político-criminales de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad en el momento de proceder a delimitar el riesgo típicamente relevante en el ámbito de la prevención de riesgos laborales? En mi opinión, la respuesta ha de ser afirmativa, por cuanto la actual redacción típica permite la

incriminación de las conductas más idóneas para lesionar los bienes jurídico-penalmente protegidos en el tipo contenido en el art. 316 CP.

2. En efecto, si bien es cierto que la interpretación restrictivo-formal del término “*medios*” únicamente permite el castigo de aquellas puestas en peligro de la vida, integridad física y salud de los trabajadores imputables a la omisión de la obligación de proporcionar los equipos de protección individual (guantes, botas, cinturones y arneses de seguridad, mascarillas....) y la adopción de las medidas de carácter colectivo (barandillas, redes, plataformas...), no es menos cierto que la interpretación teleológico-funcional del mismo garantiza también la relevancia jurídico-penal de aquellas puestas en peligro imputables, tanto a la omisión de la obligación de garantizar la seguridad de las máquinas, herramientas e instalaciones utilizadas por los trabajadores en el transcurso de su prestación, como a la omisión de la obligación de facilitar la información y la formación precisa en relación a los riesgos presentes en el conjunto de la empresa y el concreto puesto de trabajo y la forma de acometerlos en condiciones de seguridad.

3. Sin embargo, a mi juicio, tanto la anterior redacción del art. 348 bis a) ACP, como la interpretación extensiva-material del término “*medios*”, defendida mayoritariamente por la doctrina científica y la jurisprudencia, resultan contrarias a los principios de intervención mínima, subsidiariedad y fragmentariedad, por cuanto al vincular dicho elemento con todas las obligaciones en que se concreta el deber extra-penal, además de complicar, aún más si cabe, la ya de por sí compleja delimitación con las correspondientes infracciones administrativo-laborales, otorga relevancia jurídico-penal a conductas que, en modo alguno, por sí mismas, resultan

idóneas para lesionar la seguridad y confianza de los trabajadores en el desarrollo de su prestación laboral, tales como la obligación de evaluación (art. 16 LPRL), la planificación de la actividad preventiva (arts. 30 y 31 LPRL), la consulta y participación de los trabajadores (arts. 33 y 34 LPRL) o documentación y notificación (art. 23 LPRL).

4. Ahora bien, a pesar de que en el año 95 el legislador procedió a modificar el riesgo penalmente típico establecido en el anterior art. 348 bis a) ACP, decantándose así por la restricción de la intervención penal en este sector del ordenamiento jurídico-laboral, nuestros Jueces y Tribunales han pasado de inaplicar el derogado art. 348 bis a) ACP a atribuir un significativo papel al vigente art. 316 CP. En efecto, no deja de resultar sorprendente que, abarcando el primero de los preceptos citados, la mayoría de las conductas idóneas para lesionar la seguridad y confianza de los trabajadores, no se hubiera dictado una sola resolución judicial en la que se aplicara dicho precepto, mientras que, habiendo limitado el legislador del 95 la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, encontremos más de 200 sentencias en que nuestros tribunales han aplicado el tipo contenido en los arts. 316 ss CP⁴⁵⁸. ¿Qué ha motivado este repentino y progresivo “interés” jurisprudencial por la protección penal de la seguridad en el trabajo?

5. En mi opinión, esta reciente y progresiva atención de nuestros Tribunales hacia la protección penal de la seguridad en el trabajo constituye una respuesta de los poderes públicos al cambio de actitud que se percibe en la sociedad y en los representantes de los trabajadores en particular en torno a la

⁴⁵⁸ En este sentido, se ha pronunciado expresamente CORCOY BIDASOLO, “Límites...”, p. 40.

necesidad de erradicar o, cuando ello no resulte posible, reducir los riesgos derivados de la actividad laboral hasta uno límite socialmente tolerable. Ciertamente, ante la relevancia social que en la actualidad ha alcanzado la seguridad en el trabajo, el Estado ha respondido, entre otras cosas, intensificando la investigación y persecución por parte del Ministerio Fiscal de aquellas infracciones graves administrativo-laborales susceptibles de adquirir relevancia jurídico-penal. Lo cual se ha traducido en un incremento de las acusaciones formales en relación al delito contra la seguridad de los trabajadores y, consiguientemente, en un aumento de los fallos judiciales en los que se ha imputado dicho ilícito jurídico-penal⁴⁵⁹.

De la misma forma que, ante el cambio de valoración social en torno a la necesidad de reducir las elevadas cifras de muertos y heridos motivadas por la conducción bajo la influencia del alcohol o los estupefacientes, el Estado reaccionó intensificando la investigación y persecución de los ilícitos administrativos en materia de tráfico rodado susceptibles de subsumirse en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o estupefacientes (art. 379 CP), lo cual motivó un incremento de las acusaciones formales por el mismo y, consecuentemente, un aumento del número de resoluciones judiciales en que dicho ilícito penal constituía el objeto del fallo⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ En este sentido, señalaba LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal...*, p. 216, como una de las razones que explicaban la inaplicación del delito contra la seguridad e higiene en el trabajo durante la vigencia del derogado art. 348 bis a) ACP residía en la poca relevancia social que determinados sectores sociales, entre los cuales, incluía a parte de la Inspección de Trabajo, el Ministerio Público y el Poder Judicial, asignaban a las conductas subsumibles en el art. 348 bis a), lo que les llevaba a calificarlos de injustos de bagatela consustanciales a la necesaria actividad productiva y económica.

⁴⁶⁰ Aumento que contrastaba con la práctica inaplicación del que constituía su precedente legal, el derogado art. 340 bis a) ACP, al igual que sucedió con el art. 348 bis a) en relación al vigente art. 316 CP. En este sentido, CORCOY BIDASOLO, "Delitos laborales...", p. 121, quien también ha puesto de relieve el paralelismo existente entre la aplicación judicial del delito contra la seguridad en el trabajo y los delitos contra la seguridad en el tráfico.

6. Sin embargo, ¿satisface el vigente art. 316 CP esta necesidad social de erradicar, o cuanto menos, mantener los riesgos laborales dentro de unos niveles socialmente tolerables? O más concretamente ¿constituye el actual delito contra la seguridad de los trabajadores un instrumento eficaz para reducir los elevados índices de siniestralidad laboral que, desgraciadamente, se registran en nuestro mercado de trabajo? Al respecto, considero que si bien de *lege ferenda* el Derecho penal constituye, en general, un instrumento especialmente idóneo, dadas las limitaciones propias de los diferentes mecanismos extra-penales contenidos en el Derecho administrativo, laboral y civil para atajar, de forma contundente, el drama social y económico que deja a su paso los numerosos accidentes de trabajo que jalonan nuestra vida diaria⁴⁶¹, la deficiente coordinación entre el delito contra la seguridad en el trabajo y la incriminación de la modalidad imprudente (art. 317 CP), podrían restarle eficacia preventiva, deslegitimando un tanto su intervención en este sector del ordenamiento jurídico-laboral.

⁴⁶¹ Así lo ha reconocido el propio legislador quien en la EM (II) de la Ley 54/2003, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, ha señalado que tras 7 años de vigencia de la LPRL se siguen registrando unos índices de siniestralidad inaceptables que reclaman reformas urgentes y profundas.