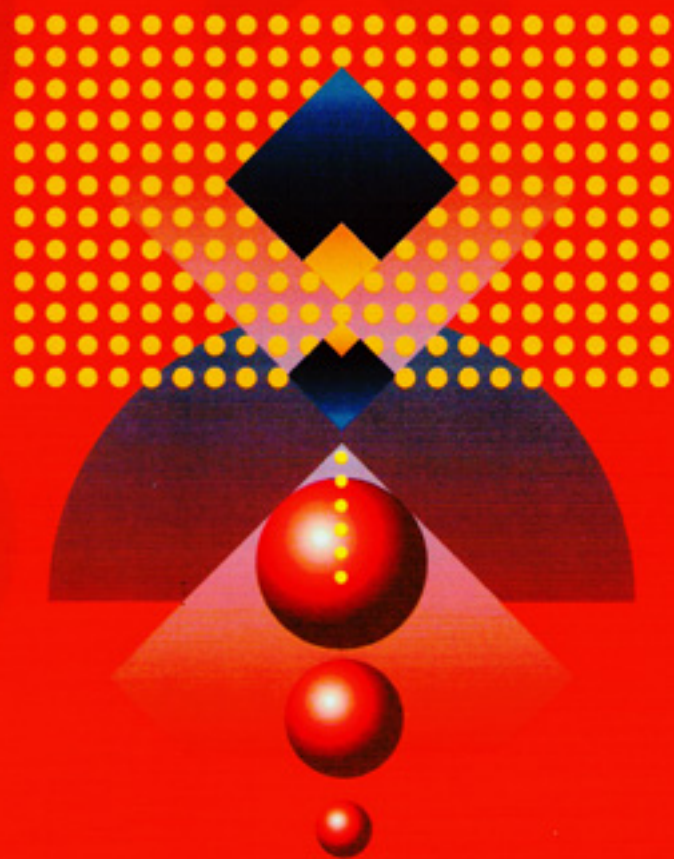


ESTUDIOS
JURIDICOS
SOBRE
SINIESTRALIDAD
LABORAL



**ESTUDIOS JURÍDICOS
SOBRE SINIESTRALIDAD
LABORAL:
(I JORNADAS UNIVERSITARIAS
JURÍDICAS)**



AUTORES:

JOAQUÍN APARICIO TOVAR
TERESA PÉREZ DEL RÍO
FRANCISCO GALÁN LEÓN
LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ
RAFAEL MARTINEZ GÓMEZ
JUAN M^a TERRADILLOS BASOCO
ROSARIO DE VICENTE MARTINEZ
DONATO CASTRONUOVO
MARIA ACALE SÁNCHEZ
ENRIQUE LILLO PÉREZ
PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
ROSA GALLARDO GARCÍA

EDITA: JUNTA DE ANDALUCÍA
CONSEJERÍA DE EMPLEO

COORDINA: DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

ISBN: 84-689-8249-0

Depósito Legal: SE-348/2006

**ESTUDIOS JURÍDICOS SOBRE SINIESTRALIDAD LABORAL:
(I Jornadas Universitarias Jurídicas)**

CODIRECTORES:

Juan María Terradillos Basoco
María Acale Sánchez

Seguramente, acometer la presentación de un libro tiene bastante de suplantación, pues no hay mejor forma de presentarlo que abrir sus páginas al eventual lector.

Para vencer la tentación de suplantar, se puede ensayar una vía distinta: la de buscar la complicidad del lector en el espíritu que animó la organización y celebración de las *I Jornadas Universitarias Jurídicas sobre Siniestralidad Laboral*.

Complicidad, porque ante la siniestralidad laboral, de cuya gravedad creciente dan cumplida y diaria cuenta los medios de comunicación, ya no cabe ni mirar hacia otro lado ni limitarse a la mera disección analítica de una realidad intolerable. Hay que afrontarla.

La contundencia de Harold Pinter, al aceptar el Nobel de literatura, nos recuerda los inaplazables compromisos: *“Cuando miramos un espejo pensamos que la imagen que nos ofrece es exacta. Pero si te mueves un milímetro la imagen cambia. Ahora mismo, nosotros estamos mirando a un círculo de reflejos sin fin. Pero a veces el escritor tiene que destrozar el espejo –porque es en el otro lado del espejo donde la verdad nos mira a nosotros”*.

Si dejamos de lado la concreta referencia al oficio de escritor, la advertencia es aplicable a todos. También respecto a la siniestralidad laboral: no bastan las miradas estáticas ni unilaterales. Y es más que posible que sólo indagando tras la imagen podamos acercarnos a la verdad.

Para captar la imagen, en sus diversas perspectivas, las *I Jornadas* optaron por la mirada plural. Desde el Derecho, en primer lugar, ya que se trataba de unas *Jornadas* jurídicas. Derecho Laboral y Derecho Penal como ramas del ordenamiento directamente implicadas y condenadas, en éste como en tantos otros ámbitos, a trabajar juntas.

Pero también desde la praxis de los instrumentos aplicativos, de los preventivos, de los asistenciales, de los reparadores, etc.

Sin que pudiera faltar la ruptura del espejo para, después de conocer la imagen “jurídica”, poder contemplar la realidad criminológica de los, así llamados, accidentes de trabajo; una lacra de constancia estadística que sólo por una consolidada –cómplice– convención lingüística seguimos denominando “accidentes”.

Por eso es imprescindible el compromiso.

Asumirlo, desde la Universidad, exige el recurso a instrumentos bien conocidos. Quizás, entre ellos, el primero sea abrir y consolidar espacios de debate. Las *Jornadas* celebradas en la Facultad de Derecho de Jerez dieron acogida a profesionales de ámbitos bien diversos, que sacaron la reflexión del terreno unilateralmente académico.

Otro instrumento específicamente universitario al que no hemos querido renunciar es a la investigación. Este volumen viene a insertarse en las tareas de un grupo

(Plan Andaluz de Investigación, SEJ 378) y un proyecto de investigación (Ministerio de Educación y Ciencia, SEC 2001-3465) que durante los últimos años se han implicado, a través de múltiples actividades y publicaciones, en los estudios jurídicos tendentes a dilucidar criterios para la mejor puesta en marcha de estrategias preventivas de la siniestralidad laboral.

De hecho, y como no puede ser de otro modo en el marco universitario, tenemos abiertos sendos proyectos de investigación (Ministerio de Educación y Ciencia; Junta de Andalucía), dirigidos a analizar manifestaciones específicas del fenómeno de la siniestralidad: menores, inmigrantes, mujeres. Se trata, como adelantábamos –aceptando la requisitoria de Pinter–, de mover el espejo, de modo que muestre imágenes de la realidad que se escapan a la contemplación estática.

En la medida en que, además, un convenio con el Consejo General del Poder Judicial nos compromete al estudio y sistematización de la jurisprudencia en la materia, no es difícil vaticinar que las *Jornadas universitarias Jurídicas sobre siniestralidad laboral* sólo pueden contemplarse como un primer paso, seguramente imperfecto y dubitativo, pero con innegable vocación de permanencia y reiteración en el tiempo, en la doctrina jurídica y en la voluntad de quienes, al margen de las estructuras universitarias, tienen en su mano la posibilidad de decidir que las cosas cambien.

O, más sencillamente, de empujar en esa dirección.

Ayudaron significativamente la celebración de las *Jornadas* las Consejerías de Empleo y de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, la Diputación Provincial de Cádiz y el Vicerrectorado de Extensión Universitaria de la Universidad de Cádiz. Esperamos su “complicidad” –que ahora agradecemos– en futuros empeños del mismo signo.

Como esperamos seguir contando con el compromiso personal y la capacidad de trabajo de la doctora Acale Sánchez, que no sólo codirigió las *Jornadas*, sino que es responsable principal de que este volumen haya visto la luz. Rosa Gallardo y Maribel Gordillo también pusieron su parte en el proyecto, y seguirán haciéndolo. Gracias a todas ellas.

Juan M. Terradillos
Jerez

Diciembre de 2005

La prevención de riesgos laborales abarca un campo temático tan complejo y variado que, desde luego, requiere un enfoque múltiple para su cabal comprensión, requisito previo e ineludible a su vez, de cualquier pretensión de mejora.

La perspectiva jurídica, aunque insuficiente como cualquier otra aproximación unilateral, resulta, por tanto, imprescindible.

Es sabido que la mera existencia de la ley no garantiza la consecución de los objetivos que la animan. Pero ella, incluso cuando el legislador se adelanta a las preocupaciones sociales, permite fijar nítidamente los valores protegidos, dándoles visibilidad y relevancia, y abre una brecha que otros instrumentos ayudarán a profundizar. En suma, sólo con la ley es difícil avanzar pero sin el apoyo de la ley, en un terreno como el que nos ocupa, seguramente es imposible.

Si la ley es además eficaz, esto es, están claros sus preceptos, existe un aparato administrativo adecuado para apoyarla y se sancionan efectivamente los supuestos de incumplimiento, constituye un poderoso mecanismo de creación de cultura preventiva.

Por consiguiente, toda contribución al análisis de la estructura y funcionamiento de nuestro marco jurídico en prevención de riesgos laborales y a la mejora de su eficacia, ha de ser necesariamente bienvenida, y si ésta, como es el caso, procede de la Universidad y está liderada por un jurista de prestigio como el profesor Terradillos, doblemente bienvenida. Porque la investigación es, como han puesto de manifiesto voces autorizadas, una de las debilidades de nuestro sistema preventivo, y porque la aportación de las universidades españolas en esta tarea, a todas luces insustituible, ha de crecer significativamente para hacer frente a las necesidades, hasta alcanzar un volumen equiparable al existente en los países de nuestro entorno.

La publicación que aquí se presenta es el resultado de las Primeras Jornadas Universitarias Jurídicas sobre Siniestralidad Laboral, que se celebraron en Jerez en Marzo de 2005, y éstas, a su vez, uno de los frutos del grupo de investigación que dirige el profesor Terradillos, del que esperamos otros muchos que puedan contribuir a mejorar la protección de la salud de los trabajadores andaluces.

Sevilla, Abril de 2006

Antonio Fernández García
Consejero de Empleo

Índice de abreviaturas	19
PARTE I: EL MARCO LABORAL	23
Capítulo I: Los sujetos obligados a garantizar un medio de trabajo seguro y saludable. especial referencia a la cooperación entre empresarios.	
Dr. Joaquín Aparicio Tovar, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Castilla-La Mancha	25
I. PREVENCIÓN Y RESPONSABILIDAD	27
II. LA COMPLEJIDAD DE LAS FUENTES	27
III. EL EMPRESARIO COMO PRINCIPAL SUJETO OBLIGADO Y LA EVASIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	28
IV. LA REACCIÓN CONTRA LA EVASIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CASOS DE COOPERACIÓN ENTRE EMPRESARIOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL TRABAJO	33
IV.1. Obligaciones en los casos de cooperación de empresarios en el centro de trabajo sin vínculo jurídico determinado entre ellos	34
IV.2. Obligaciones en los casos de cooperación de empresarios en un mismo centro de trabajo ligados por contratatas o subcontratatas	37
V. RESPONSABILIDADES DISTINTAS DE LA PENAL. LA “PROPIA ACTIVIDAD” COMO EXIGENCIA LIMITATIVA	38
Capítulo II: La violencia en el trabajo: óptica social. Dra. Teresa Pérez del Río, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Cádiz	41
Capítulo III: Acoso moral en el ámbito laboral (“mobbing”). Dr. Francisco Gala León, Catedrático de Psicología de la Universidad de Cádiz	53
I. INTRODUCCIÓN	53
II. CONCEPTUALIZACIÓN Y DEFINICIONES	54
III. EPIDEMIOLOGÍA	57

IV. MANIFESTACIONES	59
V. HISTORIA NATURAL Y/O FASES	60
VI. CONSECUENCIAS	61
VII. INTERVENCIÓN	61
Capítulo IV. Tratamiento penal del acoso moral en el trabajo. Dr. Luis Ramón Ruiz Rodríguez, Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz . .	63
I. INTRODUCCIÓN	63
II. LA NUEVA RELEVANCIA DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO	63
III. BIEN JURÍDICO	66
IV. NECESIDAD DE INTERVENCIÓN	69
V. TIPIFICACIÓN Y GARANTÍAS	70
VI. RESPUESTAS DEL DERECHO POSITIVO VIGENTE	71
VI.1. Las amenazas y las coacciones	72
VI.2. Delitos contra la intimidad	72
VI.3. Lesiones	73
VI.4. Calumnias e injurias	73
VI.5. Imposición de condiciones ilegales de trabajo (art. 311.1 CP) y discriminación laboral (art. 314 CP)	74
VI.6. Acoso sexual	75
VI.7. Delito contra la integridad moral	76
VII. EXIGENCIAS MÍNIMAS DE UN TIPO PENAL DE ACOSO	78
VIII. CONCLUSIÓN	81
Capítulo V. Las mutuas y su papel en la reparación del accidente de trabajo. Rafael Martínez Gómez, Abogado	83
Capítulo VI. La funcionalidad del mutualismo patronal en el ámbito de prevención de riesgos laborales. Dr. Francisco Lozano Lares, Profesor Titular de Escuela de Derecho del Trabajo de la Universidad de Málaga . .	89
I. INTRODUCCIÓN	89

II. LA EVOLUCIÓN DE LA LABOR PREVENTIVA DE LAS MATEPSS	91
III. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MATEPSS	101
IV. CONCLUSIONES	111
PARTE II: EL MARCO PENAL	113
Capítulo I: Los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores: diez años de vigencia.(Diez cuestiones controvertidas en los tribunales). Juan María Terradillos Basoco, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz	115
INTRODUCCIÓN	115
I. IMPRUDENCIA	119
II. IMPRUDENCIA GRAVE	119
III. IMPRUDENCIA PROFESIONAL	122
IV. BIEN JURÍDICO	123
V. SUJETO ACTIVO	126
VI. LA REMISIÓN NORMATIVA	130
VII. LOS MEDIOS	132
VIII. EL RESULTADO	134
IX. TIPO SUBJETIVO	136
V. CUESTIONES CONCURSALES	138
Capítulo II. Relaciones entre Derecho penal-Derecho administrativo sancionador en materia de seguridad en el trabajo. Dra. Rosario de Vicente Martínez, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha.	143

I.	INTRODUCCIÓN	143
II.	LA RELACIÓN CÓDIGO PENAL-TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL.	145
III.	PROHIBICIÓN DE <i>BIS IN IDEM</i> O PRINCIPIO DE NO CONCURRENCIA DE SANCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD EN EL TRABAJO	149
IV.	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL	151
	1. La necesaria comunicación y coordinación entre la Autoridad Laboral y el Ministerio Fiscal en materia de seguridad en el trabajo	154
	2. El hecho no presenta indicios de delito	157
	3. El hecho presenta indicios de delito: Paralización de las actuaciones administrativas y remisión al Ministerio Fiscal	158
	4. Apreciación por el órgano judicial de la existencia de delito: La condena penal	167
	5. No apreciación por el órgano judicial de la existencia de delito: Terminación del procedimiento penal con auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria	168
V.	IDENTIDAD DE SUJETOS, HECHOS Y FUNDAMENTO	172
	Capítulo III. El marco del derecho penal europeo. Salud y seguridad en el trabajo en derecho penal comunitario y comparado. Dr. Donato Castronuovo, Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la <i>Universidad de Modena e Reggio Emilia</i>	175
I.	EL GRADO ACTUAL DE “EUROPEIZACIÓN” DE LA MATERIA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO	175
II.	LA CUESTIÓN DE LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PENAL, ENTRE PRESENTE Y FUTURO. ASPECTOS GENERALES	182
III.	EN PARTICULAR: LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO	186
IV.	PERSPECTIVA COMPARADA DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN EXISTENTES EN ALGUNOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA	190
	IV.1. El sistema francés	190
	IV.2. El sistema alemán	194

IV.3. El sistema italiano	199
V. A MODO DE CONCLUSIONES	205
Capítulo VI. Dimensión aplicativa: Análisis criminológico de la siniestralidad laboral en el ámbito de la construcción en la provincia de Cádiz. Dra. María Acale Sánchez, Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad de Cádiz.	211
I. FACTORES CONDICIONANTES	211
II. LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA	214
II.1. Sus limitaciones	214
II.2. Objeto de estudio	215
II.3. Hipótesis	218
II.4. Fases de la investigación	219
III. PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS AL ESTUDIO CRIMINOLÓGICO	220
IV. MÉTODOS CUANTITATIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	224
IV.1. Estadísticas del MTAS sobre siniestralidad laboral	224
IV.2. Encuestas de victimización sobre la puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores	227
IV.2.1. Universo	228
IV.2.2. Tamaño de la muestra	228
IV.2.3. Descripción de la muestra	230
IV.2.3.1. Datos personales	230
a) Sexo y nacionalidad	230
b) Edad y antigüedad	231
c) Estudios	232
IV.2.3.2. Situación laboral	233
a) Tipo de contrato	233
b) Número de trabajadores en la obra	234
IV.2.3.3. Seguros médicos y vigilancia de la salud	235
IV.2.3.4. Características del lugar y de la obra	237
IV.2.3.5. Medidas de seguridad	238
a) Cursos sobre prevención	238
b) Supervisión de la seguridad en el centro	241
c) Verificación de material y maquinaria	243
d) Protecciones individuales y colectivas	244
IV.2.3.6. Casos particulares	245
IV.2.3.7. La opinión de los encuestados	247

IV.3. EL ESTUDIO SOBRE CAUSAS DE ACCIDENTES MORTALES DEL MTAS (2002) Y LA ENCUESTA DE VICTIMIZACIÓN EN LA PROVIN- CIA DE CÁDIZ	249
IV.4. VERIFICACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE PARTIDA	251
Capítulo V. Estrategias preventivas. Enrique Lillo Pérez, Abogado	253
I. REFORMA NORMATIVA Y CLARIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONFU- SIÓN ACTUAL	253
II. FALTA DE COORDINACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS INSTITUCIONES PÚBLICAS INTERVINIENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATI- VO Y PENALES QUE PUEDEN SER ORIGINADOS POR ACCIDENTES DE TRABAJO	259
III. ESPECIAL MENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN EN LAS EMPRESAS CONCURRENTES Y DE LA OBLIGATO- RIEDAD DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS	260
IV. RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGU- RIDAD: EFECTOS EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA DEMORA EN LA RESOLUCIÓN	264
COMUNICACIONES	271
Breves notas sobre la protección penal de la vida y salud de los traba- jadores en el Código penal: artículos 316 y 317 CP. Paula Andrea Ramírez Barbosa, Universidad de Salamanca	273
I. Introducción	273
II. La necesidad de protección de la seguridad y salud en el trabajo, en el Código Penal de 1995	274
III. Aproximación al estudio del delito contra la seguridad y salud en el trabajo	277
IV. Características generales	278
V. Algunas anotaciones político criminales y propuestas iniciales en mate- ria de salvaguarda de la seguridad y salud en el trabajo	280
VI. Conclusiones	284

El sujeto activo en los delitos contra la vida y salud de los trabajadores. Rosa Gallardo García, Becaria de Investigación del MEC. Universidad de Cádiz 287

I. Nota introductoria 287

II. Las leyes laborales como referente 287

III. La técnica de la ley penal en blanco para la identificación del sujeto activo 289

IV. Contenido del art. 318 del CP a efectos de autoría 291

ABREVIATURAS

art.:	artículo
CE:	Constitución Española de 1978
CC.OO.:	Confederación Sindical de Comisiones Obreras
<i>Cost.</i> :	Costituzione
CP:	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<i>CP:</i>	<i>Cassazione penale</i>
DDP:	<i>Digesto delle discipline penalistiche</i>
d.lgs.:	decreto legislativo
DPP:	<i>Diritto penale e processo</i>
d.P.R.:	decreto del Presidente della Repubblica
EM:	Exposición de Motivos
ET:	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
FEMCVT:	Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo
FI:	<i>Foro italiano</i>
FJ:	Fundamento Jurídico
GCost.:	<i>Giurisprudenza costituzionale</i>
GUCE:	<i>Gazzetta ufficiale delle Comunità europee</i>
INSHT:	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
ISL:	<i>Igiene & Sicurezza del lavoro</i>
l.:	legge
LECRim:	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, regulador de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGSS:	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISOS:	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LPL:	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Ley de Procedimiento Laboral
LPRL:	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJPAC:	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MATEPSS:	Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social
MF:	Ministerio Fiscal
MTAS:	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
OIT:	Organización Internacional del Trabajo

RCM:	Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social
RD:	Real Decreto
RDL:	Real Decreto Legislativo
RECPC:	<i>Revista electrónica de ciencia penal y criminología</i>
RIDPP:	<i>Rivista italiana di Diritto e Procedura penale</i>
RPIS:	Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de Seguridad Social
RPPS:	Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora
RSP:	Real decreto 780/1998 de 30 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 39/1991 de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención
RTDPE:	<i>Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia</i>
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
sec.:	Sección
SI:	<i>Studium iuris</i>
JS:	Sentencia del Juzgado de lo Social
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC:	Tribunal Constitucional
TS:	Tribunal Supremo
UGT:	Unión General de Trabajadores

Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación SEC 2001-3465
"Factores condicionantes de la siniestralidad laboral en el Estado del bienestar:
respuesta jurídico penal a los accidentes de trabajo".



PARTE I

EL MARCO LABORAL

CAPÍTULO I.

LOS SUJETOS OBLIGADOS A GARANTIZAR UN MEDIO DE TRABAJO SEGURO Y SALUDABLE. ESPECIAL REFERENCIA A LA COOPERACIÓN ENTRE EMPRESARIOS.

DR. JOAQUÍN APARICIO TOVAR,
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

I. PREVENCIÓN Y RESPONSABILIDAD

En noviembre de 2005 se cumplirán diez años desde la promulgación de la LPRL y la desmesurada dimensión de la siniestralidad laboral en España que se pretendía combatir con los mecanismos que arbitra esta ley no ha disminuido, sino que por el contrario se mantiene en niveles tales que si usamos el sentido recto de las palabras, los accidentes de trabajo no deberían de denominarse de ese modo porque la palabra accidente alude a algo no sustancial o a suceso fortuito, excepcional, eventual, pero los daños sufridos por los trabajadores con ocasión o consecuencia de la prestación de trabajo han entrado a formar parte del discurrir ordinario en las relaciones laborales¹. Luego ya no son algo accidental. Hay un consenso general en que en este punto nuestro país padece una “lacra social” con la que hay que acabar, pero los años pasan y los hechos luctuosos permanecen, lo que obliga a estudiar con atención las previsiones legales para buscar soluciones que den lugar a una mayor eficacia de la conseguida hasta ahora, y aquí es donde el consenso empieza a romperse.

El disenso es manifiesto cuando se trata de perfeccionar los mecanismos sancionadores de las normas de prevención y su aplicación. Es frecuente oír que no hay que poner el acento en las sanciones ya que cuando se sanciona es porque ya la infracción se ha cometido y con ello el posible daño a la integridad al trabajador, cosa que no habría sucedido de existir una buena prevención que se adelanta a los acontecimientos lesivos. Viene a decirse que las sanciones miran al pasado mientras que la prevención mira al futuro. Ese razonamiento no sólo encierra una contradicción entre los píos deseos que se invocan y la aceptación de prácticas que van en dirección contraria, sino que no es correcto porque olvida que el carácter disuasorio de la sanción la hace también mirar al futuro. Ciertamente que todo el mundo está de acuerdo en que lo mejor es que se lleve a cabo de verdad una buena prevención

¹ El problema es mayor de lo que parece pues no está bien evaluado el alcance de muchas enfermedades profesionales que se diagnostican como comunes.

que evite, no ya el daño, sino el riesgo como pide la LPRL (art. 4.1), pero no se ve bien porqué hay que disminuir el esfuerzo en la sanción por la sencilla razón de que sancionar y prevenir, como se acaba de decir, no son términos antitéticos, sino que están íntimamente ligados ya que sin una adecuada sanción no hay, no ya prevención, sino norma jurídica misma, porque en la esencia de la norma está la reacción contra su violación o incumplimiento que es lo que se denomina como sanción².

La reacción será diferente en los distintos campos jurídicos en los que se divide el ordenamiento, y cumplirá las distintas funciones que son propias de cada uno de ellos, bien punitivas, propia del derecho penal cuando se ha menoscabado o puesto en peligro un bien jurídico tan socialmente relevante como es la salud y la integridad de los trabajadores, bien resarcitoria de daños sufridos injustamente, propia del orden civil, bien de consecución de objetivos de política social que son propios del derecho de la Seguridad Social, bien también aflictivas en defensa del interés general y de defensa del ordenamiento que propugna en primera instancia el derecho administrativo laboral. Las distintas formas de sanción ponen de manifiesto la esencial unidad del ordenamiento jurídico que tiene la salud y la vida de los trabajadores como valores esenciales que conforman la dignidad humana propugnada por el art. 10.1 CE y, en plena coherencia con ello, nuestro sistema se ha decantado desde antiguo por la compatibilidad de *responsabilidades* civiles, penales, administrativas (con algunas limitaciones entre estas dos) y sociales. Lo que quiere decir que ante el incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre determinados sujetos para que en los procesos productivos introduzcan medios de prevención que eviten los riesgos en el trabajo se desencadenará sobre ellos la reacción del ordenamiento en forma de responsabilidades a las que tendrán que hacer frente. Se ve claro ahora que sin sanción no puede haber prevención porque en otro caso el cumplimiento de la norma quedaría a la voluntad de los obligados. La importancia de la sanción penal es evidente cuando el resto de los mecanismos sancionatorios se están mostrando ineficaces, especialmente los de la sanción administrativa “*en un marco en el que, como es común a toda delincuencia de cuello blanco, se burla, mediante compensaciones, el carácter aflictivo de las sanciones pecuniarias*”³.

Se ha hablado aquí de responsabilidades, en plural, precisamente porque cada uno de los diversos campos jurídicos a los que se ha hecho referencia reacciona de modo diverso, de acuerdo con su propia técnica, ante los incumplimientos de las obligaciones. Al igual que la de *responsable*, con la que está ligada, es una palabra que tiene diferentes sentidos y, así, no es infrecuente que se afirme que todos somos responsables de la siniestralidad laboral, o que lo son todos aquellos que intervienen en el proceso productivo, como empresarios, administraciones públicas,

² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Parte General I*, IEP, Madrid, 1955, p. 595.

³ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 30.

delegados de prevención, servicios de prevención, mutuas de accidentes de trabajo o los propios trabajadores, arrojando no poca confusión sobre la cuestión. Esa confusión viene de la utilización en el discurso jurídico de la palabra *responsable* en un sentido no jurídico, sino en un sentido moral, más en concreto vinculado a la moralidad cristiana, lo que no es muy correcto, porque lo que caracteriza el mundo de la moral frente al jurídico es precisamente que no dispone de un aparato institucionalizado de reacción frente a los incumplimientos. El responsable moral en el cristianismo lo es ante Dios, por eso confundir el plano jurídico con el moral es abrir una puerta a la irresponsabilidad jurídica⁴. Un sujeto responsable en el lenguaje jurídico correcto es aquel “que puede ser llevado ante un tribunal, porque sobre él pesa una obligación”⁵ cuyo incumplimiento desata la reacción jurídica. Por ello es tan importante determinar con precisión quienes son los sujetos obligados a garantizar la salud y la seguridad en el medio de trabajo, porque sólo serán responsables aquellos que incumplan esas obligaciones, no otros.

II. LA COMPLEJIDAD DE LAS FUENTES

Uno de los problemas que se han señalado que puede influir en la ineficacia de nuestro ordenamiento para conseguir un medio de trabajo seguro, es la complejidad de sus fuentes que hace difícil su conocimiento por parte de los sujetos implicados, desde los obligados a los que han de aplicarlo. Pero la indudable complejidad no debe de tener como conclusión inevitable su deficiente aplicación, aunque sólo sea porque el bloque de legalidad se ordena en torno a una norma fundamental, la ya citada LPRL, sobre la que dominan las previsiones constitucionales (arts. 10.1, 15 y 40.2) y la abundante legislación de la Unión Europea. La exigencia de responsabilidades precisa del recurso a las normas específicas, CP, Código Civil, LGSS, LISOS. Pero en la LPRL encontramos en el elemento nodal que es la determinación de los sujetos obligados, aunque la determinación del alcance de la obligación se hace mediante el concurso de la abundante legislación reglamentaria y otras normas que puedan tener incidencia sobre la materia como se encarga de establecer el art. 1 LPRL, cuando dice que “*la normativa de prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan*

⁴ La confusión tiene su origen en que la palabra responsabilidad traspasó el lenguaje de la moral hacia el del derecho en el siglo XIX, de ahí la importancia que se daba a la conducta del sujeto (y la exigencia de culpa) para ser declarado responsable tanto civil como penalmente, lo que no responde ya a la necesidad de dar respuesta adecuada a un problema social tan grave como el de los accidentes de trabajo, donde lo que importa es el daño sufrido por la víctima. Cfr. VINEY, G., “La responsabilité”, *Archives de Philosophie du Droit* (tome 35), LGDJ, Paris, 1990, pp. 275 y ss.

⁵ VILLEY, M., “Esquisse historique sur le mot responsable”, *Archives de Philosophie du Droit* (tome 22), 1977, p. 51.

prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito". La determinación de los sujetos obligados y de sus obligaciones es el punto de partida para la exigencia de distintas responsabilidades en los casos de incumplimientos de aquellas obligaciones, pero cada una de ellas seguirá su propio camino ordenado según las técnicas específicas del campo jurídico respectivo.

III. EL EMPRESARIO COMO PRINCIPAL SUJETO OBLIGADO Y LA EVASIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

De todos los sujetos implicados en el proceso productivo a los que se ha hecho referencia anteriormente es el empresario el principal sujeto obligado a garantizar que el medio de trabajo sea seguro y saludable. Así lo establece con claridad el art. 14 LPRL, como no podía hacer de otro modo puesto que era obligado incorporar al derecho interno lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Directiva 89/391 CEE, de 12 de junio (directiva-marco), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Pero la posición del empresario como principal garante de la seguridad en el trabajo no sólo es consecuencia de la incorporación al derecho interno de una opción del legislador comunitario, sino que responde a la naturaleza de las cosas. Ya era clara antes de la promulgación de la LPRL pues los arts. 4.2 d) y 19.1 ET se encargaban de precisarlo como un corolario de la figura misma del empresario que dibuja nuestro ordenamiento, como todos los de nuestro entorno. En efecto, el art. 1.1 establece que las normas laborales se aplicaran "*a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*". Ese ámbito en el que se desarrolla la prestación de trabajo está pues organizado y dirigido por el empresario que goza de poderes jurídicamente reconocidos para ello como son el poder de dirección y el poder disciplinario, hasta el punto que esos poderes son la esencia institucional de la figura del empresario sin los cuales no existiría. Pues bien, si el empresario controla y dirige el ámbito en el que se lleva a cabo la producción y eso es algo que le corresponde en exclusiva (lo que no implica que no pueda hacer delegaciones de tales poderes), ese control le obliga a que el medio de trabajo no genere riesgos, y mucho menos daños, a la salud e integridad de los trabajadores que se integran en él.

Debe de organizarlo y dirigirlo para conseguir que sea seguro y saludable, de modo que cada vez que celebra un contrato de trabajo contrae una deuda de seguridad con cada uno de sus singulares trabajadores. Resulta así que aunque nada dijese la ley (que lo dice) el resultado sería el mismo: el empresario es el principal obligado en materia de seguridad en el trabajo por la posición que ocupa en el contrato de trabajo. Todo esto es coherente con la consideración al máximo rango

constitucional de la dignidad de la persona (art. 10 CE), que comienza por reconocer el derecho a la integridad física y moral de todos los ciudadanos (art. 15 CE) con especial preocupación por la de los trabajadores, que están sometidos a especiales y potenciales riesgos por lo que los poderes públicos velarán porque se garantice la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE).

Esa obligación implica que el empresario debe *“garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”* para lo cual debe de adoptar *“cuantas medidas sean necesarias”* a ese objetivo, desarrollando *“una acción permanente con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes”* (art. 14.2 LPRL). Es una obligación general construida con la técnica de un estándar de conducta que debe ser lo suficientemente alto como para llegar a conseguir una *“protección eficaz”* de los trabajadores, concebida esta protección como un derecho subjetivo de cada uno de ellos (art. 14.1 LPRL). El estándar capaz de alcanzar la protección eficaz se expresa mediante el paradigma del empresario prudente que es objetivo⁶. Implica que el empresario querido por nuestro ordenamiento debe de actuar, por una parte, de acuerdo con el elemento intelectual doble de conocer cuáles son los riesgos que genera el proceso productivo que dirige, y cuáles son los medios para evitarlos y, por otra, de acuerdo con el elemento volitivo de aplicar efectivamente esos medios que conseguirán la protección eficaz. Como todos los estándares, el de empresario prudente es abierto y sólo puede satisfacerse de acuerdo con las circunstancias, que en lo que aquí conviene son especialmente las de tiempo. El elemento intelectual es evolutivo porque el conocimiento sobre los riesgos y los medios para evitarlos va cambiando de acuerdo con la desarrollo de la ciencia y de la técnica. De ahí que la obligación del empresario implique llevar a cabo *“una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva [...] y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención”* (art. 14.2 LPRL), esto es, de puesta al día. Para facilitar el cumplimiento de ese estándar el ordenamiento impone ciertas obligaciones instrumentales que ya no están establecidas de modo abierto, sino cerrado o absoluto, sin referencia alguna a las circunstancias ni de tiempo ni de lugar. Entre estas están las de evaluación de riesgos, información y consulta o constitución de servicios de prevención.

La obligación general se impone por encima y además de las obligaciones específicas que están establecidas en nuestro ordenamiento en normas por lo general de carácter reglamentario y que se refieren a las más variadas materias, desde normas sobre el lugar de trabajo a la utilización de determinados productos. Muchas de estas obligaciones están formuladas de modo absoluto, es decir, su cumplimiento ha de hacer en los exactos términos previstos en las normas pues no dejan lugar

⁶ APARICIO TOVAR, J., “Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo”, *Revista Española de Derecho Trabajo*, nº. 49, p.723.

a interpretación de acuerdo con circunstancia alguna, ni de tiempo, ni de lugar. Esta legislación es extraordinariamente amplia pero no toda se aplica a todas las actividades productivas, como es natural. El juego conjunto de las obligaciones específicas y de la obligación general configura lo que simplificadoamente se dice como la obligación de seguridad del empresario cuyo cumplimiento cabal daría lugar a un medio de trabajo exento de riesgos para la integridad de los trabajadores. La obligación general de seguridad es una obligación, no de medios, sino de resultado⁷.

El incumplimiento de estas obligaciones da lugar a la exigencia de responsabilidades contra el obligado. Sin las responsabilidades las obligaciones no son más que bien intencionados consejos que en caso de no seguirse no generarían consecuencia jurídica alguna peyorativa. Las responsabilidades son esenciales en consecución de un medio de trabajo seguro, pero para conseguir los objetivos preventivos no basta con establecer un perfecto cuadro de obligaciones y de responsabilidades en la ley, es necesario que la ley sea eficaz. Esto es, que efectivamente se aplique, y en la aplicación de la norma entran en juego otros elementos, como un adecuado aparato institucional con poderes de supremacía para exigir las responsabilidades (la Administración del trabajo, en especial la Inspección, y los Tribunales), una cultura preventiva que está ligada a un desarrollo de la idea de ciudadanía o la coherencia con otras prescripciones contenidas en el ordenamiento, como puede ser una política de empleo que favorezca la estabilidad en vez de la precariedad.

Precisamente en la búsqueda de coherencia del ordenamiento en pos de los objetivos preventivos hay que poner especial atención a un fenómeno con gran potencialidad para dificultar la consecución aquellos de los objetivos, cual es el la cooperación entre empresarios que tiene lugar por efecto de la llamada descentralización productiva. El problema se produce porque el esquema de obligaciones y de responsabilidades que se ha bosquejado anteriormente se articula sobre un empresario que organiza y dirige la producción y al mismo tiempo recibe la prestación y la *utilitas* que se deriva del trabajo. Poco importa la naturaleza de su personalidad, ya persona física o jurídica, pero ese esquema se resquebraja cuando hay una fractura entre quien organiza y dirige el trabajo y quien recibe la *utilitas*, es decir, cuando el empresario es un empresario complejo, que tanto lo puede ser desde un punto de vista formal como meramente material. Esa complejidad se manifiesta a través de muy variados supuestos en los que con distinta intensidad tiene lugar la recepción compartida de la *utilitas*, lo que a su vez condiciona en mayor o menor grado la capacidad de dirigir y organizar el proceso productivo. La consecuencia de todo ello es clara, aquella complejidad del que es precisamente el deudor de seguridad facilita la evasión de la responsabilidad en los casos en los que

⁷ GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 357 y ss; CALVO GALLEGU, F.J., *La Obligación General de Prevención y la Responsabilidad Civil o Contractual del Empleador*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 55 y ss.

se produce un incumplimiento de las obligaciones en esta materia. Ante este fenómeno una importante y sólida doctrina⁸ está mostrando las posibilidades que ofrece el art. 1.2 ET en adición a lo previsto en los artículos 1.1 y 8.1 ET como respuesta a los fenómenos de los que aquí se habla. El citado art. 1.2 ET precisa que son empresarios quienes “*reciban la prestación de servicios*”, lo que permite “*elaborar una noción de “parte” del contrato que [...] tienda a identificar la existencia de un interés estructurado y gestionado ordenadamente, con independencia de los sujetos que componen el sustrato personal de ese interés, y de acuerdo con las reglas que ordenan la coexistencia de esa pluralidad*”⁹.

Esa elaboración abriría el camino a una adecuada respuesta a la extraordinaria fenomenología con que se manifiesta la descentralización productiva con el apoyo que encuentra en la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE. Los mercantilistas¹⁰ clasifican las formas de colaboración entre empresarios entre aquéllas que no crean vínculos de subordinación interempresarial (contratos de comisión, de agencia, de comisión...) y las que crean formas de subordinación semejantes a la integración vertical (franquicia, grupos de sociedades...), pero todas ellas, y esto es lo importante para el Derecho del Trabajo y en particular para la prevención de riesgos, es que esas figuras mercantiles de colaboración entre empresarios, siendo formalmente externas a la relación de trabajo, condicionan severamente el desarrollo de la prestación y enturbian la exigencia de responsabilidad.

Por eso último históricamente el legislador laboral ha visto con sospecha estos fenómenos ya que el resultado de la irresponsabilidad trae consigo la negación de los derechos de los trabajadores y de ahí la sistemática del ET que en artículos sucesivos (42, 43 y 44) regula las contratas y subcontratas, la cesión ilegal y la sucesión de empresas. Pero es claro que la regulación que se contiene en estos artículos, especialmente la de las contratas y subcontratas, se queda estrecha para abarcar la complejidad de los fenómenos aludidos¹¹, de ahí que ante un problema social especialmente grave como el de la siniestralidad laboral el art. 24 LPRL haya encarado los supuestos de cooperación empresarial de forma más abierta como luego se indicará. El efecto de esos fenómenos se está manifestando con intensidad en el Derecho del Trabajo pues no tienen nada de excepcionales¹².

⁸ Es de imprescindible consulta el trabajo de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: Una aproximación preliminar”, en la misma (coord.) *El empresario, contrato de trabajo y colaboración entre empresas*, Madrid, Trotta, pp. 21-92.

⁹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: Una aproximación preliminar”, cit., p. 45.

¹⁰ ALCALÁ, M.A., “Aspectos económicos e instrumentos jurídico-mercantiles de descentralización empresarial (outsourcing)”, *Revista de Derecho Social*, 23/2003, pp. 81 y ss.

¹¹ OLMO GASCÓN, A.M., *Los derechos laborales del trabajo en contratas*, Comares, Granada, 2002, p. 7.

¹² CRUZ VILLALÓN, J., “Outsourcing y relaciones laborales”, en VVAA, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 255.

Es imprescindible asimilar en el ámbito propio de Derecho del Trabajo la complejidad que adopta la figura del empresario merced a las transformaciones de la empresa, como se ha indicado. En ese sentido resulta útil la tipología que doctrinalmente se ha propuesto de la articulación compleja de la figura del empresario para ir desgranando en cada una de ellas las obligaciones y responsabilidades correspondientes en el ámbito laboral (y de Seguridad Social)¹³. El primer tipo es “*la articulación compleja de origen legal: las empresas de trabajo temporal*”, cuyas obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos están relativamente claras en la propia ley, aunque se puede complicar cuando la empresa usuaria a su vez responda a alguna otra forma de cooperación empresarial. El segundo tipo es “*la articulación compleja de la figura del empleador interna al contrato de trabajo*” que puede adoptar múltiples formas pero se trata de que “*la determinación del empleador ha de hacerse eco eficazmente de esa realidad, superando sus perfiles sobre la condición de empresario y superando las apariencias opuestas*” y evitando los “*cortafuegos entre quien presta trabajo y quien se beneficia de él ex artículos 1.2 y 8.1 ET*”¹⁴. Por último están las formas de cooperación interempresarial externas al contrato¹⁵, en las que las empresas (y los empresarios) conservan su propia autonomía en el esquema de colaboración, con identificación de los ámbitos de organización, como son los casos de las contratas, pero estas figuras se deslizan con facilidad hacia formas de subordinación, y en cualquier caso en materia de prevención de riesgos la imbricación de todas las empresas es evidente.

La reconstrucción de la figura del empresario complejo siguiendo ese esquema es particularmente necesaria porque la respuesta más eficaz ante la evasión de la responsabilidad pasa por la extensión de la responsabilidad solidaria a todos los empresarios implicados en la obtención de la *utilitas*, pero la construcción técnica de la solidaridad, sin duda no sencilla en todos los casos, no se ha generalizado, aunque no pueden pasarse por alto las construcciones jurisprudenciales que en lucha contra el fraude de ley han caminado en ese sentido, ni las soluciones que los artículos 24 LPRL y 42 LISOS avanzan también en la misma línea, aún con limitaciones. Es decir, se ve claro que la respuesta ante la evasión de la responsabilidad a que pueden dar lugar las nuevas formas de cooperación empresarial es su alargamiento mediante la responsabilidad solidaria a los empresarios cooperantes, por lo que son perturbadores los obstáculos que en ese camino se puedan plantear, como el de la exigencia de “propia actividad” introducido en el art. 24.3 LPRL, según se razonará más adelante.

¹³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: Una aproximación preliminar”, cit., pp. 46-92.

¹⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: Una aproximación preliminar”, cit., pp. 66 y 65.

¹⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: Una aproximación preliminar”, cit., pp. 83 y ss.

Que el empresario sea el principal sujeto obligado no quiere decir que no resulten obligados (y por tanto responsables en los casos de incumplimiento) otros sujetos implicados en el proceso productivo. En primer lugar todos aquéllos que actúen en la cadena jerárquica de la empresa ejerciendo los poderes empresariales y, en segundo lugar aquéllos a los que se refiere el art. 14.4 LPRL que son auxiliares del empresario y complementan sus acciones. Se trata de aquellos trabajadores que realizan funciones previstas en la ley de asesoramiento e ilustración del empresario y los que pertenecen a los servicios de prevención a los que en determinados casos debe de recurrir el empresario.

En ningún caso son sujetos obligados los trabajadores miembros de los órganos de representación unitaria que desarrollan el cargo de delegados de prevención (art. 35 LPRL). Su tarea es la de defensa y vigilancia en el cumplimiento de la legislación preventiva según su propio saber y entender. No tienen potestad alguna para dirigir el proceso productivo ni adoptar medidas organizativas que redunden en un medio de trabajo seguro y saludable, excepto la de paralización de la actividad productiva en caso de apreciar riesgo grave e inminente cuando el empresario no haya adoptado medidas de protección (art. 21.3 LPRL). Pero este *ius resistentiae* no es una obligación, sino un derecho cuyo no ejercicio no genera responsabilidad. Igual puede decirse de las facultades de los delegados de prevención. No son obligaciones. La responsabilidad por el mal uso de esas facultades es la que puede ser exigida por quienes son sus electores, esto es, pueden ser objeto de revocación del cargo o, caso de presentarse a una nueva elección, no ser elegidos, pero nada más. Por otro lado, el incumplimiento de las obligaciones que pesan sobre cada uno de los trabajadores de la empresa *ex art. 29 LPRL*, es una falta laboral sancionable por el procedimiento disciplinario común que en ejercicio del poder disciplinario puede poner en marcha el empresario (art. 29. 3 LPRL).

Los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo están obligados a asegurar que éstos no constituyen fuente de peligro para el trabajador, incurriendo en responsabilidades exigibles en las normas específicas que regulan el uso de esas mercancías o en las generales (Código Civil o, en su caso, Penal) en los casos de incumplimiento.

IV. LA REACCIÓN CONTRA LA EVASIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS CASOS DE COOPERACIÓN ENTRE EMPRESARIOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL TRABAJO

Muy probablemente debido a la gran trascendencia del problema social de la siniestralidad laboral se están apuntando soluciones a la problemática del empresario complejo que tratan de reaccionar frente a las mayores facilidades que tienen de evasión de la responsabilidad. Estas soluciones, en principio limitadas a esta particular parcela del ordenamiento, pueden llegar a ser punta de lanza para todo

el Derecho del Trabajo. Sin duda tienen algo de novedosas y se encuentran art. 24 LPRL y su norma de desarrollo el RD 171/2004, de 30 de enero, así como para el sector de la construcción en el RD 1627/1997, de 25 de octubre, que imponen obligaciones propias y adicionales a las generales de los empresarios cooperantes a los que actúan en un mismo centro de trabajo, mientras que el art. 42 LISOS establece las responsabilidades administrativas en estos casos. El punto de referencia que se toma para imponer obligaciones adicionales y exigir responsabilidades es la presencia de varios empresarios, simultánea o sucesivamente en un mismo centro de trabajo, entendido como medio en el que tiene lugar la prestación de trabajo. Este es verdaderamente el centro de imputación.

IV.1. Obligaciones en los casos de cooperación de empresarios en el centro de trabajo sin vínculo jurídico determinado entre ellos

Las obligaciones que se imponen en estos casos están establecidas en los números 1 y 2 del citado art. 24 LPRL según los cuales son distinguibles dos supuestos. Por una parte el de los empresarios que coinciden en el centro de trabajo, pero ninguno de ellos es el empresario titular del mismo, a los cuales se les imponen las obligaciones que se enumeran a continuación, y por otra, aquel otro en el que un empresario es el titular del centro de trabajo (que necesariamente alguno habrá de ser). La diferente posición empresarial es tomada por la ley como criterio para la imposición de mayores obligaciones¹⁶. En el esquema del art. 24 LPRL hay una gradación en la imposición de obligaciones que actúa de un modo acumulativo, y así resulta que el nivel más alto corresponde al empresario principal titular del centro de trabajo ligado por una contrata con otros empresarios, presentes también en el centro de trabajo, que se estudia en el epígrafe siguiente. El siguiente escalón es que corresponde al empresario titular del centro de trabajo en el que desarrollan su actividad otros empresarios con los que no tiene un vínculo contractual y, por último y bajo el que corresponde a los empresarios presentes en un centro de trabajo sin que entre ellos haya una precisa relación jurídica ni alguno de ellos tenga, ni siquiera de hecho una posición de superioridad por el dominio del medio de trabajo.

En el escalón más bajo la imposición de obligaciones se desprende de una mera cuestión de hecho como es la presencia de varios empresarios en el mismo lugar en el que desarrollan sus actividades. A este dato fáctico se le atribuyen importantes consecuencias jurídicas porque a partir de él todos los empresarios adquieren la categoría de cooperantes entre sí y de ese modo, aunque cada uno de ellos esté

¹⁶ GOERLICH PESET, J.M., "Centros de trabajo compartidos. Contratas y subcontratas. Régimen de responsabilidades", en VEGA, J., (coord.), *Responsabilidades y responsables en materia de prevención de riesgos laborales*, Gobierno de Canarias, Gran Canaria, 2004, p. 143.

vinculado exclusivamente con los trabajadores con los que ha celebrado un contrato de trabajo, la coincidencia de actividades en el mismo medio de trabajo genera efectos sobre otros trabajadores que en principio le son ajenos, pero por ese dato en cierta medida dejan de serlo. Se pone de manifiesto la importancia que en prevención de riesgos tiene el medio de trabajo, nominado por la ley como centro de trabajo, lo que puede inducir a error si por tal se entiende *“la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”* (art. 1.5 ET). El centro de trabajo al que se refiere el art. 24 LPRL no es tan estricto, es meramente el lugar de la prestación, pues de otro modo los objetivos preventivos de la norma se verían seriamente comprometidos.

En este supuesto se impone, por una parte, un deber de cooperación que se concreta en el establecimiento de *“los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales”* entre los empresarios coincidentes en el centro de trabajo. Es una obligación que recurre al concepto jurídico indeterminado “necesarios”, que es determinable en cada caso, pero exige siempre a los empresarios obligados a analizar las circunstancias propias de ese centro de trabajo y el modo en que el trabajo se presta, así como las características de la actividad que cada uno de ellos desarrolla para que las medidas preventivas que cada uno de ellos debe de poner en práctica en relación a sus propios trabajadores estén imbricadas con las de los demás, tanto al inicio como a lo largo de la actividad, como se desprende del art. 5 del RD 171/2004.

La cooperación exige, además, que se cumpla con obligaciones específicas de información en dos sentidos, una se refiere a los empresarios coincidentes y otra de estos hacia sus trabajadores respectivos. Los empresarios, aún sin vínculo jurídico alguno entre ellos hay que insistir, deben de informarse recíprocamente de los riesgos propios que generen sus actividades en el centro de trabajo, sobretodo de aquellos que puedan agravarse por el hecho de la coincidencia de varios empresarios en el mismo, al inicio de las actividades y siempre que haya un cambio en ella. Esa información ha de darse por escrito cuando el riesgo sea grave o muy grave y ha de informarse a los demás empresarios de las situaciones de emergencia *“de inmediato”* (art. 4 RD 171/2004). En otra dirección, toda esa información, que debe de ser utilizada por cada uno de los empresarios para proceder a la evaluación de riesgos a que está obligado, se debe de suministrar a los trabajadores, pero el obligado es cada empresario en relación a sus propios trabajadores de acuerdo con lo establecido en el art. 18.1 LPRL.

Sobre el empresario titular del centro de trabajo pesan esas mismas obligaciones más otras adicionales como se ha dicho anteriormente. Por titularidad ha de entenderse tener por cualquier título el control del medio en el que coinciden los distintos empresarios y, de acuerdo con lo previsto en los artículos 7 y 8 RD 171/2004, el titular del centro debe de dar a los demás empresarios presentes en dicho medio información sobre los riesgos propios del centro y las medidas de emergencia a adoptar anticipadamente al inicio de las actividades. Por otro lado

debe de recibir la información de cada uno de los empresarios sobre sus riesgos respectivos hacerla circular a los demás, dándoles instrucciones sobre las medidas a adoptar para la prevención de riesgos en ese específico centro de trabajo. Al mismo tiempo el titular del centro de trabajo tiene la obligación de llevar la iniciativa para establecer los medios de coordinación de la actividad preventiva, siendo un medio preferente la designación de una o más personas encargadas de esa tarea en supuestos de peligrosidad o de especial dificultad para llevar eficazmente a cabo la coordinación.

Sobre el titular del centro de trabajo recae, además, la obligación de consultar con los delegados de prevención o representantes de los trabajadores acerca de *“la organización del trabajo en el centro de trabajo derivada de la concurrencia de otras empresas en aquél”* (art. 15 RD 171/2004).

Estas obligaciones permanecen durante todo el tiempo en el que dura la actividad coincidente en el centro de trabajo, pero hay que hacer la aclaración de que no es preciso que estén presentes contemporáneamente los trabajadores de cada uno de los empresarios. Pueden estar sucesivamente presentes en el centro pero las obligaciones de coordinación e información surgen desde el inicio de la presencia de la empresa como tal, aunque no tenga trabajadores allí presentes, como es claro en el caso de la construcción en donde hay obligaciones que pesan sobre el promotor aunque no tenga trabajadores propios desplazados al lugar de trabajo, según se desprende del art. 3 RD 1627/1997. Pero a esta misma conclusión se llega cuando se analiza, como se acaba de hacer las obligaciones del empresario titular del centro de trabajo a la luz del art. 24.2 LPRL en donde las obligaciones se desencadenan desde el momento mismo en que tiene lugar *“la cesión de un espacio de trabajo”*¹⁷ independientemente de que en él estén presentes trabajadores propios o no.

Las obligaciones que aquí se establecen *“serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo”* (art.24.5 LPRL), lo que va en dirección contraria a la expulsión de la laborabilidad con la consecuencia de la reducción de garantías, pues ha de tenerse en cuenta que lo aquí previsto son obligaciones que se imponen a los empresarios, no ya respecto de sus trabajadores o en relación a otros empresarios, sino en relación a trabajadores autónomos con los que alguno o algunos de los empresarios cooperantes puede haber concertado algún contrato civil o mercantil, pues sino no se entiende porqué están allí. Es decir, la naturaleza civil o mercantil del vínculo del trabajador autónomo con su empresario contratista no excluye la aplicación de normas de naturaleza preventiva de origen laboral. Es un avance en el principio de realidad pues aunque no estemos ante subordinación jurídica, estamos ante subordinación económica.

¹⁷ GOERLICH PESET, J.M., “Centros de trabajo compartidos. Contratas y subcontratas. Régimen de responsabilidades”, cit., p. 135

IV.2. Obligaciones en los casos de cooperación de empresarios en un mismo centro de trabajo ligados por contratatas o subcontratatas

En este tercer supuesto, además de las obligaciones anteriores, al empresario titular del centro de trabajo se le impone la obligación de vigilancia de que los contratistas o subcontratistas con los que contrata cumplen la normativa de prevención de riesgos. Pero para que esta obligación se le imponga, el art. 24.3 LPRL introduce dos criterios que los exige como acumulativos, aunque generan cierta contradicción entre sí. Se trata de la exigencia de que la contrata se concierne para la realización de obras o servicios “*de la propia actividad y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo*”. La exigencia de la propia actividad en este supuesto es perturbadora porque, aunque se interprete de modo amplio¹⁸, no deja de ser un criterio restrictivo en cierta contradicción con la línea mantenida en los números 1 y 2 del propio art. 24 LPRL en los que el criterio dominante es el del centro de trabajo para establecer cierta estructura del empresario complejo, que sin duda existe en estos casos. Y ese criterio es correcto¹⁹ por cuanto del medio de trabajo dependen de modo determinante las condiciones de seguridad y salubridad para los trabajadores y, sin embargo, el concepto de propia actividad puede dejar fuera de vigilancia actividades que se lleven a cabo en el mismo medio de trabajo, que como se acaba de decir es determinante para la existencia o no riesgos a los que estarán expuestos todos los trabajadores, aunque presten servicios para un empresario ligado por un contrato con el titular del centro de trabajo para el desarrollo de una actividad que no este relacionada con el fin específico de la empresa²⁰, que es lo que para cierta doctrina es el concepto de propia actividad. La jurisprudencia, sin llegar tan lejos, a partir de la STS (4^a) de 18 de enero de 1995 “*ha desechado la tesis de configurarla [a la propia actividad] como la actividad “indispensable” para el desarrollo de su función específica, poniéndose el acento en el dato de la actividad “inherente” al ciclo productivo de la empresa principal*”²¹. Así las cosas no parece muy correcto trasladar al ámbito de la prevención de riesgos laborales el concepto de propia actividad que confusamente se puso en circulación con el art. 42 ET, porque sin duda debilita no tanto la posición individual del trabajador perteneciente a la contrata, sino los efectos preventivos de la norma al impedir la solidaridad de la responsabilidad administrativa. La experiencia acumulada en estos años hace pensar que se ha abierto un portillo por el cual se limita

¹⁸ MONEREO, J.L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: Puntos críticos*, Madrid, 1994, pp. 79-80.

¹⁹ OLMO GASCÓN, A.M., *Los derechos laborales del trabajo en contratatas*, cit., p. 439.

²⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, “Propia Actividad y contrata”, *Relaciones Laborales*, I/1996, p. 41.

²¹ SALINAS MOLINA, F., “Contratatas y subcontratatas: jurisprudencia unificadora”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 38, p. 209.

la extensión de la responsabilidad empresarial, como luego se verá. Las consecuencias que tiene en materia de prevención de riesgos, sin embargo, harían pensar que en el art. 24 LPRL estamos ante un concepto de propia actividad más amplio que el del art. 42 ET, aunque cierto sector de la doctrina mantiene²², no sin cierto fundamento, que no hay conceptos diversos entre lo establecido en el art. 42 ET y 24.3 LPRL, entre otras razones porque en los casos en los que el titular ha contratado la prestación de una obra o servicio con otra empresa a desarrollar en el centro de trabajo, que no sean de la propia actividad, se está ante el supuesto previsto en el art. 24.2 LPRL. Pero no deja de ser chocante que esos trabajadores se encuentren igual que aquellos otros de empresas no vinculadas contractualmente con el empresario principal que desempeñen sus actividades en el centro de trabajo, aunque el empresario principal participe más intensamente de la *utilitas* que generan aquéllos, por mucho que la actividad de su empresa caiga fuera del concepto de propia actividad.

El deber de vigilancia del empresario principal viene condicionado por la referencia al centro de trabajo, se limita a los trabajadores de la contrata o subcontrata que prestan servicios en el centro de trabajo y sólo sobre los riesgos que la actividad allí desempeñada generan. Dentro de esa limitación la obligación de vigilancia se extiende a lo largo de toda posible concatenación de contratas y subcontratas existentes en el centro de trabajo, lo que incluye a los contratistas intermedios.

V. RESPONSABILIDADES DISTINTAS DE LA PENAL. LA “PROPIA ACTIVIDAD” COMO EXIGENCIA LIMITATIVA

La infracción de las obligaciones impuestas en los supuestos de los números 1 y 2 del art. 24 LPRL genera responsabilidad administrativa según lo dispuesto en el art. 2.8 LISOS, tipificándose como infracciones graves o muy graves, dependiendo de si la actividad ha sido reglamentariamente calificada como peligrosa, el incumplimiento de las obligaciones de información y de coordinación (artículos 12, 13 y 14 LISOS y art. 13.7 y 8 LISOS). Hay que tener en cuenta que la infracción administrativa se produce cuando se incumple la obligación y ese incumplimiento está tipificado, lo que ocurre en este caso, pero no es necesario que llegue a producirse daño alguno a la integridad de los trabajadores. Lo que se sanciona es el incumplimiento de la norma. En principio cada empresario responde de la infracción que haya cometido.

Pero en los supuestos del art. 24. 1 y 2 LPRL es necesario distinguir entre la infracción que se produce por el empresario principal cuando incumple las obliga-

²² GOERLICH PESET, J.M., “Centros de trabajo compartidos. Contratas y subcontratas. Régimen de responsabilidades”, cit., p. 173; MONTROYA MEDINA, D., *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Tiran lo blanch, Valencia, 2004, p. 372.

ciones que le son propias, de las que solo él responde, y las obligaciones establecidas para los supuestos de cooperación entre empresarios concurrentes a los que se refieren los artículos 12.13 y 13.7 LISOS. En estos casos la norma utiliza el plural “*los empresarios y los trabajadores por cuanta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo*”, por lo que cabe pensar que estamos ante una responsabilidad administrativa solidaria prevista en el art. 130.3.I LRJPAC, siempre y cuando se haya producido una falta de coordinación total, falta de planificación de la actividad preventiva que dé lugar a una total inexistencia de las mismas. Pero si los incumplimientos son sólo de algunos de los empresarios que no han impedido que en el centro de trabajo haya habido planificación de la actividad preventiva, se estará ante infracciones de esos concretos empresarios, lo que dará lugar a la exigencia de responsabilidad a ellos por la vía de los arts. 12.13 y 13.7 LISOS²³.

De acuerdo con una larga tradición el art. 42.1 LPRL declara que las responsabilidades administrativas serán compatibles con las civiles de indemnización de daños y con las penales en su caso. Las responsabilidades civiles precisan que el daño se haya producido, no basta la infracción de la norma. Si puede establecerse una conexión entre el daño y el incumplimiento de la obligación de alguno de los partícipes, aunque no sea el empresario del trabajador accidentado, debe repararse el daño en su integridad. Si se ha ampliado “*la posición jurídica del deudor de seguridad [...] debe necesariamente traducirse en la fórmula definitoria de la responsabilidad de todos los empresarios formales concurrentes a través del vínculo de la solidaridad, en aplicación de la doctrina general sobre la responsabilidad por daños de causación subjetiva múltiple*”²⁴. Teniendo en cuenta, además, la tendencia a la objetivación de las normas sobre indemnización que tienden a reducir la relevancia de la conducta del sujeto infractor para centrarse en la reparación de un daño injusto como el sufrido por el trabajador en estos casos, muy en coherencia con la esencia de la responsabilidad indemnizatoria que no es otra que la determinación de un patrimonio al que hacer cargo de la reparación de unos daños, por lo tanto la idea de culpa pasa a ser secundaria.

Los mismos argumentos pueden aplicarse para declarar la compatibilidad con el recargo de prestaciones y la responsabilidad solidaria entre los empresarios implicados.

La responsabilidad en los casos de contratistas y subcontratistas en los que los contratistas comparten centro de trabajo con el principal nos lleva a soluciones parecidas. El incumplimiento que da lugar a la infracción administrativa específica

²³ GOERLICH PESET, J.M., “Centros de trabajo compartidos. Contratistas y subcontratistas. Régimen de responsabilidades”, cit., p. 160.

²⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El empresario como parte del contrato de trabajo: Una aproximación preliminar”, cit., p. 92.

es el de vigilancia de las condiciones de seguridad dentro de la cadena de contrataciones y subcontrataciones, pero también lo es el incumplimiento de los deberes de coordinación en los términos ya vistos anteriormente. En estos casos el art. 42.3 LISOS tiene una formulación que resulta contradictoria con lo dicho anteriormente sobre ampliación en base a situaciones de hecho del deudor de seguridad. Esa contradicción viene por la fórmula restrictiva con que impone la responsabilidad solidaria en caso de responsabilidad administrativa pues exige que: a) la contrata o subcontrata sea de la propia actividad, con los problemas que ya hemos visto anteriormente; b) que los trabajadores ocupados lo sean en los centros de trabajo de la principal; c) que la infracción se haya producido en el centro de trabajo; d) esa responsabilidad sólo se extiende al período de la contrata. Como se ve, el punto central está en la contradicción entre centro de trabajo y propia actividad. Sería más útil que desapareciera esta referencia porque no favorece el objetivo preventivo. Téngase en cuenta que establecer responsabilidad solidaria administrativa debe de hacerse respetando las exigencias de culpabilidad propias del derecho administrativo sancionador, pero no tiene nada que ver con la exigencia de la propia actividad que lo único que hace es limitar el campo de acción de la solidaridad y con ello el efecto disuasorio de este tipo de responsabilidad en las relaciones con empresarios complejos. En un tiempo en que la contrata y subcontrata ha dejado de ser excepcional para llegar a ser la forma habitual de la organización de muchas empresas, que adoptan la forma de una red de contratas²⁵, las reglas del art. 42 ET son claramente insuficientes, especialmente en lo que a prevención de riesgos se refiere.

En cuanto a las responsabilidades resarcitorias son de aplicación las mismas reglas que en los casos anteriores, si cabe con más claridad ha de declararse la responsabilidad solidaria.

²⁵ GARCÍA MURCIA, J., "Contratas y subcontratas", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 48/2004, P. 27.

CAPÍTULO II. LA VIOLENCIA EN EL TRABAJO: ÓPTICA SOCIAL.

DRA. TERESA PÉREZ DEL RÍO.
PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

La violencia en el trabajo constituye un problema social al que en los últimos años tanto las organizaciones internacionales como los poderes públicos y los actores sociales han reconocido importancia esencial desde la óptica de la salud laboral. Precisamente por su novedad se han producido confusiones terminológicas que es necesario comenzar aclarando ya que resulta obvio que la adopción de una política preventiva y sancionadora adecuada exige la previa diferenciación entre figuras que pueden ser similares pero en absoluto iguales y para las cuales la política preventiva y la sanción han de ser diferentes.

En primer lugar es necesario diferenciar el acoso moral del *bullying* que constituye una manifestación violenta con un significado más amplio que el acoso moral. Consiste en la realización de malos tratos, ofensas brutales, que pueden aparecer también en el ámbito profesional pero que provienen de otros ámbitos como el ejército y en el ámbito educativo (novatadas brutales). Se trata de vejaciones claramente apreciables y básicamente de tipo físico.

Asimismo es necesario diferenciarlo del *mobbing*. Aunque ambos conceptos, el de *mobbing* y el de acoso moral, han venido siendo utilizados para definir la misma realidad, sin embargo entre ambos existen diferencias de óptica. Cuando los analistas de la violencia en el trabajo se refieren al *mobbing*, generalmente vienen adoptando una óptica de análisis referida a los riesgos para la salud de carácter psicosocial y el concepto en este contexto hace más bien referencia a formas erróneas de organización del trabajo, basadas en la violencia y en el terror, con efectos nocivos para la salud de los trabajadores y que acarrean grandes costes incluso económicos para las empresas; se trata pues básicamente de una manifestación de la violencia organizacional. Sin duda, los ambientes laborales en los que existe *mobbing* resultan altamente propicios para la aparición de fenómenos individualizados de acoso moral pero las medidas tanto preventivas como sancionatorias adecuadas y necesarias en el caso del *mobbing* organizacional no serían suficientes para la tutela de los fenómenos de acoso moral, persecuciones individualizadas que toman como víctima a un trabajador/a en concreto y por razones diversas en cada caso.

Aun reconociendo que ninguna norma es suficiente para cambiar situaciones arraigadas durante siglos, para conseguir la erradicación de la violencia en el trabajo resulta indudable la utilidad de una adecuada construcción conceptual de las

conductas prohibidas, la adopción de un sistema sancionatorio suficientemente efectivo, proporcional y disuasorio, la previsión de procedimientos adecuados y eficaces de tutela, teniendo además en cuenta que sin la sensibilización y colaboración de todos los operadores jurídicos encargados de controlar la aplicación de las normas, y la implicación de los interlocutores sociales, la erradicación de la violencia en el trabajo será imposible.

Por lo que se refiere al concepto y elementos definitorios de la violencia en el trabajo, es necesario comenzar señalando que el acoso moral constituye un fenómeno complejo cuya aprehensión completa en términos jurídicos presenta una grave dificultad.

Como premisa previa, ha de tenerse en consideración que constituye una conducta pluriofensiva, ya que viola al tiempo varios derechos fundamentales (intimidación, dignidad, salud, trabajo), puede tener diversos sujetos tanto activos como pasivos (empresario, superiores jerárquicos, compañeros), siendo susceptible de varios tipos de sanciones (social, civil, administrativa, penal).

Precisamente en base a esta complejidad se ha manifestado de forma reiterada la necesidad de que se haga el esfuerzo de crear normas suficientemente adecuadas para su tipificación, prevención y sanción, ya que de una adecuada plasmación jurídica dependerá, la comprensión y conocimiento de estos fenómenos, sus caracteres y efectos, el reconocimiento por parte de sus víctimas de la ilegalidad de su situación, las posibilidades de tutela de las mismas y la sanción adecuada de sus autores.

En el ámbito comunitario, por el que entiendo que en el ámbito del Derecho social siempre es necesario comenzar ya que nuestro derecho interno ha avanzado a empujones del comunitario en diversas materias, la primera norma adoptada forma parte de la D/2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación que señala en su art. 2.3 que *"el acoso constituirá discriminación...cuando se produzca un comportamiento no deseado y relacionado con los motivos indicados en el art. 1 (la religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio hostil humillante u ofensivo"*.

En otros términos, el tratamiento comunitario se realiza más en la óptica de la tutela antidiscriminatoria que en el de la protección de la salud laboral y es necesario tener esto en cuenta cuando analicemos la situación en nuestro ordenamiento interno.

En óptica de salud laboral, la norma más importante es la Resolución del Parlamento Europeo 2001 de 20/09 sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, en que se reconoce expresamente el acoso moral como uno de los problemas de mayor magnitud e incidencia en el derecho a la seguridad y salud en los lugares de trabajo, como se demuestra mediante el Informe de la Fundación Europea para la Mejora de Condiciones de Vida y Trabajo realizado y publicado ese mismo año.

Del citado informe se desprende que esta realidad afecta al 8% de los empleados de la UE, es decir, 12.000.000 de personas, presentando grandes diferencias entre los Estados miembros, lo que se explica en parte por el hecho de que el reconocimiento de la existencia de este fenómeno es reciente, en algunos países casi desconocido y por tanto no se informa de su incidencia, mientras que en otros, el grado de concienciación es mayor. También influyen, en opinión del Parlamento, la disparidad de los sistemas jurídicos y las diferencias culturales.

En los *Considerandos D)* y *E)* de la EM y fundamentos de su Resolución el Parlamento señala que donde más casos de acoso se producen es, con diferencia, en los trabajos con mucha tensión, *“un tipo de trabajo que realizan más frecuentemente las mujeres que los hombres”*. Añade que *“...existe un vínculo claro entre el acoso moral y... la menor estabilidad en el empleo y una situación laboral precaria”*. En el número 2 del texto de la Resolución, el Parlamento señala que *“...el aumento creciente de los contratos temporales y la precariedad en el empleo sobre todo entre las mujeres, crea condiciones propicias para la práctica de diferentes formas de acoso”*. Finalmente y ya de forma directa señala que *“según diversas investigaciones, las mujeres son víctimas de fenómenos de acoso moral con mayor frecuencia que los hombres...”* en cualquiera de sus tipos.

Entre otras medidas, el Parlamento solicita de los Estados miembros que *“con el objetivo de luchar contra el acoso moral y el acoso sexual en el trabajo, revisen su legislación vigente y, en su caso la complementen, así como que examinen la definición de acoso moral y elaboren una definición uniforme”*. Con la finalidad de incentivar a los Estados miembros en la puesta en práctica de esta sugerencia, se solicita de la Comisión de la Unión Europea que estudie la posibilidad de clarificar o ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva Marco sobre salud y seguridad en el trabajo (D/89/391/CE) o incluso que proponga una nueva directiva como instrumento jurídico para combatir el acoso moral y como mecanismo para asegurar el respeto de la dignidad de la persona del trabajador, de su intimidad y de su honor.

Por lo que se refiere al derecho comparado, son varios los países europeos que cuentan con una regulación específica, por ejemplo Suecia, lugar donde comenzó a estudiarse este fenómeno, cuya normativa se enfoca básicamente desde la protección de la salud laboral, recoge su regulación en la Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral 21-9-1993, mientras que la opción francesa es la inclusión del concepto en el Código de Trabajo, cuyo art. 122.49 califica de acoso moral *“los actos repetidos... que tienen por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de atentar a sus derechos y dignidad –de los trabajadores– de alterar su salud física y mental o de comprometer su futuro profesional”*. De su parte en Italia existen diversas leyes regionales que contienen una definición similar por ejemplo la Ley Regional del Lazio 14-3-2001 y también varias propuestas de ley, entre ellas de la Región del Piamonte nº 6603.

En cuanto a nuestra normativa interna, en primer lugar es de señalar que el Senado aprobó por unanimidad, el 19 de junio de 2001 la Moción presentada por el Grupo Parlamentario *Entesa dels catalans* por la que se instaba al Gobierno a promover las actuaciones y modificaciones normativas necesarias para evitar el *acoso moral u hostigamiento psicológico* en el trabajo a partir del modelo que presentaban países como Suecia, Italia o Francia, lo que hace aún más criticable que desde ese momento hasta la actualidad hayan sido rechazadas algunas propuestas de intervención normativa en este ámbito, presentadas por los Grupos Parlamentarios de la oposición, por ejemplo la que presentó el PSOE sobre el derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo, en la que se proponía la modificación del art.54.2.c) ET, mediante la inclusión, entre el listado de incumplimientos contractuales del trabajador disciplinariamente sancionables, de “*las conductas constitutivas de acoso moral*” entendiéndose por tal “*toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo*”. La propuesta fue rechazada.

Posteriormente, la Ley 62/2003 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social de 30 de diciembre de 2003, norma de acompañamiento de la de Presupuestos Generales del Estado, introduce en nuestro ordenamiento el concepto de *acoso moral discriminatorio*, dado su objetivo de convertirse en la norma de trasposición de las D/2000/43 y 2000/78/CEE.

El art.28 de esta ley califica como acoso moral “*toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*”.

En definitiva, la norma, no hace referencia alguna al acoso moral, más que cuando éste sea discriminatorio por las causas listadas. Esta situación de parcial anomía no significa que no se puedan encontrar recursos jurídicos que permitan declarar el acoso moral no discriminatorio como actuación prohibida y sancionable.

Toda la doctrina que se ha ocupado del análisis del acoso moral en nuestro ordenamiento jurídico, y es relativamente numerosa, señala que el punto de partida para la cobertura de esta laguna normativa deriva del reconocimiento del acoso moral como violación del derecho al respeto de la dignidad, centro neurálgico de nuestro sistema constitucional (art. 10). Esta perspectiva que concibe la dignidad humana como fundamento de todos los restantes derechos fundamentales, se comparte por otros textos internacionales y comunitarios de derechos humanos. También es necesario tener en cuenta que con la misma base en el derecho a la dignidad, el art. 15 CE reconoce el derecho a la integridad física y moral y prohíbe los tratos degradantes, precepto que ha servido de base a alguno de nuestros tribunales para operar la tutela de personas sometidas a acoso.

El hecho de que se considere eminentemente como violación del derecho a la dignidad, no excluye la consideración del acoso como actuación violadora de otros derechos. Además y de forma simultánea, en algunos casos el acoso moral también puede constituir una violación del derecho a la *intimidación*, ya que algunas de las actuaciones susceptibles de constituir acoso moral afectan directamente a la esfera privada de la víctima, por ejemplo, la realización de críticas sobre su vida privada, la puesta en circulación de rumores sobre esta, la fabulación o invención de supuestas enfermedades de la víctima, un excesivo e inequitativo control de su trabajo o incluso intromisiones ilegales en su correo escrito o electrónico.

Así pues, el acoso moral constituye una violación de derechos fundamentales de esencial importancia, consustanciales al ser humano y al ciudadano por ello debe ser sancionado. Sin embargo su tratamiento en óptica preventiva, es decir como riesgo para la salud en el trabajo, es esencial y de hecho, como ya se ha señalado, muchos de los países que han tratado el tema del acoso moral en sus ordenamientos jurídicos lo han hecho precisamente en esta óptica.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento la doctrina ha puesto de manifiesto reiteradamente que los artículos 14 y 15 LPRL y el art. 7.c) RSP pueden considerarse cobertura suficiente desde la perspectiva legal para entender existente la obligación empresarial de adoptar medidas organizativas suficientes y eficaces para prevenir el acoso moral en los lugares de trabajo enmarcados en su ámbito de organización y dirección.

En ese sentido además inciden las reflexiones efectuadas por la doctrina y la jurisprudencia sobre la LGSS: los efectos del acoso son calificables de accidente de trabajo así lo han calificado los tribunales españoles (STSJ Navarra 15-junio-2001 que cita otras de 30-abril-2001 y 18-mayo-2001).

Es obvio que planificar la prevención del acoso moral no es una cuestión fácil ya que se deben tener en cuenta los sistemas de organización ya que, como se ha señalado mas arriba, el mobbing organizacional es determinante para la posibilidad de existencia de acoso moral en la empresa. También es necesario tener en consideración las relaciones sociales y la influencia de factores ambientales en el trabajo. En esta óptica cabría tener en cuenta el Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1992 muchas de cuyas propuestas, aunque pensadas para la prevención del acoso sexual, podrían resultar útiles para la prevención del acoso moral.

Por lo que respecta a los procedimientos de tutela y las sanciones la normativa comunitaria exige que los procedimientos sean adecuados y eficaces y que las sanciones sean efectivas, proporcionales y suficientemente disuasorias.

Las posibilidades de actuación del trabajador en defensa de los derechos reconocidos por el ET y conculcados por el acoso moral son dos.

En primer lugar y mediante la utilización del procedimiento de tutela de derechos fundamentales del art. 175 y siguientes LPL, la víctima del acoso puede solicitar que se dicte sentencia en la que se declare que sus derechos fundamentales a la

dignidad, a la integridad física o moral, o, en su caso, a la igualdad, han sido violados y que se condene al cese de la actividad y a la reparación de los daños y perjuicios causados.

En segundo lugar la víctima puede optar por la resolución indemnizada del contrato por la vía el art. 50.1.c ET que prevé la posibilidad de extinción del contrato a solicitud del trabajador basada en un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones por parte del empleador. La jurisprudencia reconoce que cabe la utilización de este procedimiento tanto si el agresor es el empleador como si es otro trabajador sometido a su poder de dirección. La indemnización correspondiente es la del despido improcedente de 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades por la pérdida involuntaria del trabajo.

Por lo que se refiere al procedimiento de tutela de Derechos fundamentales, está especialmente cualificado por su preferencia y sumariedad, presenta una especial regulación respecto de la carga de la prueba que facilita la demostración de la existencia del acoso moral y la petición del cese de la actuación acosadora resulta perfectamente acumulable con la demanda simultánea de indemnización reparadora de los daños y perjuicios sufridos, sin embargo, su adecuación procedimental cara a la tutela frente a la violencia en el trabajo resulta al menos dudosa.

Las dificultades que plantea su utilización y la escasa eficacia que ofrece este procedimiento en este ámbito –la protección frente al acoso– viene demostrada por los datos estadísticos reflejados en el *Informe RANDSTAD, sobre acoso en el trabajo* publicado en el año 2004, donde se pone de manifiesto que solo el 10% de las reclamaciones de tutela se plantean mediante este procedimiento y que, de hacerlo, en el 80% de los casos la demanda es desestimada. Se añade que “...hasta la fecha buena parte de los trabajadores pretendidamente afectados por conductas de acoso moral, en lugar de permanecer en la empresa y plantear una demanda de tutela de sus derechos fundamentales a fin de conseguir el cese inmediato de la conducta abusiva... están optando por solicitar al juez de lo social la extinción de su contrato de trabajo por incumplimiento grave por el empresario de las obligaciones contractuales...” dado que en esta vía, según muestran las estadísticas, las posibilidades de conseguir una sentencia estimatoria alcanzan el 64%.

Sin embargo, la utilización de este segundo procedimiento es poco aconsejable ya que significa la pérdida del empleo lo que en una situación de desempleo implica serias dificultades de encontrar otro. Además, la sanción establecida, una indemnización tasada basada exclusivamente en la antigüedad de la víctima, no resultaría ni proporcional ni suficientemente disuasoria y dejaría sin protección apenas precisamente a los trabajadores en mayor riesgo de ser víctimas de acoso moral, los trabajadores temporales y atípicos en general, si no se considera acumulable con la indemnización por daños y perjuicios de carácter resarcitorio o reparador, cuya previsión está establecida en el art. 180 LPL. Sin embargo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no acepta esta posibilidad de acumulación, con lo cual la

sanción establecida en el art. 50 incumple las obligaciones comunitarias en la materia, que como vimos, en este ámbito exigen que la sanción sea *suficientemente adecuada, proporcional y disuasoria, y que no esté tasada a priori*.

La sanción prevista estatutariamente para los casos en que el sujeto activo del acoso sea un compañero o un directivo sometido a los poderes empresariales, es la disciplinaria. El empleador está obligado a la adopción de las medidas necesarias y adecuadas para evitar que continúe la situación de acoso constatada; con ese objetivo se plantea como necesaria la adopción de medidas como la movilización funcional o geográfica del acosador con la intención de apartarlo de la víctima a modo de medida cautelar previa a la adopción de medidas propiamente sancionadoras que podrían, en su caso, llegar hasta el despido. La inhibición del empleador en este caso significaría además de complicidad con el acosador, la violación de la obligación empresarial de garantizar la salud de sus trabajadores. A sancionar al agresor le obliga además el art. 54.2.c ET que califica de incumplimiento contractual *“las ofensas verbales o físicas a las personas que trabajen en la empresa”* y, de manera más específica, en el mismo artículo letra g) califica de incumplimiento contractual *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajen en la empresa”*. Puesto que el titular del poder disciplinario es únicamente el empleador, éste está obligado a utilizarlo cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras en su empresa, así como de garantizar el derecho a la salud y la integridad física y síquica de los mismos frente a todo tipo de actuaciones que supongan un riesgo para la misma. Ciertamente esto pone de relieve la importante función de la negociación colectiva en la tutela frente al acoso moral pues constituye la norma encargada de diseñar y regular el régimen disciplinario en la empresa.

Por lo que se refiere a la sanción administrativa, el art. 8.13.bis LISOS califica como infracción muy grave del ordenamiento jurídico *“el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”*.

En otros términos, cuando el empleador no haya conocido la agresión o haya adoptado las medidas adecuadas para prevenirla y en su caso sancionarla, parece coherente con la concepción de la norma, que contempla el acoso no como riesgo para la salud sino como violación del derecho fundamental a la igualdad, es decir, como actuación discriminatoria, que tal responsabilidad o no exista o disminuya ya que en este caso la responsabilidad del empleador no es automática ni objetiva. Sin embargo, si como proponemos se contemplase como violación del derecho a la integridad físico-psíquica y como riesgo laboral, la responsabilidad sería de tipo objetivo y automático.

La sanción de nulidad prevista en el art. 17 ET para todo tipo de actuación considerada discriminatoria, también resultaría aplicable en supuestos de acoso discriminatorio pero es de reconocer que en muchas ocasiones este tipo de sanción no resultaría efectiva por ejemplo en aquellos supuestos en los que el acoso consista en insultos, críticas personales o profesionales, intromisiones en la intimidad etc. Que suele ser lo más frecuente.

Finalmente, la sanción indemnizatoria, resarcitoria o reparadora, como se ha señalado, presenta, en primer lugar, el problema de su compatibilidad con la indemnización tasada del art. 50 ET que ya ha sido analizado.

En segundo lugar se plantea la identificación del ámbito material de protección, es decir, la naturaleza de los daños susceptibles de reparación por esta vía, así como la determinación de los criterios para su valoración. Desde una perspectiva amplia y acorde con el carácter pluriofensivo del acoso y la diversidad de actuaciones en que se puede concretar, es posible identificar dos tipos de daños, todos ellos susceptibles de valoración económica: de un lado, los *daños materiales o patrimoniales*, de otro los denominados *daños personales*, este segundo grupo divisible en otros dos subgrupos, daños *biológicos* o a la salud psicofísica del trabajador y daños *morales*, referidos a la personalidad moral y a la dignidad. La jurisprudencia italiana se refiere también al denominado *daño existencial*.

Es necesario tener en consideración que nos encontramos ante una violación de derechos de la personalidad ya que el daño a la salud puede o no producirse y de hacerlo, puede ser más o menos grave (recordemos que los efectos respecto de la salud, no constituyen elemento definidor del acoso) pero siempre estará presente una lesión de la esfera moral, de la personalidad, de la dignidad de la víctima y en el supuesto del acoso discriminatorio, de su derecho a la igualdad.

La diferencia entre daños patrimoniales y no patrimoniales y entre daño biológico y moral ha sido aceptada al menos parcialmente por nuestra jurisprudencia según la cual, a diferencia del daño biológico directamente relacionado con la salud, el daño moral se identificaría con el sufrimiento espiritual, intelectual o emocional, producido ya por una agresión a bienes materiales o patrimonializables, ya por una agresión a los bienes de la personalidad (fama, honor, dignidad) cuyo resultado es *la generación de un desequilibrio espiritual y desarmonía humana intensos* (STS 3-11-1995, 19-10-2000, 31-1-2001).

Es perfectamente posible (aunque en absoluto frecuente) que una determinada actuación acosadora no produzca daños biológicos relevantes a un sujeto concreto, pero sí comporte, puesto que constituye elemento consustancial al acoso, una lesión significativa de otros valores inherentes a la personalidad de ese mismo sujeto (su dignidad, su intimidad y desde luego su derecho a la igualdad); en estos casos es indudable que también existe un derecho al resarcimiento.

Finalmente a fijación de cuantías indemnizatorias, debe ser realizada desde la óptica del principio de *proporcionalidad* entre la indemnización y la entidad de la lesión, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes (relación jerárquica

entre los sujetos, duración de la conducta, intensidad o gravedad de la misma, ámbitos relacionales afectados, edad, situación física de la víctima], es decir debería tenerse en cuenta el principio de *personalización* que rige esta materia en el ordenamiento italiano. Lo contrario significaría una grave desconsideración del valor de los derechos fundamentales vulnerados, además de incidir negativamente en la estigmatización y pérdida de autoestima por parte de la víctima y de su confianza en la función de las instituciones de garantizar sus derechos fundamentales.

Es de señalar que, lamentablemente, ha existido hasta hace bien poco tiempo una tendencia generalizada en nuestra jurisprudencia a infravalorar los daños producidos por la violencia en el trabajo y a establecer cuantías indemnizatorias dudosamente compatibles con el principio de proporcionalidad entre el daño y la sanción incluso algunas veces del carácter meramente simbólico prohibido por la normativa y la jurisprudencia comunitarias. Esta tendencia parece cambiar en los últimos años, sin embargo, resultan muy negativas las diferencias, a veces enormes, que aparecen entre las cantidades indemnizatorias fijadas en unos tribunales y en otros.

Por lo que se refiere al control de las situaciones de violencia en el trabajo, es de señalar que los artículos 1 y 3 de la Ley 42/1997 de 1 de noviembre de ordenación de la Inspección de Trabajo encomiendan a este servicio público la función de vigilancia y control del cumplimiento de las normas del orden social y la exigencia de las responsabilidades pertinentes por su incumplimiento. La actuación de la Inspección de Trabajo en materia de violencia en el trabajo deviene de vital importancia. Las situaciones de acoso pueden activar todos los mecanismos de actuación típicos de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social previstos en su Ley ordenadora. Por un lado, la función de control de cumplimiento de la legislación social cuyo resultado último puede ser el requerimiento, la advertencia o el inicio de un procedimiento sancionador frente al empresario. Por otro, la función de mediación, conciliación y arbitraje en los conflictos laborales. Y por último, el papel informador a las administraciones públicas competentes sobre las materias relativas a la ejecución de la legislación laboral.

El carácter generalista de nuestro modelo de Inspección, posibilita su actuación en diferentes terrenos, complementarios entre si, por un lado, en el ámbito del control de la legislación sobre relaciones laborales y de otro, en el campo de la prevención de riesgos laborales. La Inspección puede también abordar la violencia en el trabajo desde el marco de la Seguridad Social puesto que las lesiones psíquicas y/o físicas que es susceptible de producir son calificables como accidente de trabajo.

Finalmente resulta importante reseñar que la negociación colectiva constituye el instrumento por excelencia de regulación de las condiciones de trabajo y se afirma cada vez más intensamente como instrumento de garantía de los Derechos Fundamentales en el seno de la empresa y también tiene una especialmente importante función que cumplir para garantizar la seguridad y la salud

en las empresas, precisamente por ello debería constituir un instrumento importante para la eliminación de la violencia en el trabajo, sin embargo, es de señalar que en nuestro país, los estudios convencionales realizados hasta el momento muestran que la atención que la negociación colectiva dedica al tema sigue siendo insuficiente, siendo escasos los convenios que contienen alguna referencia al acoso moral en el trabajo.

A modo de conclusión señalaría que el panorama normativo descrito a lo largo de este estudio pone de manifiesto que la sensibilidad del legislador, de nuestros operadores jurídicos y de los interlocutores sociales en esta materia resulta por el momento insuficiente. En la normativa actual falta una definición que facilite la detección y eliminación de las situaciones de violencia en el trabajo, falta regular mecanismos de prevención y tutela jurisdiccional y prejurisdiccional adecuados desde la óptica del derecho a la tutela efectiva. Falta o parece faltar una labor de sensibilización y formación de los operadores jurídicos que propicie una mejor aplicación de las normas. En definitiva, por el momento parece faltar una verdadera voluntad política de erradicar un fenómeno social tan reprobable y tan incompatible con principios constitucionales fundamentales como la violencia en el trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGRA, FERNÁNDEZ, R., y TASCÓN, R. “El acoso moral en el trabajo (*mobbing*): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución [legal]”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros)*, 233-234/2002.
- AGUSTÍ MARAGALL, J. “El acoso moral en el trabajo”, en *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*, [Cabeza Pereiro-Lousada Arochena-Movilla García, coords.], ed. Comares, Granada, 2002.
- ARTAZCOZ LAZCANO, L., *El acoso moral en el trabajo: un riesgo laboral que se puede prevenir*, www.mobbing.nu.
- BAYLOS GRAU, A., “Medios de prueba y derechos fundamentales: especial referencia a la tutela de estos derechos”, en AAVV, *La prueba en el proceso laboral*, CGPJ, Madrid, 1998.
- CASTELLANO ARROYO, M., “Aspectos médico-legales del *mobbing*”, en *La Mutua, Revista Técnica de salud laboral y prevención*, número monográfico sobre *Estrés laboral y riesgos psicosociales*, 9/2003.
- CORDERO SAAVEDRA, L., “El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo. Un problema laboral con incipiente respuesta jurídica”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* (Cívitas), 110/2002.
- ESCUADERO MORATALLA, J.F., y POYATOS I MATAS, G., *Mobbing. Análisis multidisciplinar y estrategia legal*, ed. Bosch, Barcelona, 2004.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?”, en *Revista de Derecho Social*, 19/2002.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., y CARRERO DOMÍNGUEZ, M.C., “La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 14/1999.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., “El acoso moral: Perspectivas jurídico laborales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, IUSTEL, 2003.
- HYRIGOYEN, M.F., *El acoso moral en el trabajo*, ed. Paidós, Barcelona, 2001.
- JACQMAIN, J., «Le Droit du Travail comme insecticide: Le harcèlement professionnel», en *Le contrat de travail et la nouvelle économie*, ed. du Jeune Barreau, Bruselas, 2001.
- LAPEROU-SCHENEIDER, B., «Les mesures de lutte contre le harcèlement moral», en *Droit Social*, 3/2002.
- LEYMANN, H., *Mobbing. La persécution au travail*, ed. Seuil, Paris, 1996.
- LÓPEZ GARCÍA, J.A., y CAMPS DEL SAZ, P., “Aspectos clínicos y prevención del psicoterror laboral”, ed. Mapfre Medicina, 10/1999.
- LUELMO MILLÁN, M.A., “Acoso moral o mobbing. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 115/2003.
- LUELMO MILLÁN, M.A., “Un nuevo caso de acoso moral (mobbing) en la administración”, en *Actualidad Laboral*, 1/2003.
- MELLA MÉNDEZ, L., “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo”, en *Tribuna Social*, 145/2003.
- MOLINA NAVARRETE, C., “La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo; entre prevención e indemnización”, en *Aranzadi Social*, 18/2002.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Del silencio de la ley a la ley del silencio: ¿Quién teme a la lucha de la Inspección de Trabajo contra el acoso moral en las administraciones públicas?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros)*, 242/2003.
- MONTANERI, P., BONA, H., y OLIVA, H., *Mobbing: Vessazione sul lavoro*, ed. Giuffrè, Milán, 2000.
- MORADILLO LARIOS, C., “El mobbing o acoso psicológico en el trabajo”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros)*, 241/2003.
- NAVARRO DOMENICHELLI, R., “El mobbing o acoso moral en el trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros)*, 233-234/2002.
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M., “Extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (En torno al Art. 50)”, en AAVV., *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Edición especial de la Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas), Madrid, 2000.
- PIÑUEL Y ZABALA, I., *Mobbing: Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Sal Terrae, Santander, 2001.

- RANDSTAD, *Informe sobre acoso en el trabajo*, www.mobbing.nu/estudios_randsstad_2003
- RODRÍGUEZ PIÑERO-FERNÁNDEZ LÓPEZ, “La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo”, en *La Ley Actualidad*, Madrid, 1998.
- ROMERO RÓDENAS, M.J., *Protección frente al acoso en el trabajo*, en *Fraternidad MUPRESA*, Madrid, 2004.
- RAVISY, P., *Le harcèlement moral au travail*, ed. Delmas, París, 2000.
- SÁEZ NAVARRO, M^ªC., “Algunas cuestiones sobre el *mobbing* en el trabajo”, en *Aranzadi Social*, 10/2001.
- SÁNCHEZ CASTILLO, M., “Indemnización por vulneración de un derecho fundamental e indemnización por extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador: dos conceptos compatibles”, en *Revista de Derecho Social*, 16/2001.
- SEMPERE NAVARRO, A., y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., *La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo*, ed. Aranzadi, Navarra, 2003.
- TULLINI, P., “Mobbing e rapporto di lavoro”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1/2000.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, P., *Mobbing. Cómo prevenir identificar y solucionar el acoso psicológico en el trabajo*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- VIQUEIRA PÉREZ, C., *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, ed. Civitas, Madrid, 1994.
- VISCOMI, A., “Il mobbing: alcune questioni su fattispecie ed effetti”, en *Lavoro e Diritto*, 1/2002.

CAPÍTULO III. EL ACOSO MORAL EN EL ÁMBITO LABORAL (“MOBBING”).

DR. FRANCISCO JAVIER GALA LEÓN,
CATEDRÁTICO DE CIENCIAS PSICOSOCIALES APLICADAS DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

***“Cuando el trabajo es un placer la vida es bella.
Pero cuando no lo es, la vida es una esclavitud”***

M. GORKI.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente en Occidente nos encontramos con grandes cambios en la actividad laboral debidos a múltiples factores tales como la globalización económica y de mercados, la internacionalización de las empresas, la comercialización, la producción creciente, la automatización y mecanización, las nuevas tecnologías y el incremento de la competitividad laboral... todo lo cual se traduce en un fuerte incremento de la Carga Mental y del estrés que sufre el trabajador¹. A ello hay que unirle la “nueva composición demográfica y humana” emergente debida a una sociedad multicultural, al envejecimiento de la población activa y a la introducción de la mujer en el trabajo², todo ello bajo la triple consigna de incrementar la productividad y la calidad y de reducir gastos.

Sin embargo, y por desgracia, el FACTOR HUMANO ha sido y es, una vez más, el elemento olvidado y el gran perdedor; por ello todos los factores arriba descritos combinados con las variables organizacionales y del entorno laboral y las características personales del individuo, hacen que la Calidad de Vida Laboral del trabajador se resienta gravemente, generándose y abonándose así el caldo de cultivo propicio para el desarrollo e incremento de patologías mentales y alteraciones psicológicas derivadas de la actividad laboral³; merced a ello, nos encaminamos a pasos agigantados hacia la era de la depresión y de la ansiedad; de hecho, muchos salutistas y epidemiólogos psicosociales apuntan a que a partir de 2010 la mayoría de las bajas laborales en Occidente serán por ansiedad y/o depresión.

¹ GALA LEÓN, F.J., “El estrés laboral, ¿una variable inevitable en el mundo del trabajo?”, en GALA LEÓN-GUILLÉN GESTOSO, *Influencias del mundo del trabajo en el estrés y las patologías psíquicas. VIII Cursos de Otoño de Jerez de la Frontera*, Universidad de Cádiz. Cádiz, 2003.

² GALINDO, R.M., *Estrés laboral, comunicación y satisfacción laboral: Un análisis correlacional como indicador de riesgo laboral*, Tesis Doctoral. Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005.

³ FERNÁNDEZ-MONTALVO, “Los trastornos psicológicos derivados del trabajo: hacia una psicopatología laboral”, en *Clínica y Salud* VIII 8/1998, pp. 607-620; GÓMEZ-GALA LEÓN-GUILLÉN GESTOSO-LUPIANI, “Intervención y prevención del estrés laboral”, en *Psiquis*, 24/2003, [4: pp. 167-172].

A la grupa de lo dicho no nos puede extrañar como la psicopatología laboral, es decir, los trastornos psíquicos derivados del trabajo y de factores psicosociales laborales, estén creciendo y sustituyendo en tasas de morbilidad, bajas y absentismo, a los males físicos⁴, cebándose este nuevo jinete del Apocalipsis en dos cuadros sindrómicos específicos frutos del ESTRÉS LABORAL⁵: el *Burnout*⁶ y el *Mobbing* que son, hoy en día, los riesgos psicosociales laborales más importantes a tener en cuenta. En este marco, la FEMCVT⁷ nos indica que, según sus diversas encuestas, el 28% de los trabajadores europeos padece estrés y el 20% *burnout* –los datos sobre el *mobbing*, tema que nos ocupa, los veremos más adelante– lo que los ha convertido en una verdadera plaga del siglo XXI, con un elevadísimo coste personal y social, por lo que tanto la Unión Europea⁸ cuanto la propia OMS⁹ insisten en la importancia de su prevención y control.

En este marco descrito, pasaremos a analizar uno de estos síndromes: el Acoso Moral en el ámbito laboral o “*Mobbing*”.

II. CONCEPTUALIZACIÓN Y DEFINICIONES

Desde siempre, y por desgracia, sin razón alguna ciertas personas han sido objeto de desprecio, persecución, hostigamiento y maltrato no por sus enemigos –lo cual aunque penoso, sería explicable– sino por los miembros de su grupo, entorno y/o familia¹⁰... Así ya las Escrituras nos hablan del acoso que sufrió Abel a costa de su propio hermano Caín que –como es bien sabido– terminó con su asesinato (Gen, 4, 1-9); sin embargo, menos conocido suele ser el texto según el cual Urías es mandado a la zona más riesgosa del combate con la intención precisa de que allí muera y

⁴ PARKES, K., “Estrés, trabajo y salud: características laborales, contexto ocupacional y diferencias individuales”, en BUENDÍA, J. (ed.), *Estrés laboral y Salud*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1998, pp. 79-117; APPELS, A. “Estrés laboral, afrontamiento y enfermedad”, en BUENDÍA, J. (ed.), *Estrés laboral y Salud*, cit., pp 119-128; THERORELL, T., “Ambiente laboral y enfermedad coronaria: la posibilidad de controlar las condiciones de trabajo”, en BUENDÍA, J. (ed.), *Estrés laboral y Salud*, cit., pp. 129-157.

⁵ GALA LEÓN, F.J., “El estrés”, en GALA LEÓN-GUILLÉN GESTOSO, *El estrés y la ansiedad: males de nuestra época*, XX Curso de Verano (San Roque). Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2000, pp. 22-34.

⁶ GALA LEÓN-LUPIANI-GUILLÉN GESTOSO, *et al.*, “El Burnout: concepto, determinantes, consecuencias y etiología” en *Libro de Ponencias del XII Congreso de la Sociedad Andaluza de Medicina Familiar y Comunitaria* (SANFYC) –formato electrónico–, Cádiz, 2001, pp. 81-92.

⁷ FEMCVT, *Tercera Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo*, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, Dublín, 2001.

⁸ FEMCVT, *Presiones de tiempo y autonomía en el trabajo en la Unión Europea*, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, Dublín, 1997.

⁹ Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades (CIE)*, 10ª Revisión (cap. XXI), Ginebra, 1992 y su Modificación Clínica (CIE -10- MC), Nueva York, 2004.

¹⁰ GONZÁLEZ DE RIVERA, J.L., *El maltrato psicológico*, ed. Espasa, Madrid, 2002.

así poder quedarse con su mujer su jefe, el rey David (“Poned a Urías en el punto donde más dura sea la lucha, y cuando arrecie el combate retiraos y dejadle solo para que caiga muerto –Sam, 11,5–) con lo que tendríamos así un claro antecedente de un hostigamiento laboral intencionado que termina en un “accidente laboral” (*avant la lettre*) tan grave como es el de la muerte, en este caso, de Urías.

El hostigamiento o acoso, grupal o individual, existe en casi todas las especies animales (coalición de individuos débiles contra uno más fuerte y/o persecución por la mayoría de un individuo distinto o con algún rasgo extraño) y, por desgracia, también entre los humanos toma carta de naturaleza bajo distintos nombres o epígrafes¹¹:

- <i>Mobbing</i>	- Acoso moral	- Acoso institucional
- <i>Bullying</i>	- Acoso psicológico	- Luz de gas
- Victimización	- Matonismo	- Acoso sexual
- Síndrome de Estocolmo	- <i>Assetjament</i>	- Amores tóxicos
- Hostigamiento psicológico	- Chivo expiatorio	- Psicoterror laboral
- <i>Tête de turc</i>	- <i>Boc emissari</i>	- Abuso intelectual
- Harassment	- Harcèlement	- Whistleblowing
- Bizutage	- Bossing	- Ijime

Sin embargo, el *Mobbing* es, con seguridad, la manera más extendida y aceptada de aludir a este fenómeno. Se trata de una forma verbal inglesa que puede traducirse como ACOSO u HOSTIGAMIENTO PSICOLÓGICO LABORAL¹² (su versión como “acoso moral” es en realidad una mala traducción, nosotros preferimos ACOSO PSICOLÓGICO).

En inglés “*mob*” quiere decir chusma o populacho y “*to mob*” viene a significar ser atropellado o atacado por una multitud; en la jurisprudencia escocesa “*mobbing*” alude a una reunión de gentes con propósitos violentos e ilegales que incluyen causar lesiones a personas, destruir propiedades y sembrar el terror y la alarma en la población. Por extensión se usa el vulgarismo para referirse a un ataque indiscriminado por parte de un grupo desestructurado¹³. Lorenz utilizó el término en la etología en relación con el comportamiento agresivo de los animales con el objetivo de echar a un intruso¹⁴... Con estos antecedentes, el psicólogo alemán afincado

¹¹ GONZÁLEZ DE RIVERA, J.L., *El maltrato psicológico*, cit.

¹² LOSCERTALES, F., “Víctimas del Mobbing –Dossier sobre Síndromes Laborales–”, en *Diario de Cádiz* 13/5/2001.

¹³ GONZÁLEZ DE RIVERA, J.L., *El maltrato psicológico*, cit.

¹⁴ LORENZ, K., *Sobre la agresión: el pretendido mal*, S. XXI de Editores. Bilbao, 1972.

en Suecia Heinz Leymann comenzó a utilizar el término en 1990, en el Congreso Internacional sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo de Hamburgo, publicando en 1993 su libro “*Mobbing*” en alemán, siendo rápidamente traducido al inglés y al francés¹⁵.

Así pues el “*Mobbing*” o el “acoso/hostigamiento psicológico laboral” o el “psico-terrorismo laboral”, formas con las que con frecuencia se bautiza al fenómeno, aluden a una situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una presión psicológica extrema, de forma sistemática (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de seis meses) sobre otra persona en el lugar de trabajo¹⁶.

El INSHT¹⁷ lo define como “*el ejercicio de violencia psicológica externa que se realiza por una o más personas sobre otra en el ámbito laboral, respecto de la que existe una relación asimétrica de poder, de forma sistemática y prolongada en el tiempo*”. También en España, el primer autor que publicó una obra al respecto, Piñuel¹⁸, lo define como “*el continuo y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de otro u otros, que se comportan con él cruelmente con vistas a lograr su aniquilación o destrucción psicológica y a obtener su salida de la organización a través de diferentes procedimientos*”.

Por último, el propio Leymann¹⁹ dice “*nos referimos a un tipo de situación comunicativa que amenaza con infligir al individuo graves perjuicios psíquicos y físicos. El Mobbing en un proceso de destrucción, se compone de una serie de actuaciones hostiles que, tomadas de forma aislada, podrían parecer anodinas, pero cuya repetición constante tiene efectos perniciosos*”. En este orden de cosas, tenemos que descartar aquellos problemas que sean de duración corta o momentánea, por graves que sean, (una bronca, una discusión –incluso con insultos de gran violencia– si acaban en un breve plazo de tiempo, no constituyen acoso). No nos referimos, pues, a sucesos limitados por un principio y un fin, sino a un conjunto de daños psicológicos continuados y hasta crónicos²⁰.

Este cuadro sindrómico presenta una tipología variopinta²¹ puesto que puede ser VERTICAL DESCENDENTE (comportamiento negativo que un jefe adopta hacia un subordinado que a su vez puede ser PERVERSO, ESTRATÉGICO e INSTITUCIONAL);

¹⁵ LEYMANN, H., *Mobbing. La persécution au travail*, ed. Senil. Paris, 1996.

¹⁶ COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS (EDITORIAL), “El hostigamiento psicológico en el trabajo”, en *Mobbing. Boletín Informativo del Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental*, 98/2002.

¹⁷ ANÓNIMO: *El Mobbing. Documento Técnico*, ed. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 2002.

¹⁸ PIÑUEL, I., *Mobbing. Cómo solucionar el acoso psicológico en el trabajo*, Sal Térrea, Santander, 2001.

¹⁹ LEYMANN, H., *La persécution au travail*, cit., 1996.

²⁰ LOSCERTALES, F., “Víctimas del Mobbing”, cit.

²¹ HIRIGOYEN, M.F., *El acoso moral en el trabajo*, Paidós, Madrid, 2001; LEÓN, J.M., “El mobbing: un riesgo psicosocial emergente”, en GALA LEÓN-GUILLÉN GESTOSO, *Influencias del mundo del trabajo en el estrés y las patologías psíquicas*, VIII Cursos de Otoño de Jerez de la Frontera, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2003.

VERTICAL ASCENDENTE (en este caso el hostigamiento lo ejercen inferiores a un superior, como suele ser el caso no infrecuente, en ciertos colegios, de los alumnos hacia un profesor); HORIZONTAL (entre compañeros de la misma categoría hacia una víctima, ante la pasividad/complicidad del resto... como acontece en el “bullying” escolar o “matonismo”) y MIXTO (de arriba abajo y vice-versa).

Sea como fuere, normalmente “*el acosado suele ser menospreciado, insultado, criticado, se le hace creer que es un incompetente que no realiza sus labores a tiempo y si lo hace es incorrecto. El acosador exige que la víctima realice funciones imposibles o puede rebajársele a misiones de categorías inferiores e, incluso, llega a difamar e inventar rumores sobre la vida privada de la víctima*”²².

III. EPIDEMIOLOGÍA

Es harto difícil el presentar datos estrictos en torno a la incidencia y la prevalencia del fenómeno: en primer lugar, porque se trata de algo que no gusta ser aireado por las organizaciones laborales, tanto públicas como privadas, por lo que se genera una situación de punta de iceberg, en virtud de la cual tan sólo aflora un pequeño porcentaje del total real; en segundo lugar, porque el *mobbing* supone como tantos fenómenos psicopatológicos y psicosociales, una CONSTRUCCIÓN SOCIAL –aunque se trate de un fenómeno de seguro tan antiguo como la interacción humana– según la cual distintos ambientes, distintas culturas, distintos momentos históricos y distintas zonas geográficas son más o menos sensibles, conscientes y tolerantes con el problema –al margen de su presencia e intensidad–²³; por último, porque se utilizan diversas metodologías e instrumentos para su detección y evaluación, desde el recuento de denuncias y sentencias al respecto, pasando por encuestas más o menos sensibles, hasta llegar a inventarios específicos (a este respecto la Escala específica más rigurosa tal vez sea el “*Leymann Inventory of Psychosocial Terrorization*” –LIPT– que ofrece un listado de 45 comportamientos hostiles, evidenciándose el problema si se produce una o varias de esas situaciones una vez a la semana y durante más de seis meses²⁴, una traducción de la cual se divulgó incluso en el suplemento dominical “*El Semanal*”²⁵, existiendo también una versión española efectuada por González de Rivera²⁶ y una versión

²² RUIZ DE OLANO, B., “Asociación Vasca contra el Acoso Laboral (AVAL)”, citada por *Enfermería Actualidad* (Mobbing: Acoso psicológico en el trabajo. –Atrapados en una pesadilla laboral–), 13/2002, p. 60.

²³ LEÓN, J.M., “El mobbing: un riesgo psicosocial emergente”, cit.

²⁴ LEYMANN, H., *Mobbing. La persécution au travail*, cit.

²⁵ RECIO, J.L., “Acoso laboral”, en *El Semanal*, 13/01/2002, pp. 60-63.

²⁶ GONZÁLEZ DE RIVERA, J.L., *El maltrato psicológico*, cit.

sumamente reducida realizada por Van Dick y Wagner²⁷; de igual modo se han desarrollado unos indicadores en los Estados Unidos por el equipo de Davenport *et al*²⁸ y, en España, el ya citado profesor Piñuel²⁹ ha elaborado el Cuestionario Cisneros –Cuestionario Individual sobre Psicoterror, Negación, Estigmatización y Rechazo en Organizaciones Sociales–).

En virtud de lo dicho, los datos oscilan: ya Leymann, en su ponencia en el Congreso de Hamburgo, estimaba que lo sufren, al menos, un 3,5% de los trabajadores de una empresa..., sin embargo la OIT habla de unos 13 millones en ocho países europeos en diciembre de 2000 (en torno al 9% de la población asalariada de Finlandia, Reino Unido, Holanda, Bélgica, Luxemburgo, Suecia, España y Portugal)³⁰, y la ya citada FEMCVT indica en su informe acerca de la 3ª Encuesta de Condiciones de Trabajo³¹ que afecta –confesadamente– al 7% de los varones y el 8% de las mujeres trabajadores y trabajadoras en la UE (hay que destacar que dicho Informe –elaborado por los profesores Merllí y Paoli– también alude, como vimos en la Introducción, a la prevalencia del estrés en un 28% de los trabajadores y del *Burnout* en un 23%; elevándose llamativamente estas cifras en un preinforme avanzado por Paoli respecto a la 4ª encuesta, en 2004³²); incluso la revista norteamericana *Worforce* aporta el dato de que un 25% de los trabajadores norteamericanos ha experimentado o experimentará a lo largo de su carrera profesional el acoso psicológico laboral³³.

En España, a falta de cifras oficiales, la FEMCVT hablaba de una horquilla en torno a los 500.000 ó 750.000 trabajadores; sin embargo los datos de la Primera Encuesta sobre la Violencia en el Entorno Laboral, llevada a cabo por la Escuela de Empresariales de la Universidad de Alcalá, bajo la dirección del profesor Piñuel, en mayo de 2001, nos habla de un 11,44% (1.671.956 personas) de los trabajadores españoles.

Sea como sea, el asunto es de tal calado que ha merecido una Resolución del Parlamento Europeo (2001/2339), así como una Directiva del Consejo de Europa (89-391)... Y es que estamos ante un problema grave, muy extendido y con tendencias a aumentar, a medida en que aumenta la proporción de trabajadores con destino en ocupaciones de “cuello blanco” y en el sector público que conforman su espa-

²⁷ VAN DICK-WAGNER, “Stress and strain in teaching. A structural equation approach”, en *British Journal of Educational Psychology*, 71/2001, pp. 243-259.

²⁸ DAVENPORT-SCHWARTZ-ELLIOT, “Mobbing. Emotional Abuse in the American Workplace”, en *Civil Society Publishing*, Ames –IOWA–, 1999.

²⁹ PIÑUEL, I., *Mobbing. Cómo solucionar el acoso psicológico en el trabajo*, cit.

³⁰ HERNÁNDEZ, J.L., “Acoso Moral en el trabajo”, en *–Dossier Salud– Diario de Cádiz*, 20/9/2001.

³¹ FEMCVT, cit.

³² GALINDO, R., *Estrés laboral, comunicación y satisfacción laboral: Un análisis correlacional como indicador de riesgo laboral*, cit.

³³ LÓPEZ-MARTÍNEZ, G., “Mobbing/Psicoterrorismo Laboral”, en (Tribuna Libre), *Diario de Cádiz*, 25/10/2003.

cio más natural y propicio³⁴... Sin duda, se trata de uno de los mayores riesgos laborales que existen actualmente, constituyendo una verdadera epidemia que provoca un gran número de bajas³⁵.

IV. MANIFESTACIONES

La psicóloga Martos³⁶ nos dice que el método del acosador viene a ser el siguiente: aislar a la víctima de sus compañeros para cortarle vías de apoyo, atacar su éxito y su capacidad laboral, conseguir una caída de su rendimiento, quitarle su función y dejarle sin trabajo, esperar a que se marche, etc., pues la misión de los/as acosadores/as es destruir la resistencia psicológica de la víctima para eliminarla de su puesto de trabajo; pero, en quintaesencia, las manifestaciones del cuadro se pueden arancelar en cinco ejes principales (“las cinco maniobras principales” según González de Rivera³⁷).

- **Limitar la comunicación:** El acosador impone lo que puede y no puede decirse, negándole a la víctima el derecho a expresarse o a hacerse oír.
- **Limitar el contacto social:** No se le dirige la palabra a la víctima, propiciándose el que nadie lo haga (se le cortan las fuentes informativas e, incluso, se le aísla físicamente de sus compañeros).
- **Desprestigiando su persona ante sus compañeros:** Mediante bromas y burlas sobre la víctima, su familia, orígenes, antecedentes y entorno.
- **Desprestigiar y desacreditar su capacidad profesional y laboral:** Asignándole tareas muy por debajo o muy por encima de su capacidad, llegándose incluso a no dejarle hacer nada; asimismo se le critican los más mínimos errores o defectos y se desprecia su trabajo y sus capacidades profesionales.
- **Comprometer su salud:** Mediante tareas riesgosas, que pueden incluso poner en peligro su vida (al margen de los efectos negativos en la salud psíquica y psicossomática que tiene todo lo anterior).

El origen o razón de todo esto puede ser muy variopinto, aunque suele encontrarse ligado a dos aspectos: a) LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO (deficiente organización, ausencia de interés de los Supervisores, carga laboral alta o mal distribuida, flujos pobres de información, conflictos y ambigüedad de rol, objetivos difusos, etc.) y, b) LA GESTIÓN DEL CONFLICTO POR PARTE DE LOS SUPERIORES (negación del mismo –impidiendo así que la situación se resuelva– o implica-

³⁴ GONZÁLEZ-BIEDMA, E., “¿Es legal el mobbing?”, –Dossier sobre Síndromes Laborales–, en *Diario de Cádiz*, 13/5/2001.

³⁵ PIÑUEL, I., *Mobbing. Cómo solucionar el acoso psicológico en el trabajo*, cit.

³⁶ MARTOS, A., *¡No puedo más!*, ed. Mc Graw-Hill, Madrid, 2003.

³⁷ GONZÁLEZ DE RIVERA, J.L., *El maltrato psicológico*, cit.

ción/complicidad activa en el mismo, con el fin de contribuir a la estigmatización del hostigado)³⁸.

V. HISTORIA NATURAL Y/O FASES

El síndrome se desarrolla o evoluciona según el curso de una historia natural en cuatro fases diferenciadas y diferenciables³⁹:

1. **Fase de Conflicto (Incidente):** En un momento dado se produce un conflicto en el trabajo –que de por sí solo no significa acoso– que puede desencadenar el proceso al cronificarse. Puede ser un asunto profesional o de relaciones interpersonales.
2. **Fase de Estigmatización (Acoso sistemático):** El conflicto inicial pasa a convertirse en una campaña de hostigamiento del acosador/es frente al acosado, extendiéndose y consolidándose. El acoso es difícil de probar y, a veces, ni siquiera la víctima es consciente de la campaña en su contra (esta negación suele prodigarse también entre los compañeros, los sindicatos, e, incluso, la dirección).
3. **Fase de Intervención desde la Organización:** Las cosas llegan a tal extremo que interviene la cadena de mando según tres opciones paradigmáticas:
 - Intentos de arreglo mediante decisiones en contra de la víctima (cambios en el puesto de trabajo, intentos de arreglo “amistoso” y aquí no ha pasado nada...).
 - Aumento del hostigamiento hacia la víctima pues se la considera culpable y origen del conflicto, con lo que se la victimiza con el objetivo de desembarazarse de ella.
 - Intento de resolución activa del conflicto: Investigación sistemática del caso e incluso apertura de un proceso sancionador de los culpables, fomento de la comunicación, provisión de ayuda psicológica etc. (ni que decir tiene que esto sucede, por desgracia, las menos veces).
4. **Fase de Marginación, Exclusión o Abandono de la Vida Laboral o de la Organización:** Llegados a este punto la víctima empieza a pedir bajas y a desarrollar patologías físicas y/o psíquicas, hasta llegar al despido, el abandono o la incapacidad laboral, cuando no al suicidio o la muerte, pues como nos recuerda el propio Leymann⁴⁰ “*en el trabajo una persona puede matar a otra sin ningún riesgo de llegar a un tribunal*”.

³⁸ COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS, *El hostigamiento psicológico en el trabajo; Mobbing*, cit.

³⁹ RECIO, J.L., “Acoso laboral”, cit.; COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS, *El hostigamiento psicológico en el trabajo; Mobbing*, cit.

⁴⁰ LEYMANN, H., *Mobbing. La persécution au travail*, cit.

Pero ¿cómo puede llegarse a la última fase y a este extremo, las más de las veces en plena impunidad? Las razones son diversas: los ataques suelen darse en privado, la víctima a veces no es consciente de lo que le pasa o se siente avergonzada o –incluso– culpable y cuando lo evidencia es demasiado tarde, además suele existir una complicidad en el entorno laboral (una especie de “Omertá” o ley del silencio según la cual nadie ha visto nunca nada, ni sabe nada como en la célebre aria del Barberillo de Lavapies, todos dicen “yo nada vi, yo nada sé”... sin olvidar lo mal visto que suele estar el “ser chivato”); la propia organización y su cadena de mando minimizan o frivolizan el problema en la complicidad de que son simples bromas y, a fin de cuentas, el humor y el sarcasmo a cuenta de otro son tan viejos como el hombre mismo y forman parte de la condición humana.

VI. CONSECUENCIAS

Las consecuencias son negativas y graves cuantitativa y cualitativamente **tanto para la víctima y su familia, como para la organización y para la sociedad en general**⁴¹.

En **los hostigados**, víctimas del *mobbing*, suelen aparecer **patologías físicas** (trastornos gastrointestinales, cardiovasculares, respiratorios, etc.), **psicopatologías** (fatiga crónica, sobreestrés laboral, ansiedad, pérdida de autoestima, impotencia y frustración, depresión y síndrome de estrés postraumático principalmente), y **problemas familiares e interpersonales** (agresividad, aislamiento social, inadaptación, fracaso matrimonial, etc.).

Pero la **organización** no queda indemne pues disminuye el rendimiento, aumenta el absentismo y las rotaciones, empeora y se deteriora el clima laboral, amén de aumentar la siniestralidad.

Por último, toda **la sociedad** se resiente pues aumentan el gasto sanitario, las prestaciones por baja e invalidez, el desempleo, etc.

VII. INTERVENCIÓN

“Proteger el trabajo es enjugar lágrimas, consolar dolores, arrancar víctimas al vicio, crimen y a la muerte”. Concepción Arenal.

La intervención ha de articularse a nivel organizacional y a nivel individual en los tres ejes de actuación clásicos: Prevención Primaria, Secundaria y Terciaria⁴², en

⁴¹ COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS, *El hostigamiento psicológico en el trabajo. Mobbing*, cit.; MARTOS, A., *¡No puedo más!*, cit.

⁴² HIRIGOYEN M., *El acoso moral en el trabajo*, cit.; LEÓN, J.M., “El mobbing: un riesgo psicosocial emergente”, cit.

una serie de actuaciones secuenciales centradas en Detectar/identificar los riesgos, Evaluarlos adecuadamente y Planificar la intervención.

Es preciso que la Organización se sensibilice ante el problema y potencie la existencia de grupos y equipos de trabajo cohesionados, promoviendo asimismo una acción cuidadosa y eficaz de los departamentos de recursos humanos⁴³ invirtiendo en mejorar todos los aspectos psicosociales de la organización –sobre todo los sistemas de comunicación interna– y, por ende, la Calidad de Vida Laboral de sus miembros⁴⁴. Asimismo, se deben identificar y paliar aquellos factores que faciliten la aparición del síndrome (monotonía, ambigüedad de rol, estilos de dirección inadecuados, problemas de comunicación, cargas de trabajo mal distribuidas)⁴⁵.

El trabajador, por su lado, debe desarrollar técnicas de afrontamiento al estrés, solución de problemas, habilidades sociales y autoestima; todo ello en el marco de unas redes de apoyo social cálidas y afectivas en forma de pareja y/o familia estable y/o buenas amistades, con *hobbys* atrayentes y adecuado manejo del tiempo libre⁴⁶.

Antes de finalizar tal vez sea conveniente referenciar algunas asociaciones españolas que ofrecen asesoramiento y ayuda ante el problema del *Mobbing*. Así tenemos, entre otras:

- La Asociación Española contra el Acoso Moral en el Trabajo (ACOSO-SOS-MOBING), cuyo número de teléfono es el 619546385 y su correo electrónico es **acoso@nova.es**
- AVAL: Asociación Vasca contra el Acoso Laboral. Teléfono 605719192, y
- ASACAMT: Asociación Andaluza contra el Acoso Moral en el Trabajo.

Todo ello sin olvidar un marco jurídico más sensible y eficaz, así como unos jueces y fiscales formados y sensibilizados ante el problema con el objetivo de la tolerancia cero ante el fenómeno... con todo ello conformaremos poco a poco que exista una mayor SATISFACCIÓN LABORAL, pues, a la postre, ésta es una de las claves de la felicidad personal, pues como nos indicaba Shakespeare *“El trabajo en que hallamos placer cura la pena que causa”*.

⁴³ LOSCERTALES, F., “Víctimas del Mobbing”, cit.

⁴⁴ GALA LEÓN, F.J., “La Calidad de Vida Laboral como Recurso de Salud Laboral”, en GALA LEÓN-GUILLÉN GESTOSO, *Importancia de las Relaciones Laborales en las Organizaciones actuales*. IX Curso de Otoño de Jerez de la Frontera, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004.

⁴⁵ COLEGIO OFICIAL DE PSICÓLOGOS, *El hostigamiento psicológico en el trabajo: Mobbing*, cit.

⁴⁶ GUILLÉN GESTOSO, C., “Recursos para la Habilitación del Desempeño Laboral”, en GALA LEÓN-GUILLÉN GESTOSO, *Importancia de las Relaciones Laborales en las Organizaciones actuales*, IX Curso de Otoño de Jerez de la Frontera, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2004; LOSCERTALES, F., “Víctimas del mobbing”, cit.

CAPÍTULO IV. TRATAMIENTO PENAL DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO.

DR. LUIS RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ,
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

I. INTRODUCCIÓN

El sistema penal en su conjunto tiene asignado el papel de identificar y afrontar realidades de clara naturaleza criminal y ofrecer respuestas adecuadas a la evolución dinámica de los modelos sociales. En este contexto, los desarrollos de dichos modelos llevan aparejadas nuevas situaciones de conflicto que por su relevancia y capacidad de perjudicar intereses esenciales de individuos y colectivos pueden precisar de la intervención penal.

Sin embargo, en otras ocasiones, el ordenamiento penal se enfrenta a la tesitura de acoger en su limitado campo de acción conductas que no son nuevas, que están ampliamente asentadas en el conjunto social, pero que, en un momento histórico y por un cambio profundo en la valoración de dichos comportamientos, surge la necesidad de preguntarse acerca de si el sistema penal debe incluirlas entre el conjunto de conductas a las que asigna una sanción.

El acoso psicológico o moral en el trabajo formaría parte de este segundo proceso de integración de conductas en el Derecho penal. No se trata de un nuevo fenómeno asociado a cambios en las estructuras sociales o económicas, sino de una modificación en la percepción social de acciones que siempre han tenido lugar en las estructuras laborales jerarquizadas desde la revolución industrial.

A los efectos de legitimar una posible intervención penal específica sería necesario identificar los aspectos esenciales de dichos cambios. Esto es, las causas de la nueva relevancia de conductas ya presentes en la sociedad durante largos periodos de tiempo, la posibilidad de identificar nuevos intereses a los que ofrecer una protección reforzada, y la clase de intervención que el sistema penal está en condiciones de ofrecer sin convertirse, una vez más, en un simple referente simbólico al que recurrir sólo para reforzar mecanismos psicológicos de los sujetos víctimas o en condiciones de ser víctimas de estos comportamientos.

II. LA NUEVA RELEVANCIA DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

Un primer paso imprescindible consiste en determinar si la actual relevancia del *mobbing* está sólo asociada a una nueva mirada sobre un fenómeno tradicional o si existen en las modernas estructuras sociales y económicas, con reflejo en el

mundo laboral, elementos nuevos que han ayudado de manera definitiva a poner este fenómeno en un primer plano del interés jurídico, en general, y jurídico penal, en particular.

El *mobbing* está asociado, de forma general, a la manifestación de formas patológicas de competencia laboral, esto es, a formas patológicas de organización interna de las empresas o las instituciones públicas. Es cierto que pueden plantearse otras circunstancias en las que el acoso tenga lugar al margen de la idea de competencia o competición, pero no son las que pueden explicar su trascendencia actual y, desde luego, no son las que pueden articular una posible respuesta específica del Derecho penal.

Sólo la identificación del fenómeno como principalmente laboral, asociado al desarrollo de una vida profesional, puede merecer una posible intervención penal específica enmarcada, lógicamente, entre las infracciones delictivas contra los derechos de los trabajadores.

Pero, no puede explicarse el acoso laboral sin atender a cómo se desarrollan los actuales modelos económicos y al hecho de que la competencia está basada, entre otras muy importantes, en la idea de arrinconar o excluir a los competidores del mercado. En una sociedad competitiva hasta el extremo de eliminar al competidor como recurso aceptable, no es posible extender sin más un reproche generalizado a las personas que reproducen fórmulas y actuaciones, social y legalmente aceptadas, de las propias entidades en cuyas estructuras se integran (en la administración pública estas conductas se suelen enmascarar bajo la figura de las necesidades del servicio y la facultad de autoorganización).

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que incluso la competencia mercantil a nivel de entidades privadas y públicas se encuentra limitada por actos atentatorios contra la libre competencia o la competencia desleal, que encuentra respuestas contundentes tanto en el terreno mercantil como en el penal.

De este modo, si las formas patológicas de competencia son objeto de represión penal, con el mismo fundamento comportamientos extremos de competencia en el desarrollo de la vida profesional deben ser objeto de reacción por este sector del ordenamiento. Entiéndase bien que por competencia no sólo se entiende la relativa a la del sujeto que opta a ocupar espacios que pierden los sujetos acosados (esto dejaría fuera al acoso más habitual ejercido por sujetos con posición jerárquica superior) sino que los actos de eliminación o postergación de sujetos observados como no competitivos –en términos objetivos o subjetivos– o como un riesgo para el futuro, son igualmente constitutivos de competencia en términos más amplios, es decir, como fórmula de mejora de la empresa o del servicio público de cara a optimizar la posición en el mercado o la calidad del servicio público prestado.

Lógicamente, aquellos actos de agresión física o psicológica realizados en el seno de la empresa, pero al margen de su propia significación laboral, no pueden ser objeto de atención por parte de un supuesto delito laboral, y sólo pueden ser

abordados como ataques a intereses individuales o colectivos con idéntica significación en cualquier ámbito de relación social. Sería el caso de los delitos contra la integridad moral en sentido estricto, algunas formas de discriminación no laboral o, incluso, los ataques personales constitutivos de lesiones o de calumnias.

Por lo tanto, una posible infracción penal configurada alrededor de la idea de acoso moral en el trabajo sólo puede tener sentido en la medida que la definición de las conductas a inculpar tenga una plena significación laboral. Esto no significa exigir en un posible tipo penal, por ejemplo, una intencionalidad específica de afectar a la vida laboral del sujeto pasivo, pero sí, tal vez, la necesidad de que una conducta descrita con cierta generalidad, al menos, contenga elementos objetivos que permitan que pueda ser interpretada como lesiva o peligrosa para la relación laboral o la vida laboral del afectado o víctima y para los derechos básicos que tiene reconocidos.

En todo caso, es preciso ser consciente de que el Derecho penal ha sufrido un progresivo proceso de expansión dirigido hacia estructuras sociales que se han venido considerando como pilares positivos de la misma y generadoras de valores de contención de la criminalidad. La escuela, la familia y el trabajo comienzan a ser percibidos como estructuras de riesgo –*bullying*, malos tratos, *mobbing*–, como espacios donde los clásicos modelos de dominio absoluto de unos sujetos sobre otros han sido sustituidos por otros modelos de relación personal y profesional más igualitarios que generan importantes tensiones ante las reticencias que quienes ejercen el poder tienen ante la posibilidad de perderlo o, al menos, de distribuirlo de forma más justa o igualitaria.

La principal diferencia existente entre algunos de esos ámbitos, especialmente los familiares y los laborales, es que en estos últimos las relaciones entre los sujetos no están basadas en la idea de igualdad, sino que la relación entre los sujetos implicados en conductas de acoso moral laboral deriva en la mayor parte de los casos de una relación estatutariamente jerárquica en la que resulta más difícil diferenciar el verdadero *mobbing* del ejercicio de potestades de organización en la empresa o en el servicio público o de la inadaptación de la aparente víctima al esquema organizativo de aquellos. Para ello baste señalar fenómenos identificados por los especialistas como aparente acoso moral que, en realidad, son fenómenos patológicos de naturaleza bien distinta: así, las tensiones laborales, los enfrentamientos personales por razón de carácter, el estrés, el *burn-out* o síndrome de estar quemado, la depresión reactiva, el acoso sexual o el falso *mobbing* o simulación.

En cualquier caso, y desde el punto de vista penal, el primer problema para su análisis deriva de la propia falta de definición legal del concepto. A fecha de hoy la falta de claridad respecto de la identificación del fenómeno, la falta de precisión respecto de los límites que lo acoten, afecta de forma considerable a una posible intervención penal en esta materia. Es preciso reconocer que el Derecho penal ocupa aquí una posición claramente subsidiaria respecto de lo que dispongan los

ordenamientos laboral y administrativo, y que, una intervención penal precisa de la mayor clarificación posible de la regulación del acoso moral en aquellos sectores, para abordarlo con la autonomía necesaria respecto de otras disposiciones penales.

A grandes rasgos, los problemas principales del análisis penal residen en resolver las siguientes cuestiones: identificación de un bien jurídico relevante; necesidad de intervención penal; tipificación y garantías en los comportamientos de acoso; respuesta del actual derecho positivo; exigencias mínimas para un tipo penal de acoso moral en el trabajo.

III. BIEN JURÍDICO

El abordaje del acoso moral en el trabajo desde el ordenamiento penal puede realizarse de dos formas: primero, como fenómeno criminológico al que ofrecer respuesta con los tipos penales existentes o con la adaptación de algunos de ellos a la realidad laboral, y, segundo, como conducta gravemente lesiva mediante la creación de un tipo especial de acoso laboral cuyo encaje más adecuado, en principio, estaría entre los delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 y siguientes CP, o entre los delitos contra la integridad moral de los artículos 173 y siguientes CP, adaptados estos en su formulación típica a la realidad laboral.

La elección entre una de dichas maneras de tratar la cuestión depende, sobre todo, de la posibilidad de identificar un interés penalmente relevante con el suficiente grado de autonomía como para poder reconocerle la categoría de bien jurídico.

Tanto la discusión doctrinal como la producción jurisprudencial habidas hasta la fecha resultan de escasa ayuda para tratar con éxito esta tarea, particularmente porque, junto a la queja más o menos generalizada por la inexistencia de un tratamiento penal específico para estas conductas, lo cierto es que el esfuerzo de encajar aquellas en algún tipo penal preexistente ha llevado de forma indirecta a identificar como bien jurídico protegido el que subyace en dichas infracciones. Así, Escudero y Poyatos, después de afirmar que en nuestro ordenamiento penal existe un vacío legal en esta materia al que se le debería dar respuesta en un futuro no muy lejano, no obstante, consideran que en el acoso moral se produce un atentado contra la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido, encontrando un encaje impecable a través de la protección que el art. 173 CP le dispensa¹. Si ello fuese así, un tipo específico no añadiría elementos nuevos más allá de lo meramente simbólico.

¹ ESCUDERO MORATALLA-POYATOS I MATAS, *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, ed. Bosch, Barcelona, 2004, pp. 282-283.

Otros autores han propuesto ampliar el espectro de tipos aplicables con aquellos propios de la actividad pública mediante la aplicación de un tipo de corrupción, en particular el contenido en el art. 428 CP relativo al tráfico de influencias (Barea, en Escudero²).

Carmona Salgado parte de la suficiencia del Derecho penal positivo vigente para afrontar la cuestión³. Estima innecesaria la creación de un tipo penal específico al considerar el *mobbing* como un fenómeno global pernicioso cuyas manifestaciones más graves pueden ser enfrentadas con garantías a través de las lesiones psíquicas (art. 147), los tratos degradantes (art. 173), las amenazas (artículos 169 y 171), los delitos contra el honor (artículos 205 y 208), los atentados contra la intimidad (artículos 197 y siguientes) o los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311.1 y 316).

Del amplio listado de preceptos penales que, de una u otra forma, pueden invocarse ante situaciones de acoso, surge una nueva duda, esta más relevante. El acoso moral en el trabajo es un comportamiento lesivo para intereses individuales de los sujetos acosados, o representa un atentado contra un interés colectivo del conjunto de los trabajadores, al margen de que se manifieste en actos concretos que afecten a sujetos concretos. La respuesta a este interrogante no es irrelevante. La identificación de intereses meramente individuales restaría fuerza a la necesidad de crear un tipo penal específico, mientras que la identidad de un bien jurídico colectivo extraído de las relaciones laborales obligaría, por un lado, a encajar un delito de acoso en el capítulo de los delitos contra los derechos de los trabajadores, y, por otro lado, a tipificar la conducta de modo que se pudieran identificar suficientes elementos diferenciadores con los tipos que protegen intereses individuales. Es decir, no bastaría con reproducir un art. 173 CP entre los delitos laborales haciendo sólo referencia al acotado espacio laboral en el que se produce.

Pues bien, si en realidad se tratase de la integridad moral de la víctima acosada la verdadera causa de la necesidad de intervención penal, al tratarse de un interés individual no existiría justificación a un desarrollo legislativo específico del acoso moral en el trabajo, ya que tanto la amplitud del art. 173.1 como la contundente respuesta punitiva del mismo serían suficientes para, y no hay que olvidar este elemento, afrontar este fenómeno en la extensión que el Derecho laboral no llegue a cubrir.

En cambio, si estas conductas representan un ataque al colectivo de trabajadores, al margen de que sea un sujeto individual el receptor concreto de la acción delictiva (así los tipos de los artículos 311, 312, 314, etc.)⁴, claramente habría que

² BLANCO BAREA, M.J., "Acoso Moral en el trabajo-Mobbing", en *Foros de la Universidad de Sevilla*, en la dirección de internet <http://www.us.es/foros/read.php?f=22&i=325&t=325>, 02-06-03, 09:35.

³ CARMONA SALGADO, C., "Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*Mobbing*)", en AAVV, *Libro Homenaje: Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁴ Al respecto, BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, ed. Trotta, Madrid, 1997, pp. 50-51.

buscar una fórmula alternativa que pasase por el Título XV “*De los delitos contra los derechos de los trabajadores*”. Ello obligaría a dar, al menos, dos pasos: el primero, tener claro que las únicas conductas de acoso punibles serían aquellas que tengan un claro sentido de afectación a la prestación laboral del trabajador, y no aquellas que, realizadas en el espacio laboral, persigan sólo la denigración personal de la víctima de acoso, pues para cubrir esa vía ya está el art. 173.1 CP (así las simples conductas de vacío por razones simplemente personales, aunque deriven en efectos laborales como son las bajas por enfermedad). El segundo paso consistiría en identificar espacios de acción delictiva no cubiertos por el delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo o por el delito de discriminación laboral (así, actos tales como la atribución de responsabilidades profesionales por encima o por debajo de la atribución laboral que le corresponde al sujeto acosado). Si el acoso moral debe tener un espacio propio en el marco laboral, ni la integridad moral en exclusiva ni la salud psíquica pueden ser el interés de referencia.

Las Directivas europeas 2000/43 y 2000/78 CEE y la Ley 62/2003 española definen la conducta de acoso como “*toda conducta no deseada, relacionada con el origen racial o étnico, la religión y las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o como consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*” y, añaden, que los actos de acoso por estas razones se consideraran en todo caso discriminatorios.

Esta visión es limitada en su alcance e incorrecta en su planteamiento⁵. En primer lugar no tiene sentido que se limite el acoso relevante a la motivación del mismo asociado a determinadas características de la víctima. Se confunde la presión sobre el sujeto con el motivo de la presión. En el fondo, el error reside en la configuración del acoso moral como acto discriminatorio. La discriminación, al menos en términos penales, adquiere relevancia como atentado contra la igualdad y el art. 314 CP no puede acoger la mayor parte de los comportamientos acosadores que tienen más que ver con las características personales y las relaciones profesionales y personales con el acosador, que por aquellas características que la identifican con un colectivo objeto de trato desigual o discriminatorio. Y, desde luego, lo que no sería admisible es una modificación del art. 314 para configurarlo como un delito de discriminación general. Hay que procurar no confundir el fin del acoso asociado a una situación de despido encubierto por la renuncia voluntaria del sujeto acosado, con los actos de acoso que puntualmente sean discriminatorios, pero que, sobre todo, serán de denigración del sujeto.

Por lo tanto, sólo la idea de dignidad en el trabajo puede ser un referente capaz de justificar un tipo penal autónomo. Lo que no parece aceptable es configurar el

⁵ PÉREZ DEL RÍO-ÁLVAREZ DEL CUBILLO-DE LA FLOR FERNÁNDEZ-GUERRERO PADRÓN, *Igualdad y no discriminación por razón de género. La norma jurídica y su aplicación en Jerez de la Frontera*, coord. Pérez del Río, edita Consejería de Empleo, Junta de Andalucía, Sevilla, 2004, p. 89.

acoso moral como un tipo pluriofensivo que proteja la integridad moral, la igualdad, la libertad y la salud del trabajador, entre otras razones porque, en el momento de redactar el delito, la tipicidad debe ser un reflejo del objeto de protección penal y resulta harto complejo intentar describir una conducta capaz de afectar a intereses tan heterogéneos.

IV. NECESIDAD DE INTERVENCIÓN PENAL

De la identificación de un posible interés merecedor de protección por parte del ordenamiento jurídico no puede derivarse todavía la necesidad de la intervención penal. Las exigencias materiales derivadas del principio de intervención mínima no pueden ser obviadas a pesar de la trascendencia que el *mobbing* ha alcanzado a todos los niveles en los últimos años.

La tentación de ofrecer respuestas penales a todos los conflictos sociales modernos está cada vez más extendida, aunque es preciso decir que son precisamente los penalistas los más reacios, en general, a participar de ese proceso incontenente de expansión. En el Derecho penal laboral, así como en otros sectores en los que intervienen varias ramas del ordenamiento con potestad sancionadora, o con capacidad de regulación positiva de los conflictos, las precauciones deben ser máximas. El riesgo de duplicar intervenciones es muy elevado y el recurso a fórmulas vagas para diferenciar las conductas de cada rama del ordenamiento es excesivamente habitual. A ello hay que añadir los habituales vicios en la gestión de estas duplicidades por parte de las administraciones públicas, que introducen conflictos competenciales injustificables para asumir la tramitación de los expedientes sancionadores o procesos judiciales con criterios que no tienen un soporte material admisible.

En cualquier caso, la principal objeción que se plantea desde el ordenamiento penal a una intervención específica en materia de acoso moral deriva de la necesidad de observar un respeto escrupuloso de los límites garantistas a los que está sometido. El principio de subsidiariedad derivado de la idea de mínima intervención, sólo legitima la intervención penal a partir de la insuficiencia manifestada por, o presumida de, otras ramas del derecho para abordar con eficacia las conductas identificadas como lesivas.

Afirmar en estos momentos que el Derecho laboral, o que el derecho disciplinario al que se somete la administración pública, no están en condiciones de afrontar los casos más graves de *mobbing*, que, por otro lado, pueden ser reconducidos en vía penal a otros tipos ya asentados en el derecho positivo, carece en estos momentos de la suficiente base empírica como para ser taxativos sobre el fracaso del Derecho laboral y la necesidad de intervención penal.

Esto nos lleva al tercero de los problemas que era necesario afrontar, esto es, cómo abordar la concreta tipificación de un delito de acoso moral sin incurrir en violaciones del principio de legalidad penal y sus diferentes corolarios.

V. TIPIFICACIÓN Y GARANTÍAS

Uno de los principales problemas con los que se encuentra el intérprete penal en materias como la que ahora se aborda, reside en el procedimiento por el que se incorporan determinadas políticas criminales de procedencia internacional a los ordenamientos nacionales de los estados soberanos con competencia exclusiva en materia criminal. La acción legislativa de las directivas europeas, en el caso del acoso, se traslada a los estados nacionales de forma global y pretende imponer criterios legislativos penales a través del diseño de políticas que no responden a las exigencias básicas del ordenamiento penal.

La acción legislativa penal está muy condicionada por el respeto a límites y garantías esenciales del estado de derecho y de la ciencia penal sometida a principios de actuación democráticos, mientras que las políticas criminales de origen internacional constituyen normalmente adendas o apéndices de políticas más amplias que detectan conflictos supranacionales sobre los que priman las pretensiones de eficacia. Si la prioridad reside en alcanzar el cumplimiento de objetivos materiales de reducción del fenómeno conflictivo, la tendencia será sustituir elementos perturbadores de origen garantista por medidas capaces de abordar los aspectos negativos del fenómeno. De este modo el Derecho penal se constituye simplemente en un instrumento auxiliar al servicio de políticas más generales que no dudan en destacar sólo los aspectos represivos sancionadores de esta disciplina. El narcotráfico, el blanqueo de capitales y el terrorismo constituyen ejemplos paradigmáticos de este fenómeno. Las normas o reglas internacionales, emanadas de instituciones con más o menos capacidad de regular la actividad de los ciudadanos y de los Estados, describen conductas, señalan autores, establecen consecuencias accesorias, es decir, establecen marcos de tipicidad y de antijuricidad a los que de un modo u otro quedan constreñidos los legisladores penales nacionales y a los que difícilmente pueden oponerse.

En materia de acoso moral está ocurriendo un fenómeno similar. La tendencia a aceptar como válido, con carácter universal, el concepto de acoso plasmado en la normativa europea no penal, así como su naturaleza discriminatoria, quizás pueda resultar aceptable para su incorporación al orden administrativo o laboral, pero no necesariamente al penal, donde la intervención mínima, la taxatividad en la descripción de los tipos y el principio de culpabilidad son barreras infranqueables para una política criminal de naturaleza eficientista.

Al igual que ocurre con muchos otros tipos penales, las conductas de acoso moral no pueden diferenciarse con claridad, esto es, con taxatividad, en los órdenes laboral y penal.

Ya en el delito de discriminación laboral el legislador penal no consiguió encontrar otro recurso que añadir a la conducta acosadora la reiteración y no cesación del comportamiento a requerimiento de la administración para construir la conducta típica. Ante la imposibilidad de identificar una conducta con un alto grado de lesi-

vidad, se puso el acento en la contumacia del autor para poder alcanzar relevancia penal, lo cual es un claro signo de inseguridad del legislador.

En materia de acoso moral en el trabajo, la única propuesta española realizada por el Grupo socialista del Congreso de los Diputados en 2001 reproduce la misma técnica y fija la intervención penal a partir de la reiteración de la conducta y la no dejación del acto de acoso. Planteada como una forma más de discriminación se proponía como nuevo art. 314 bis con el siguiente contenido: *“los que, mediante reiterado acoso moral o psicológico, degraden o consienten que se degraden las condiciones de trabajo de alguna persona y no cesen o adopten las medidas que eviten el mismo, tras requerimiento o sanción administrativa...”*

Este proyecto de precepto resulta muy ilustrativo ya que carece de elemento alguno que describa una conducta sustancialmente distinta a la que la legislación laboral podría regular. Sólo el requerimiento o la previa sanción administrativa justifica la intervención penal configurando un típico delito de desobediencia que, cuando lo es a la Administración pública, en las pocas ocasiones que así lo recoge el CP, es objeto de las más rotundas críticas de la doctrina penal. El papel del Derecho penal no puede ser el de asegurar la eficacia o el respeto de las demás instancias sancionadoras del Estado y, por lo tanto, el esfuerzo del legislador debe ir dirigido a identificar conductas especialmente lesivas, y su obligación es renunciar a intervenir si no es capaz de cumplir aquella misión que se le encomienda en el marco de los principios y garantías que lo limitan.

Otro de los riesgos más comunes es acudir a expedientes tan simples y arriesgados como el que resulta de introducir la idea de gravedad para justificar la intervención penal. El acoso moral será delito cuando sea grave e infracción administrativa cuando no lo sea. Esta fórmula, repetida en numerosas ocasiones en el Código penal, por ejemplo en el mismo art. 314 (CP), que castiga la discriminación grave, es en el fondo una fuente visible de inseguridad. La validez de tales técnicas de tipificación pasa necesariamente por realizar una mínima descripción de la acción típica de la que surja un desvalor suficiente que justifique el recurso a la pena.

VI. RESPUESTAS DEL DERECHO POSITIVO VIGENTE

Una parte de la doctrina penal considera que todas las conductas relevantes de acoso moral en el trabajo ya están recogidas en un conjunto de delitos amplio. Carmona Salgado considera estas conductas como acciones pertenecientes a un fenómeno amplio y muy grave, pero que es incapaz de ser reconducido a una sola formulación típica⁶.

⁶ CARMONA SALGADO, C., “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*Mobbing*)”, cit.

El argumento para rechazar la creación de una nueva infracción se basa en la existencia de un arsenal punitivo extenso que, además, incorpora un desvalor suficiente representado por la gravedad de las sanciones que los tipos aplicables contienen.

De este modo, las amenazas y coacciones, las lesiones, los atentados contra la integridad moral y los delitos contra el honor, amén de la posibilidad de aplicar algunos delitos contra los derechos de los trabajadores, podrían ser suficientes para abordar la problemática. El acento se pone, por lo tanto, en reflexiones sobre la interpretación de los tipos y sobre el diseño de estrategias político criminales asociadas a la gestión del fenómeno por parte de tribunales, fiscales, policía, inspección de trabajo y por los protagonistas del propio acoso.

Lógicamente, renunciar a nuevos tipos representa aceptar que aquellas conductas que quedan fuera de los delitos mencionados no tienen la entidad suficiente como para merecer una respuesta penal, quedando, en su caso, como el sector propio del Derecho laboral sancionador.

VI.1. Las amenazas y las coacciones

En el contexto de una situación de acoso, tal y como se suele describir por los especialistas que han tratado su fenomenología, las amenazas y las coacciones no representan, con mucho, la normalidad en los actos acosadores. Por su propia configuración, por tratarse de delitos contra la libertad de sujetos en términos de protección individual de las personas, en los que el mal de referencia no puede ser de cualquier entidad o es preciso el ejercicio de la violencia, los mismos sólo tendrán un papel secundario, que se producirá en la menor parte de las ocasiones y que, en su caso, tendrá un tratamiento a través de los concursos como acciones aisladas realizadas como un elemento más de acoso. En el caso de las coacciones, no obstante, al aceptarse la violencia psicológica como una forma más de ejercer las coacciones, y consistir la conducta en impedir hacer lo que la ley no prohíbe o compeler a otro a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, no es en absoluto desdeñable que el conjunto de la actividad acosadora pueda recibir un tratamiento único a través de este delito, cuya pena puede alcanzar los tres años de prisión, especialmente en los supuestos en los que el objeto de la coacción sea impedir el ejercicio de un derecho fundamental.

Sin embargo, es preciso reconocer su limitado alcance al no poder ser identificadas las acciones individuales como coactivas o no alcanzar por sí mismas el grado de violencia o gravedad que los tipos de coacciones y amenazas exigen. Todas las acciones pertenecientes al fenómeno del "ninguneo" quedarían, de este modo, al margen de la acción penal.

VI.2. Delitos contra la intimidad

Otra de las conductas habituales dirigidas a minar la resistencia del trabajador consiste en ponerle de manifiesto que carece de espacios de intimidad en el seno

de la empresa. Control y lectura de correspondencia tradicional o telemática, instalación de tecnología de control en la empresa dirigida al control injustificado de sujetos específicos, difusión de los secretos entre otros sujetos activos del acoso o entre espectadores pasivos del mismo para reforzar la idea de rechazo, son todas conductas recogidas en los artículos 197 y siguientes CP.

VI.3. Lesiones

La experiencia aportada por especialistas psicólogos y médicos resalta cómo los casos más graves de acoso moral finalizan con procesos patológicos en los que se manifiesta una enfermedad más o menos permanente de carácter psíquico o se traducen en somatizaciones de situaciones psíquicas extremas, que en el terreno laboral se manifiesta en forma de bajas y, en su caso, en abandonos voluntarios del puesto de trabajo.

Los artículos 147 y 149 CP, reguladores de los delitos de lesión castigan los resultados de estos procesos con penas máximas que van hasta los tres años en el tipo básico de lesiones psíquicas, y hasta los doce años de prisión cuando las enfermedades somáticas o psíquicas sean graves. Del mismo modo, no hay que olvidar el párrafo añadido al art. 147 que castiga con prisión de seis meses a tres años al que haya realizado la acción de la falta de lesiones físicas o psíquicas cuatro veces en un año. Esta fórmula, tan criticable por otro lado, permite que lesiones psíquicas no constitutivas de delito, esto es, las que no requieren tratamiento médico o quirúrgico, tengan mayor respuesta penal a través de la idea de reiteración tan propia de las conductas de acoso.

A pesar de ello, está claro que para aplicar estos delitos es necesario que el acoso haya derivado en un resultado lesivo ya que las tentativas de lesión psíquica en la práctica son casi inaplicables. Esto supone una nueva limitación de un tipo penal para acoger con carácter general las conductas de acoso, pues no todas serán visibles a través de una lesión, añadiéndosele la dificultad de imputación objetiva de los resultados en procesos extendidos en el tiempo en el que, por ejemplo, pueden participar varios sujetos con diferentes aportaciones sin concierto alguno. A lo cual hay que contraponer que, en la realidad, son las bajas médicas las que vienen a probar en la mayor parte de las ocasiones la presencia del acoso.

VI.4. Calumnias e injurias

Como en los supuestos anteriores y con el mismo carácter excepcional, algunos actos de acoso podrán ser constitutivos de calumnias o de injurias a través de la imputación de un delito con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio a la verdad (art. 205 CP), o a través de una expresión o acción que lesione la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, de forma grave (art. 208 CP).

Sin embargo, las posibilidades de aplicar estos tipos en el acoso moral son muy reducidas en la medida en que la acumulación de acciones o expresiones no injuriosas en sí mismas no pueden configurar una conducta injuriosa considerada en su totalidad. No son típicos comportamientos cuya suma de actos independientes no puedan por sí mismos afectar al honor de la persona. Si no es típica una de las acciones o expresiones, la conducta resultará atípica. De este modo, a la hora de afrontar el acoso como conducta prolongada en el tiempo sólo surgirá responsabilidad penal por atentado contra el honor en aquellos casos puntuales en los que una acción o expresión resulte un atentado grave contra la dignidad del ofendido no pudiendo ser valorados los demás comportamientos acosadores como integrantes del delito y sólo podrán tener relevancia como indicio probatorio en la responsabilidad por calumnia o injuria.

VI.5. Imposición de condiciones ilegales de trabajo (art. 311.1 CP) y discriminación laboral (art. 314 CP)

También es posible identificar formas de acoso moral a través de la imposición de condiciones ilegales de la prestación laboral o a través de actos discriminatorios con base en las causas señaladas en el art. 314 CP.

A diferencia de los anteriores delitos analizados, en estos dos supuestos estamos ante específicos delitos laborales en los que el fundamento de la punición tiene relación directa con la afectación a derechos fundamentales de sujetos que tienen la condición de trabajadores. Ya no estamos ante bienes jurídicos individuales del sujeto acosado, sino ante bienes jurídicos protegidos por su dimensión colectiva que pertenecen en exclusiva a sujetos que ostenten la condición de trabajadores y que hacen referencia a derechos básicos de los sujetos trabajadores en el ejercicio de su prestación laboral.

Sin embargo, dichos tipos presentan inconvenientes importantes para dar un tratamiento suficiente al acoso moral. En primer lugar, el delito de imposición de condiciones ilegales de trabajo está limitado por tratarse de un delito especial en el que sólo el empresario está en condiciones de cumplir con la tipicidad del delito⁷. Que el sujeto afectado esté al servicio del acosador no tiene porqué representar la normalidad de estos comportamientos. Al contrario, los empresarios, al menos en empresas medianas y grandes no tendrán contacto directo con los sujetos acosados que normalmente lo son por mandos intermedios que no pueden ser autores del delito del art. 311, excepto que se aprecie una posible responsabilidad en comisión por omisión. En todo caso, sólo acosarán los empresarios a las primeras escalas de mando que son los sujetos con los que tienen relación. En segundo lugar, la propia tipicidad del comportamiento excluye la mayor parte de los actos identificados de

⁷ BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 69.

acoso que, como Terradillos y Baylos ponen de manifiesto⁸, se refieren especialmente a los supuestos de trabajo negro o sumergido, situaciones que generan el comportamiento típico por antonomasia de imposición de condiciones laborales y de Seguridad Social ilegales al excluir a los trabajadores sumergidos de todos los Standard mínimos de tutela legal o convencional. Las conductas de acoso no tienden en su mayor parte a reducir o negar derechos reconocidos legalmente o a través de la negociación colectiva, por lo que sólo en supuestos excepcionales entrarían por la vía del art. 311 CP.

En cuanto al delito de discriminación, si bien los actos de acoso significarán, en términos muy laxos, un trato desigual respecto de otros trabajadores, su aplicación es igualmente limitada, principalmente por las causas discriminatorias enumeradas en el precepto que limitan injustificadamente una reducción de la prohibición del acoso, que no tiene un fundamento discriminatorio o atentatorio contra la igualdad, sino contra la dignidad del trabajador durante su prestación laboral. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incide en este error al reducir el acoso al cumplimiento de determinadas condiciones del sujeto pasivo cuando, además, concorra una intención específica de generar un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo⁹.

Partiendo de concepciones como la anterior difícilmente podrá aplicarse el art. 314 CP a los casos de *mobbing*.

VI.6. Acoso sexual

Con el acoso sexual, el acoso moral tiene una relación de naturaleza criminológica en el sentido de que son numerosos los estudios que asocian un comportamiento de acoso moral con un episodio anterior de acoso sexual fracasado. No obstante, hay que tener en cuenta que las estadísticas sobre *mobbing* suelen dar unas cifras de víctimas mujeres y hombres muy parejas, existiendo una disparidad de opiniones sobre si son los sujetos en precariedad laboral (principalmente mujeres)¹⁰ o los que presentan estabilidad laboral las principales víctimas de acoso moral. Retomando la idea inicial de que el acoso moral está más relacionado con conflictos de competencia interna entre trabajadores y jefes o entre compañeros, las similitudes entre acoso sexual y acoso moral se encuentran más en los métodos de actuación y en los efectos sobre la salud psíquica de la perso-

⁸ BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 75.

⁹ GONZÁLEZ AGUDELO, G., "Discriminación laboral y violencia de género en el trabajo según la jurisprudencia penal", en *Revista de Derecho Social*, en prensa; resalta el apoyo jurisprudencial a la identificación entre acoso y discriminación.

¹⁰ PÉREZ DEL RÍO-ÁLVAREZ DEL CUBILLO-DE LA FLOR FERNÁNDEZ-GUERRERO PADRÓN, *Igualdad y no discriminación por razón de género. La norma jurídica y su aplicación en Jerez de la Frontera*, cit., p. 82.

na acosada que en los intereses a proteger, por lo que, desde el punto de vista jurídico penal, es recomendable mantener una clara separación entre ambas conductas y su tratamiento¹¹.

Otra cosa es exigir la puesta en marcha de políticas públicas activas que vinculen ambos fenómenos para diseñar planes de prevención más eficaces.

VI.7. Delito contra la integridad moral

Entre todas las respuestas que ofrece el Derecho penal vigente al *mobbing* o acoso moral, el contenido del art. 173 CP es considerado como el más adecuado, al ser el que mejor define la fenomenología de la conducta, el que más se aproxima al interés a proteger y el que de forma global resulta menos especializado y abarca el mayor número de comportamientos. Además, la pena de prisión de hasta dos años representaría una respuesta adecuada desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Todo lo cual, no puede hacer olvidar las críticas que se han vertido sobre este delito que, pese a ser la respuesta penal a los atentados contra el derecho fundamental a la integridad moral recogida en el art. 15 CE, ha sido redactado en términos que no son del todo satisfactorios para principios como el de taxatividad o de intervención mínima¹².

El tipo se refiere a la acción de infligir un trato degradante sin definir en que consiste dicho trato y además exige que dicho trato suponga un menoscabo grave de la integridad moral. Todo ello nos pone ante un tipo abierto excesivamente amplio que, al menos, debe provocar una situación de vejación o humillación al sujeto pasivo del delito en contra de su voluntad. Afirma Muñoz Conde, que las diferencias típicas ejecutivas con las coacciones son inexistentes excepto por la presencia de la idea de humillación y su resultado sobre la integridad moral del sujeto pasivo¹³. En contra de esta postura, Rodríguez Mesa, para quien resulta aquel un criterio muy restrictivo, proponiendo que puedan ser también constitutivos de delito los ataques a la inviolabilidad de la conciencia no necesariamente humillantes¹⁴.

¹¹ No lo hace así, MATA LLÍN EVANGÉLICO, para quien, en el acoso sexual, la integridad moral representa el valor inmediatamente protegido (*El nuevo delito de acoso sexual*, ed. Revista General del Derecho, Valencia, 2000, p. 30; GONZÁLEZ AGUDELO, por su parte, considera el acoso sexual como un tipo pluriofensivo, que afecta tanto a intereses individuales como a intereses colectivos, estos relacionados con el ambiente laboral o académico en el que se produce el acoso ("Discriminación laboral y violencia de género en el trabajo según la jurisprudencia penal", cit., p.4).

¹² CARMONA SALGADO, C., "Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*Mobbing*)", cit.

¹³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 184-185; en el mismo sentido DÍAZ PITA, M.M., "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XX, 1997, pp. 80-81.

¹⁴ RODRÍGUEZ MESA, M.J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por los funcionarios públicos*, ed. Comares, Granada, 2000, p. 174.

En su relación con el acoso moral, no hay duda de que la mayor parte de las conductas que desde diversas disciplinas e instituciones han sido definidas como de acoso moral, a partir de la caracteriología realizada por Leymann, tendrían cabida, sin mayores dificultades, en un tipo tan genérico como este. Para decidir cuales de todas ellas merecen una respuesta penal sólo habría que acudir al expediente de la gravedad, tan inconcreto como flexible, que daría a los tribunales un instrumento suficiente para resolver la mayor parte de los conflictos.

Sin embargo, esta solución no puede ocultar algunos problemas adicionales relacionados con la identidad del bien jurídico protegido, el alcance del tipo en relación con los sujetos activos o la falta de algún elemento relativo a la relación laboral, que es el que da sentido al fenómeno del acoso moral.

En primer lugar, hay que recordar que estamos ante un delito que protege un bien jurídico individual, la integridad moral reconocida como derecho fundamental en el art. 15 CE (SSTSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2001 y de 30 de julio de 2004, que entienden que el *mobbing* afecta a la integridad moral del trabajador ya en el orden social). Tratar en este contexto el acoso laboral supondría diluir la relevancia penal del fenómeno, algo que puede ser defendible, pero de lo que hay que ser consciente. La importancia del *mobbing* deriva, no sólo, de las consecuencias que tiene para el sujeto que lo padece, sino del contexto en el que se produce y del hecho de que el sujeto, en su condición de trabajador, está en un mayor riesgo de sufrir una situación de acoso, ante la cual tiene menos elementos de reacción que en otras situaciones de menor dependencia. Esto llevaría a defender una concepción colectiva del bien jurídico a proteger, no tanto como la integridad moral del sujeto persona individual, que sería la base esencial que legitimase la intervención penal, sino, y superponiéndose a esa realidad individual, la integridad moral del trabajador.

En segundo lugar, al tratarse el tipo del art. 173 de un delito común en el que sujeto activo puede ser cualquiera, se perdería un elemento básico en la relación laboral: la estructura jerarquizada de la empresa o la administración pública. Esto pone sobre la mesa la discusión acerca de si el acoso realizado por compañeros puede ser relevante en vía penal. Ya en la jurisdicción laboral, el Juzgado de lo Social número 1 de Ibiza en Sentencia de 9 de diciembre de 2004 afirma que no puede ser relevante el acoso moral entre colegas, aunque sí puedan derivarse sanciones disciplinarias al margen de la vía laboral. Aceptando esta interpretación, con el texto del art. 173 CP, podría ser delito lo que en el orden social no puede ser constitutivo de infracción. Esto justifica un tratamiento restrictivo del acoso laboral a través del delito contra la integridad moral. Si se penaran estas conductas entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, reflejándose en el tipo la relación de jerarquía, se permitiría que el art. 173 se aplicase a compañeros de trabajo por aquellos ataques que no tengan necesariamente una significación laboral o sean actos de denigración puntuales y graves no calificables de acoso.

Finalmente, el art. 173 es equidistante de los actos contra la integridad moral realizados en cualquier ámbito. No representa una respuesta al *mobbing*, por lo que, una objetivación de los comportamientos típicos punibles, válida para cualquier contexto de relación social, reproduce en cierto modo las posiciones que en otros momentos se adoptaron para entender que era innecesario castigar de forma específica la imposición de condiciones ilegales de trabajo al poder ser cubiertas por los tipos de coacciones, identificando la relevancia del delito laboral con el ejercicio de la violencia o intimidación¹⁵.

No parece, por lo tanto, que el art. 173 sea la respuesta penal que precisa este fenómeno, a pesar, incluso, de la posición de la FGE que en la interpretación que hizo en la Circular 1/1998 instaba a la persecución de *“aquellas conductas aisladas que por su naturaleza tienen entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima, cuanto de aquellas otras que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido por este delito, sin embargo, en tanto que reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave”*.

VII. EXIGENCIAS MÍNIMAS DE UN TIPO PENAL DE ACOSO

A la hora de tipificar el acoso moral en el trabajo las dudas son tantas o mayores que las planteadas con anterioridad respecto de los tipos ya existentes en el CP.

Entre las diversas posibilidades que pueden manejarse, serían sostenibles, en principio, dos opciones: en primer lugar, mantener la respuesta penal al *mobbing* entre los delitos contra la integridad moral, como subtipo agravado en consideración a la relación laboral subyacente a la conducta; en segundo lugar, configurar un tipo penal específico entre los delitos contra los derechos de los trabajadores con base en la protección de la integridad moral de los mismos como colectivo.

La primera de las soluciones evita problemas de legitimación al tratarse de una fórmula protectora de un bien jurídico individual cuya lesión material forma parte del tipo, se parte de un delito ya asentado doctrinal y jurisprudencialmente, aunque aglutine todos los defectos ya mencionados con anterioridad, permitiendo que estos defectos pudieran solventarse en el tipo agravado. Por el contrario, tiene el inconveniente de no poder justificarse de forma conveniente que el acoso moral en otros ámbitos no laborales, pero sometidos fuertemente a relaciones de poder o de jerarquía, quedasen al margen de la agravación: la actividad militar, universitaria o de las organizaciones religiosas, por ejemplo. La situación final sería de nuevo una posible dilución del alcance laboral del *mobbing* con escasos avances, sólo de carácter penológicos.

¹⁵ BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 72.

La segunda opción, crear un tipo de acoso en el Título XV, podría pasar, a su vez, por dos variables. Primero, crear un tipo penal sobre la base del art. 173 CP con la protección de un bien jurídico individual, incluso con la pena de referencia de aquel delito, pero referido al ámbito laboral, lo cual evitaría el problema de su falta de identificación antes mencionado, empleándose una fórmula similar a la que el legislador ya usó con el delito de negación a someterse a las pruebas de alcohol en relación con el delito de desobediencia.

La segunda variable supondría crear un verdadero tipo penal de acoso moral en el trabajo, con todo lo que ello conlleva respecto a la identificación de un bien jurídico, la técnica de tipificación utilizada, la selección de los sujetos activos del delito y las conductas sancionables.

El delito de discriminación laboral protege un bien jurídico de naturaleza individual¹⁶, la igualdad, que, frente a otras situaciones de desigualdad en las relaciones sociales, adquiere relevancia penal por producirse su afectación en el marco de unas relaciones, las laborales, en las que el trabajador se encuentra sometido a un mayor riesgo de afectación y se encuentra en una situación de mayor inferioridad para rechazar las conductas discriminatorias.

En cambio, en el acoso moral laboral se puede identificar un bien jurídico colectivo. Se protege al sujeto, en tanto que trabajador, de situaciones de humillación y degradación por ser realizadas en entornos de desprotección frente a una estructura organizativa o un grupo de personas que controlan dicha estructura. Que las conductas identificadas de acoso moral laboral puedan ser reconducidas a la idea de lesión de la integridad moral del colectivo de trabajadores, debe evitar identificar el medio comisivo, esto es, la conducta acosadora, o el lugar de realización de las conductas, con el propio interés merecedor de protección. El acoso genérico, como en el acoso sexual, sólo se representa como el mecanismo de afectación al bien jurídico y no es referente de otro interés diferente que sólo podría representarse con ideas tan vagas y genéricas como son la tranquilidad o la seguridad o el disfrute de un espacio personal y profesional sin injerencias cuyo acotamiento típico, como es bien conocido en el Derecho penal anglosajón, carece prácticamente de límites.

En segundo lugar, debería tipificarse como un delito de riesgo en el que la integridad moral estuviese en peligro real de ser afectada. Ello permitiría que la creación de situaciones de riesgo no concretas en las que se puedan desarrollar situaciones de acoso moral quedaran abarcadas exclusivamente por el Derecho laboral a través de la idea de prevención de riesgos laborales, salvo que pudiesen entrar en el ámbito del art. 316 CP, que sería el lugar adecuado para su tratamiento.

¹⁶ BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho Penal del trabajo*, cit. p. 128.

En tercer lugar, el *mobbing* penalmente relevante debería quedar acotado a los supuestos en los que se produce en el marco de una relación de jerarquía. Un tipo específico en el Título XV tiene sentido en la medida en la que la presión laboral a través de la humillación tenga en cuenta la posición de sometimiento del trabajador en la empresa o servicio público. No basta que se realice en el espacio físico de la empresa o administración pública, además es necesario que la posición del trabajador respecto del acosador implique una disminución en la capacidad de oposición o de defensa frente al trato denigrante. Esto no significa que el acoso realizado por otros sujetos en la empresa resulte inocuo penalmente, puesto que el art. 173 CP siempre podrá ser objeto de aplicación para estos supuestos cuando se cumplan los requisitos típicos mínimos de esta infracción.

Finalmente, el problema práctico más importante reside en la tipificación de la conducta, en configurar una descripción que supere la descripción de la misma en sede laboral y sea representativa de un desvalor de acción y de resultado capaz de acotar su aplicación, con respeto a la exigencia de taxatividad y al principio de intervención mínima.

El primer paso, pasa por rechazar fórmulas que se centren sólo en un elemento tan indeterminado como es la gravedad de la afectación al bien jurídico. Esta exigencia está presente a lo largo de todo el articulado del CP y es el que se fija en el art. 173 CP, con la referencia del trato degradante como elemento objetivador de la lesión.

El acoso moral laboral como tipo específico no puede centrar su tipicidad en el trato degradante, puesto que estaríamos ante la anterior de las opciones planteadas, esto es, un tipo especial con base en el ataque a la integridad moral. El elemento esencial de su tipificación sería el acoso, acoso realizado en un determinado ámbito y por sujetos específicos.

Pero dicho acoso no debería tener sólo un aspecto objetivo de reiteración de conductas denigrantes en un tiempo o situación concreta, sino que su significación laboral debería formar parte de la descripción de la conducta, no mediante elementos subjetivos del tipo que resalten una intencionalidad difícil de definir, sino acotando de manera genérica los actos de acoso relevantes en el marco del ejercicio de derechos esenciales reconocidos en la legislación laboral. Si los actos de acoso no son en su conjunto relevantes para alterar el ejercicio de esos derechos, además de la presencia de elementos de denigración del trabajador, la respuesta debería ser sólo laboral o, en su caso, ser reconducida al tipo general del art. 173.

La idea a transmitir al legislador es que evite recurrir a fórmulas como la de la discriminación, más próximas a la categoría de las desobediencias, para diferenciar un delito de una infracción laboral según intervenga o no la administración en el conflicto, y que no se centre en la idea de gravedad que deja en manos de la propia administración la decisión de la intervención penal y obliga a los tribunales a establecer estándares al que referir las conductas en los casos particulares.

VIII. CONCLUSIÓN

A pesar de lo anteriormente dicho, cualquier iniciativa penal, especialmente en materias reguladas de forma extensa por otras ramas del ordenamiento, incluso con capacidad sancionadora, pasa por ser escrupulosamente respetuosos con el principio de subsidiariedad. Que, tras esa reflexión, se pueda legitimar plenamente la vigencia de los actuales delitos contra los derechos contra los trabajadores del Título XV, no autoriza a afirmar que todos los conflictos laborales deban encontrar forzosamente una respuesta penal específica. Afirmer en este momento que es necesario un tipo de acoso sin haber constatado con criterios criminológicos la incapacidad del resto de disciplinas para dar una respuesta suficiente al fenómeno del acoso moral laboral no está suficientemente fundamentado. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de septiembre de 2004, que ordena la continuación del procedimiento penal iniciado por una conducta calificada de *mobbing*, acepta lógicamente que el acoso moral como fenómeno pueda ser debatido en la jurisdicción penal, eso sí, cuando las conductas identificadas puedan ser subsumidas en los tipos penales vigentes, esto es, aquellos que ya han pasado por el proceso de selección penal a través de los criterios de merecimiento, necesidad y capacidad de protección a través del Derecho penal.

No parece admisible, a priori, instalar una desconfianza general sobre el resto de ordenamientos sancionadores y buscar el Derecho penal y el recurso a la pena de prisión como solución general para todos los conflictos sociales con cierta trascendencia. Tan inadmisibile, por cierto, como pretender que todos los conflictos modernos, sólo por el hecho de tener esta cualidad cronológica y por ser referentes, la mayor parte de ellos, de los procesos socioeconómicos, deben ser apartados del sistema penal y ser abordados por algún sucedáneo sancionador penal-administrativo o simplemente desalojados del Derecho penal en su conjunto.

CAPÍTULO V. LAS MUTUAS Y SU PAPEL EN LA REPARACIÓN DEL ACCIDENTE DE TRABAJO.

RAFAEL MARTÍNEZ GÓMEZ, ABOGADO

Una vez analizado el papel de las Mutuas en la prevención del accidente como uno de los elementos paliativos de la siniestralidad laboral, hemos de ver cual es el papel de las Mutuas en la reparación de ésta, no sin antes decir como cuestión previa que dentro de los agentes económicos y sociales que intervienen en él, empresa y trabajador, la protección de la Seguridad y la Salud, viene regulada en los artículos 4.2 d y 19.1 ET y ésta viene configurada como un derecho de los trabajadores. Correlativamente a este derecho queda establecido también en el mismo artículo en su punto 2 y en el art. 5 ET: la obligación que el trabajador tiene de observar en su puesto de trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene.

La LPRL, en el art. 14.1 párrafo segundo, unifica los dos conceptos y por tanto en el mismo texto regula el derecho y la obligación a la protección de los riesgos laborales. Utilizando el término “obligado” para referir el enlace entre un derecho y un deber, es decir, el derecho del trabajador a la protección eficaz en materia de seguridad, supone la existencia de un deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

El accidente de trabajo constituye una de las más dramáticas circunstancias en que puede verse involucrado quien presta una actividad productiva. El riesgo, o la proximidad de un daño, resulta ser el trágico compañero de viaje de todo trabajador.

La historia del trabajo, en su lado oculto, se puede contemplar preñada de situaciones en que el estado de salud y la capacidad para trabajar del individuo se han visto alteradas.

No obstante todo lo anterior, no será hasta el siglo XIX, cuando la cuestión sea calificada como un grave problema social. Desde entonces hasta el presente, idénticos presupuestos de partida, como son el accidente de trabajo y su protección social; y desde distintos presupuestos económicos, sociales, y jurídicos, van a converger en un homogéneo común denominador legalmente configurado. En todo el proceso evolutivo quedará contextualizada la normativa española, y seguirá siendo así en el futuro.

Se ha dicho, y con razón, que el cambio de las condiciones técnicas de producción, el recurso a fuentes de energía inanimadas, y la fabricación en serie, habían reducido las altas cotas de peligrosidad de la producción existente con anterioridad. Sin embargo, cuestiones de índole económica y jurídica situaron al accidente de trabajo en un lugar preeminente dentro de las agendas legislativas.

Hay un dato incuestionable: tenemos un problema con las accidentes de trabajo. El número de accidentes es elevado: 948.896 accidentes con baja en el año 2002 excluidos los accidentes *in itinere*; más de 11.700 accidentes son graves y 1.104 han determinado la muerte del accidentado. Hay algunos datos adicionales de interés concretamente dos:

1º) Los accidentes han sido crecientes hasta los últimos años; en 1994 hubo 537.000 accidentes, con lo que el número de accidentes se ha doblado, aunque en los últimos años se advierte una mejoría.

2º) El número de accidentes parece insensible a la acción normativa. Han seguido creciendo desde 1995, pese a que ese año se aprueba la LPRL, presentada en su día como una panacea y sólo parecen sensibles al volumen de empleo.

Es éste un fenómeno que tiene múltiples causas y no se puede simplificar. Hay autores que examinando los distintos factores que influyen en el número de accidentes de trabajo, conceden una especial atención al crecimiento del empleo y de la temporalidad.

El Derecho organiza la protección contra los accidentes a través de tipos de medidas: unas tienden a la reparación y otras a la prevención mediante unas sanciones punitivas. Sin embargo, estas medidas no pueden separarse. La lógica de la reparación debe incluir un efecto preventivo. Se trata no sólo de compensar a la víctima el daño sufrido, sino de lograr que sea el agente causante del daño el que tenga que soportar su coste y no pueda “externalizarlo”. En esa “externalización” la función de reparación se separa en la prevención. Esta puede suceder de dos formas. Un sistema puede funcionar limitando o perturbando la reparación de forma que los daños del accidente se soporten en todo o en parte por las víctimas. Pero también puede “socializar” los daños y esto es lo que sucede cuando se opta por un sistema de aseguramiento público de los daños, en el que la colectividad en su conjunto asume la financiación de la protección. De esta forma, la víctima será compensada, pero se eliminará el efecto de prevención porque quien produce el daño no tiene que soportar su coste.

La responsabilidad como institución jurídica es la que permite establecer el nexo entre la reparación y prevención, mediante la “internalización” del coste de los accidentes.

Pues bien, desde esta perspectiva que relaciona la reparación y la prevención a través de la responsabilidad, paso a examinar en grandes líneas, lo que ha sucedido en el sistema español.

En España, como en la mayoría de los sistemas europeos, la protección de los accidentes de trabajo se ha centrado en la responsabilidad empresarial. La evolución suele presentarse en cuatro fases: de la responsabilidad por culpa propia del régimen civil común se pasó en 1900 a una responsabilidad objetiva por el riesgo profesional, que, a partir de 1932, se somete a un aseguramiento obligatorio y que en 1967 se integra en la Seguridad Social.

No voy a detenerme ahora en el examen de los sistemas históricos de reparación. Insistiré sólo en sus limitaciones. La primera limitación consistió en la reducción de la reparación. Los trabajadores lograron el reconocimiento de la responsabilidad objetiva de los empresarios, pero éstos, como contrapartida, consiguieron limitar la reparación: el pago de las indemnizaciones legales (inferiores al daño total) y, en su caso, del recargo impedía a la víctima formular otras reclamaciones, aun en los supuestos de culpa del empresario. Esto es lo que se conoce como principio de inmunidad. Con el nuevo Sistema de Seguridad Social, que rige desde 1967, el principio de inmunidad se elimina. Ahora las prestaciones de la Seguridad Social por accidente de trabajo son compatibles con las indemnizaciones por responsabilidad civil o penal del empresario (art. 127.3 LGSS) y lo mismo sucede con el recargo de prestaciones (art. 123.3 LGSS). Este es un sistema de cobertura que está en función de la responsabilidad empresarial. Pero dentro del accidente de trabajo –a golpe de ley o de sentencia– se han incluido supuestos que nada tienen que ver con la esfera de riesgo profesional del empresario. Desde los accidentes *in itinere*, que son accidentes derivados del sistema de tráfico moderno, al inefable accidente de trabajo del trabajador autónomo (accidente de trabajo sin empresario), pasando por el accidente de trabajo de los miembros de las mesas electorales (el accidente de trabajo sin trabajador), por no hablar de las enfermedades cardíacas o *mobbing* de los supuestos de fuerza mayor.

La socialización de la reparación es positiva, porque mejora la protección y la hace más segura, al eliminar el riesgo de que el daño quede sin reparación por la insolvencia del sujeto responsable. Pero la socialización de la responsabilidad es negativa, porque elimina el efecto preventivo. Si desvinculamos el accidente de trabajo de la responsabilidad empresarial, estamos debilitando la prevención.

Entrando en el referido sistema desde la perspectiva que nos ocupa, la reparación, he de señalar que los distintos mecanismos de reparación se han ido superponiendo históricamente sin una coordinación general. Estos mecanismos son tres: las prestaciones de la Seguridad Social, el recargo de esas prestaciones por infracción de las medidas de seguridad y la responsabilidad civil del empresario por culpa. Las prestaciones de la Seguridad Social otorgan una reparación tasada legalmente (cobertura sanitaria, prestaciones sustitutivas del salario en caso de incapacidad temporal que en convenios colectivos se completan hasta el 100% del salario a cargo del empresario, incapacidad permanente y muerte) y funcionan como un seguro público de la responsabilidad empresarial objetiva en los accidentes de trabajo. Es importante subrayar esto, porque un error de la doctrina civil en esta materia consiste en entender que estas prestaciones se enmarcan en una especie de seguro público colectivo, que explica la acumulación de indemnizaciones, pues las prestaciones de la Seguridad Social por accidente de trabajo, al considerarse consecuencia de un seguro independiente, no se deducen de la indemnización a cargo del empresario.

El recargo de prestaciones consiste en un incremento, de un 30 a 50%, de las prestaciones económicas de la Seguridad Social a cargo del empresario cuando el accidente se ha producido como consecuencia de una infracción de las normas de prevención imputable a aquél. El recargo surge de una responsabilidad por culpa, que por razones históricas tiene un régimen especial y un importe limitado que se fija en atención a un criterio mixto que combina la consideración del daño y la gravedad de la infracción, que pondera el porcentaje aplicable. La responsabilidad civil adicional tendría que cubrir en principio la diferencia entre la reparación otorgada por las dos vías anteriores y el importe del daño total, en la práctica del funcionamiento real depende de la concepción de cada orden jurisdiccional, que también influye en los criterios de imputación. Y así nos dice el TS, en el ámbito de los accidentes de trabajo, el artículo 127.3 LGSS establece con nitidez el derecho del trabajador perjudicado a exigir la responsabilidad civil del causante del daño, incluido el empresario, aunque la prestación de Seguridad Social hubiera sido satisfecha por la entidad que corresponda.

La Sala 1ª del TS considera, con algún criterio discrepante, que el orden civil es el competente para conocer de las reclamaciones por responsabilidad derivada de accidente de trabajo porque, a su juicio, se trata de una responsabilidad extracontractual. Y se nos dice que para que este incumplimiento tenga repercusión en vía civil es necesario que se dé la relación de causa efecto, no teniendo lugar si el incumplimiento de medidas no tiene relación con el suceso. Por el contrario, para la Sala 4ª estamos ante una responsabilidad contractual y el competente es el orden social. Esto lleva en la práctica a criterios distintos en la imputación de la responsabilidad y en la coordinación de las distintas vías de reparación. Para el orden y las diversas vías de indemnización se acumulan de forma que la indemnización adicional por responsabilidad empresarial se suma, sin ningún descuento, a las prestaciones de la Seguridad Social. La STS (Sala de lo Social), de 2 octubre de 2000, establece que en indemnización de daños y perjuicios la determinación de la cuantía: no deben detrarse o computarse las cantidades abonadas por la empresa como recargo de prestaciones económicas por omisión de medidas de seguridad; sobre la compensación económica por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente de trabajo, la jurisprudencia unificadora viene proclamado que el trabajador accidentado o sus causahabientes tienen, como regla, derecho a su reparación íntegra, así como que las consecuencias dañosas de los accidentes de trabajo no afectan sólo al ámbito laboral y a la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, sino que pueden repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de su vida personal, familiar o social de aquél y de las personas que del mismo dependan; también se proclama que los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena, con lo que teóricamente la indemnización total podría superar el daño. Para el orden social se trata de una responsabilidad por culpa y el importe de las prestaciones de la Seguridad Social se

deduce de la indemnización, aunque no el recargo, según la doctrina establecida por la STS (sala 4ª) 2.10.2000 (RJ 9673). De esta forma, el recargo se ha configurado como indemnización punitiva.

En el sistema descrito no se está logrando una plena transparencia del coste a quienes lo producen. Una parte importante del coste se transfiere a las Mutuas por la tarifa de primas uniformes.

En la actualidad, el Reglamento de Colaboración nos dice sobre las Mutuas que:

“Se considerarán Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social las asociaciones de empresarios que, debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y con tal denominación, se constituyan con el objeto de colaborar, bajo la dirección y tutela de dicho Ministerio, en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio, sin ánimo de lucro, con sujeción a las normas del presente Reglamento y con la responsabilidad mancomunada de sus miembros”.

Las Mutuas son en la actualidad asociaciones de empresarios, que no tienen ánimo de lucro; en el ámbito de sus actividades responden de manera mancomunada frente a terceros; se encuentran sometidas a la inspección y control de la Administración. Pero además, las Mutuas no pueden tener otro fin que el exclusivo de colaborar con la Seguridad Social.

La actividad principal y esencial de Las Mutuas de accidentes de trabajo, sigue siendo la reparadora, mediante la cobertura de los riesgos de accidente de trabajo y enfermedades profesionales como “gestión integral” es decir abarcando la asistencia sanitaria, las prestaciones económicas, la rehabilitación y la recuperación de los accidentados, de acuerdo con lo establecido en la Legislación vigente, como entidad colaboradora de la Seguridad Social.

Es una prioridad de las Mutuas la promoción de la mejora de la referida cobertura para contribuir al establecimiento, desde la Seguridad Social, de un sistema de reparación que sea garantía de seguridad jurídica para empresarios y trabajadores.

CAPÍTULO VI.

LA FUNCIONALIDAD DEL MUTUALISMO PATRONAL EN EL ÁMBITO DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

DR. FRANCISCO LOZANO LARES,
PROFESOR TITULAR DE ESCUELA DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

I. INTRODUCCIÓN

No resulta infrecuente encontrar afirmaciones en las que se alude al carácter “integral” de la labor realizada por las MATEPSS en materia de siniestralidad laboral, puesto que a su través “*se abonan prestaciones económicas, se da una atención sanitaria a los accidentados, se ofrece medicina preventiva, se brinda rehabilitación física y profesional y se dispensan prestaciones genéricas preventivistas*”¹. Esa pretendida gestión integral de las contingencias profesionales no fue, sin embargo, una de las primigenias señas de identidad de las Mutuas de la Seguridad Social, puesto que el origen del tratamiento integral de la siniestralidad laboral se encuentra en la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, que creó un *Servicio Social de Seguridad e Higiene del Trabajo*, que habría de ser dispensado, en calidad de prestación complementaria del sistema de protección social, por las entidades gestoras del mismo, incluidas, por supuesto, las entonces denominadas *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*, entidades asociativas empresariales que sobrevivieron a la reordenación del sistema de protección social efectuado por dicha norma.

Y no era esa supuesta gestión integral de la siniestralidad laboral una de sus principales señas de identidad porque las *Mutuas Patronales* nacieron con la exclusiva finalidad de repartir entre los empresarios asociados a las mismas el coste de los accidentes de trabajo acaecidos a alguno de sus trabajadores,

¹ SÁNCHEZ FIERRO, J., “Mutuas de Accidentes de Trabajo: aportación presente y futura a la Prevención de Riesgos Laborales”, en *Tribuna Social*, 73/1997, CISS, Valencia, p. 27. En el mismo sentido, BLASCO LAHOZ, J.F., “La actuación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales”, en *Revista Actualidad Laboral*, 29/1997, 14-20 julio, p. 752; CRUZ VILLALÓN, J., “El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal”, en *Relaciones Laborales*, 4/1996, p. 349; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Responsabilidad de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales”, en *Ciencias de la Dirección*, Madrid, 1995, p. 29; y GARCÍA MURCIA, J., “El papel de las Mutuas en la prevención de riesgos laborales”, en *Tribuna Social*, 100/1999, CISS, Valencia, p. 36.

actuando así como entidades aseguradoras de la responsabilidad económica que sobre los empresarios recaía a consecuencia de la actualización del riesgo de accidente de trabajo, responsabilidad que venía cifrada en el abono de la indemnización que procediera al obrero accidentado o a sus causahabientes en caso de muerte. Es por ello que, a la postre, la presunta gestión integral que de esta materia tendría que haber efectuado el mutualismo patronal en el marco del nuevo sistema de Seguridad Social implantado por la Ley de Bases de 1963, acabó resultando bastante desequilibrada en la medida en que la actividad de las Mutuas giró, casi de forma exclusiva, sobre una de las vertientes del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral, la reparadora, quedando su vertiente preventiva en un secundísimo plano, hasta el punto de poder ser calificada su actuación en este ámbito como una mera *"incursión marginal"*².

La prueba más evidente, desde luego, de ese desequilibrio funcional se encuentra en los desiguales resultados ofrecidos hasta el momento por la gestión de las Mutuas en los dos campos de actuación del tratamiento integral, perdonen la insistencia, de la siniestralidad laboral, pues mientras que su actuación en el ámbito reparador, de dudosa constitucionalidad a nuestro juicio, puede ser considerada, en términos generales, como bastante satisfactoria, en el ámbito preventivo, en cambio, campo legítimo de actuación del mutualismo patronal, su intervención ha de ser calificada como realmente inapreciable, puesto que el mayor o menor esfuerzo que hasta hoy haya podido desplegar al efecto no ha contribuido ni un ápice al descenso de esa lacra social que representa la existencia en nuestro sistema de relaciones laborales de una cifra que todos los años ronda los mil trabajadores fallecidos en accidente de trabajo, por citar sólo el dato estadístico más sangrante, de ahí que también pueda afirmarse, asimismo, que ese carácter "integral" de la gestión efectuada por las Mutuas en materia de contingencias profesionales sólo resulta predicable en el ámbito reparador, donde, efectivamente, dispensan prestaciones económicas, sanitarias y rehabilitadoras.

Y será ese desequilibrio funcional, precisamente, el que debiera ser compensado hoy con la entrada en vigor de la LPRL, norma que, pese a no tener "virtudes traumatúrgicas"³, sí que puede representar una reorientación sumamente trascendental del tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral en la medida en que

² GARCÍA MURCIA, J., "El papel de las Mutuas en la prevención de riesgos laborales", cit., p. 36. Para más detalles sobre el origen y evolución del mutualismo patronal, véase mi trabajo *El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales*, Monografía de Temas Laborales, CARL-Mergablum, Sevilla, 2002.

³ SÁNCHEZ FIERRO, J., "Mutuas de accidentes de Trabajo: aportación presente y futura a la Prevención de Riesgos Laborales", cit., p. 25. Resulta evidente, como afirma este autor, que la reducción de la siniestralidad laboral *"no se va producir automáticamente"* por el mero hecho de la entrada en vigor de una ley, por importante y trascendental que ésta resulte.

su apuesta por una completa contractualización del deber de prevención de riesgos laborales conduzca a la paulatina sustitución de la que hasta el momento ha venido siendo la base jurídica de la gestión integral de la siniestralidad laboral: la doctrina del riesgo profesional, tesis centrada en el expediente técnico-jurídico de la responsabilidad objetiva del empresario en materia de reparación de las contingencias profesionales y que, pese a su aparente disolución en el marco de un sistema público de Seguridad Social como el nuestro, sigue constituyendo el motor que impulsa la actuación del mutualismo patronal.

Por ello, si la responsabilidad empresarial en materia de contingencias profesionales ha de quedar centrada ahora, por imperativo legal, en la prevención de los riesgos laborales, la consecuencia práctica a corto o medio plazo no debiera ser otra que la correlativa reducción de la intensidad de la responsabilidad reparadora del empresario a medida que éste vaya efectuando las necesarias inversiones en seguridad y salubridad de sus centros de trabajo, lo que inevitablemente repercutiría en la actividad gestora del mutualismo patronal, que vería socavadas así las bases que hasta hoy han venido sustentando toda su potencial funcionalidad para encontrarse frente a una responsabilidad empresarial de nuevo cuño que, en virtud de su naturaleza contractual, puede ser perfectamente gestionada bajo la fórmula mancomunada que el mutualismo patronal representa.

Sea como fuere, lo cierto es que la aparición de la LPRL va a suponer, como consecuencia de las nuevas atribuciones funcionales que efectúa en favor de las MATEPSS, *“una importante reorientación de la actividad típica y tradicional de dichas entidades mutualistas”*⁴, por lo que es hora ya, pues, de pasar a analizar la evolución y el estado actual de la operatividad del mutualismo patronal en el marco del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA LABOR PREVENTIVA DE LAS MATEPSS

No puede decirse, desde luego, que la previsión del art. 32 LPRL, relativa a la posibilidad que se concede a las MATEPSS de *“desarrollar para las empresas a ellas asociadas las funciones correspondientes a los servicios de prevención”*, constituya, pese a su trascendencia, una *“innovación absoluta”*⁵, puesto que la atribución al mutualismo patronal de actividades preventivas se remonta a su ya lejana reglamentación de los años sesenta, aprobada por Decreto 1563/1967, de 6 de julio, cuyo art. 8.2 contemplaba la posibilidad de constituir instalaciones y servicios para la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

⁴ GARCÍA MURCIA, J., “El papel de las Mutuas en la prevención de riesgos laborales”, cit., p. 36.

⁵ GARCÍA MURCIA, J., “El papel de las Mutuas en la prevención de riesgos laborales”, cit., p. 36.

Difícilmente podría afirmarse entonces que las obligaciones preventivas de las *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo* tuvieran una relevancia verdaderamente significativa, puesto que las mismas se reducirían: 1ª) a la necesidad, por un lado, de efectuar una *contribución a los servicios de prevención, recuperación y demás fijados en la presente Ley a favor de las víctimas de aquellas contingencias* (profesionales) y *sus beneficiarios*⁶, lo que implicaba un mero deber de contribuir al sostenimiento económico de los Servicios Sociales de Seguridad Social que acabarían creándose; y 2ª) a la obligación, por otra parte, de adscribir a *los fines generales de prevención y rehabilitación* el 80% de los denominados extornos o exceso de excedentes obtenidos anualmente, una vez cubiertas las reservas reglamentarias⁷, lo que implicaba la necesidad de constituir unos fondos propios teleológicamente afectados sobre los que las *Mutuas Patronales* tendrían una capacidad de disposición bastante limitada, puesto que, a tenor de lo dispuesto a nivel reglamentario, sólo podrían retener su importe cuando las mismas hubieran decidido constituir, por sí solas o en común, sus propios servicios de prevención y rehabilitación, debiendo ingresar las cantidades correspondientes, en caso contrario, en *el Banco de España y en cuenta especial a disposición del Ministerio de Trabajo*⁸.

Ningún otro tipo de responsabilidad preventiva recaería entonces sobre las *Mutuas Patronales*, que venían a quedar configuradas así, dentro del nuevo sistema de Seguridad Social, como lo que siempre habían sido, unas entidades aseguradoras privadas legalmente habilitadas para gestionar el aseguramiento de las contingencias profesionales, y que a partir de 1966 contarían, eso sí, con la posibilidad, absolutamente voluntarista, de establecer sus propias *instalaciones y servicios para la rehabilitación profesional, así como para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, siempre que unos y otros hubieren sido aprobados por la *Dirección General de Previsión*⁹. Posibilidad que, por lo demás, sería utilizada con fines espurios por muchas *Mutuas Patronales* durante sus primeros años de existencia, puesto que la creación de dichos centros no fue concebida como una parte esencial de la estrategia preventiva del mutualismo patronal sino como un medio para dar salida al 80% de los extornos depositados en la cuenta especial que el *Ministerio de Trabajo* tenía a su disposición en el Banco de España afectos a los fines generales de prevención y rehabilitación.

Pues bien, partiendo de esos antecedentes, resultará necesario analizar ahora la evolución que dichas previsiones normativas experimentaron tras su incorporación a los artículos 207 de la LGSS/74 y concordantes 12.2 y 32.1 del RD 1509/1976, de 21 de mayo, que aprobaba una nueva reglamentación del mutua-

⁶ Art. 202. 2 c) LSS/66.

⁷ Art. 207 LSS/66.

⁸ Art. 28. 2ª a) D. 1563/67.

⁹ Art. 8. 2 D. 1563/67.

lismo patronal, así como el efecto que sobre ellas tendría tanto la promulgación de la vigente LGSS/94 como, sobre todo, la entrada en vigor de la LPRL.

Conviene advertir, antes de nada, que ni la LGSS/74 exigiría a las *Mutuas Patronales* la instalación de servicios de seguridad e higiene, como tampoco lo había hecho la LSS/66, ni el Reglamento de 1976 introduciría cambios de relevancia, salvo los meramente formales, con respecto a la posibilidad, originariamente prevista en el Reglamento de 1967, de crear instalaciones preventivas, por lo que la regulación normativa de esta actividad del mutualismo patronal era sustancialmente idéntica a la establecida a mediados de la década de 1960. Sin embargo, pese a no existir tampoco una mínima planificación estatal o autonómica al respecto¹⁰, la actitud de las *Mutuas Patronales* sí que cambiaría tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y a lo largo de las décadas de 1980 y 1990, como quedaría constatado por el montante económico que las mismas dedicaron al *Servicio de Higiene y Seguridad en el Trabajo*, que alcanzaría en el ejercicio de 1986, por ejemplo, la nada despreciable cifra de 2.152 millones de pesetas, cantidad que fue destinada a la organización de cursillos de prevención de accidentes, servicios de asesoramiento a empresas asociadas y trabajadores protegidos, investigación de la etiología de los accidentes acaecidos y realización de estudios de siniestralidad laboral¹¹. Asimismo, el proceso de concentración que el mutualismo experimentó a partir de la segunda mitad de la década de 1980 también contribuyó a reforzar la capacidad operativa de las Mutuas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, de ahí que en el ejercicio de 1994, por poner otro ejemplo significativo, las mismas pudieran acreditar un total de 192.628 participaciones en actividades formativas, 13.338 cursos organizados, 165.433 visitas a centros de trabajo, 72.194 encuestas y 85.419 estudios de siniestralidad laboral¹².

En cualquier caso, tampoco se podía alardear de inversión preventiva porque esa cifra de 1986 no representaba más que el 1'57% del total de los gastos derivados de la gestión de las contingencias profesionales llevada a cabo por las Mutuas, lo que puede dar idea tanto de las verdaderas necesidades financieras de la faceta preventiva de la siniestralidad laboral como del enorme coste económico de la reparación de las contingencias profesionales, que en el ejercicio de 1994, año de promulgación de la vigente LGSS, alcanzó ya una suma superior a los cuatrocientos mil millones de pesetas anuales.

¹⁰ Sobre el problema de la descoordinación administrativa al respecto y la ausencia de una planificación estatal o autonómica, MARTÍN SERRANO-COLMENAR LUIS, *Las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo: la gestión privada de la Seguridad Social*, ed. Trivium, Madrid, 1989, pp. 255-258.

¹¹ Por lo que respecta al Capítulo de Medicina Preventiva y Social, se llegaría a la cifra de 3.035 millones de pesetas, quedando constancia de la existencia de 467 Centros con servicios de recuperación, rehabilitación o prevención. Fuente: *Memoria Económica-Financiera de las Mutuas Patronales*. 1986. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

¹² Fuente: *Balance Social y Memoria Económica Financiera de las Mutuas Patronales*. 1994. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Conviene advertir asimismo que la entrada en vigor de la vigente LGSS tampoco alteró ni un ápice dicha situación, caracterizada por una actuación meramente voluntarista de las Mutuas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, puesto que la misma se limitó a reproducir las previsiones de la precedente LGSS/1974, relativas a la obligación, entre comillas, que pesaba sobre las Mutuas de contribuir al sostenimiento económico de los servicios de prevención, “*previstos en la presente Ley*”, en favor de las víctimas de las contingencias profesionales (versión originaria del art. 68.2.c LGSS), así como la necesidad de seguir adscribiendo el 80% del exceso de excedentes anuales de gestión “*a los fines generales de prevención y rehabilitación*” (art. 73).

En virtud de esos datos y de la “espontaneidad” que hasta mediados de la década de 1995 ha venido caracterizando la intervención del mutualismo patronal en el ámbito preventivo¹³, se llegó a afirmar que con la habilitación establecida por la LPRL en favor de las Mutuas vino a confirmarse “el papel protagonista” que a éstas correspondía “*en la lucha contra la siniestralidad laboral, valorándose como corresponde la experiencia que desde hace años vienen acumulando en este terreno*”¹⁴.

En cualquier caso, y sin caer en una excesiva profesión de fe mutualista, lo cierto es que el mutualismo patronal se encontraba en la fecha de promulgación de la LPRL con la suficiente dotación y capacitación como para asumir todo tipo de tareas preventivas, puesto que no en balde las Mutuas habían venido siendo pioneras en el desarrollo y divulgación de muchas de las técnicas de prevención más acreditadas, como sucedió por ejemplo con la Ergonomía, cuya introducción en nuestro país puede considerarse como un mérito añadido a su *currículum* prevencionista.

Que esa capacitación no haya contribuido a la reducción de la siniestralidad laboral, como las frías cifras estadísticas ponen de manifiesto, obedece a múltiples motivos que no podemos detenernos a analizar en esta sede, pero sí que convendría valorar en su justa medida que uno de los factores que puede estar detrás y en la base de ese, al parecer, imparable aumento de la siniestralidad laboral, no es otro que la renovada vigencia, recelosamente ocultada a veces, de la posibilidad con la que cuentan los empresarios, en virtud del expediente de la responsabilidad objetiva por accidentes de trabajo, de asegurar en régimen mancomunado por la vía del mutualismo patronal, la que, hasta la promulgación de la LPRL, venía constituyendo su principal obligación legal al respecto: la de sufragar el coste de las indemnizaciones prestacionales derivadas de la materialización de la siniestralidad laboral.

En la medida en que haya podido contribuir a desincentivar las inversiones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, esa labor asegura-

¹³ Sobre el carácter espontáneo de la actuación de las Mutuas en el campo de la prevención de riesgos laborales, MARTÍN SERRANO-COLMENAR LUIS, *Las Mutuas Patronales de Accidente de Trabajo: la gestión privada de la Seguridad Social*, cit., p. 255.

¹⁴ SÁNCHEZ FIERRO, J., “Mutuas de Accidentes de Trabajo: aportación presente y futura a la Prevención de Riesgos Laborales”, cit., p. 26.

dora del mutualismo patronal debería ser cuestionada cuando menos. Por ello, cuando verdaderamente se exija en toda su intensidad el cumplimiento de la nueva responsabilidad preventiva que sobre el empresariado recae ahora en virtud del reconocimiento legal, *ex art. 14 LPRL*, de su obligación contractual de seguridad, la originaria responsabilidad crematística, meramente resarcitoria, irá disminuyendo su importancia proporcionalmente, hasta el punto de no llegar a ser, eso sería lo deseable al menos, ni una garantía de inimputabilidad por la ausencia de medidas preventivas ni un incentivo para no abordar la mejora medioambiental de los centros de trabajo, lo que, inevitablemente, exigirá una paralela inversión de la potencialidad funcional del mutualismo patronal, que habría de reorientar su actividad gestora hacia el terreno de la vertiente preventiva del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral si quiere seguir desempeñando el papel protagonista que hasta el momento, y de forma poco ortodoxa constitucionalmente hablando, han venido ejerciendo en materia de contingencias profesionales.

Entrando ya en el análisis jurídico de la significación que para el mutualismo patronal haya tenido la LPRL, resulta evidente que la misma no se dedicó a establecer una regulación legal clara y exhaustiva de la funcionalidad preventiva de las MATEPSS, sino que casi cabe afirmar lo contrario, puesto que dicha norma, que tanta trascendencia puede tener para el futuro del mutualismo patronal, se limitó a establecer unas escuetas previsiones al respecto que, sorteando lo establecido en el Reglamento de 1976, aún vigente a la fecha de publicación de la LPRL, dejaría numerosas dudas que han tenido que ser aclaradas por sucesivas disposiciones reglamentarias, sobre el verdadero papel que se atribuía a las MATEPSS en materia preventiva.

Así, la LPRL no hizo otra cosa al respecto que posibilitar, a través de su art. 32, la intervención de las MATEPSS en el desarrollo, *“para las empresas a ellas asociadas”*, de las *“funciones correspondientes a los servicios de prevención”*, siempre que dichas entidades empresariales se ajustaran a lo dispuesto en el art. 31.5, donde se exigía a dichos servicios de prevención la necesidad, para poder actuar como tales, de una *“acreditación”* por parte de la *Administración Laboral* en la que quedara constatada que los mismos reunían *“los requisitos que se establezcan reglamentariamente”*, y de una *“aprobación”* previa por parte de la *Administración Sanitaria* en la que se dedujera el cumplimiento de los requisitos que reglamentariamente se establecieran *“en cuanto a los aspectos de carácter sanitario”*. Junto a ello, el art. 32 LPRL también aprovechó la ocasión para advertir que los representantes de los empresarios y de los trabajadores tendrían derecho a participar en el control y seguimiento de la gestión desarrollada por las Mutuas en materia preventiva *“conforme a lo previsto en el artículo 39, cinco, de la Ley 42/94, de 20 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social”*.

O sea, que salvo en lo que respecta a este último extremo, sobre el que no cabía duda alguna en la medida en que con esa remisión se estaba haciendo referencia a la Comisión de Seguimiento y Control de las MATEPSS que ya había sido creada

y desarrollada por la Orden de agosto de 1995¹⁵, el resto de las previsiones del art. 32 LPRL quedaron al albur de una futura regulación reglamentaria de los servicios de prevención sin que dejaran nada claro si la actuación de las MATEPSS como tales servicios de prevención sería compatible con las actividades preventivas que ya venían realizando al servicio de sus empresarios asociados en el marco del aseguramiento de las contingencias profesionales en virtud de lo dispuesto en el Reglamento de 1976. Es más, ni siquiera quedaba claro el tipo de servicios de prevención, propios o ajenos según la terminología del art. 31 LPRL, que podrían ser constituidos por las Mutuas.

Eso sí, dado que las MATEPSS ya contaban con sus propias instalaciones y servicios preventivos y con fondos afectos a tal fin, procedentes del 80% de los extor-nos generados desde el 1 de enero de 1967, la LPRL si que se ocuparía, con cierta precipitación por cierto, de buscar una fuente de financiación inicial para la implementación de esta nueva función del mutualismo patronal, destinando a tal efecto, en la cuantía que se determinara reglamentariamente, los *“recursos del Fondo de Prevención y Rehabilitación procedentes del exceso de excedentes de la gestión realizada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social”* (Disposición Adicional 12ª LPRL), previsión que ahora aparece, *mutatis mutandi*, en el art. 73 de la vigente LGSS/94. Asimismo, la LPRL también se ocupó de habilitar la inmediata actuación de las MATEPSS como servicios de prevención eliminando transitoriamente, hasta que se aprobara el Reglamento regulador de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, la necesidad de la doble acreditación, laboral y sanitaria, exigida por el art. 31.5 LPRL¹⁶.

La simultánea aparición, por RD 1993/95, de 7 de diciembre, del nuevo RCM, hizo imposible una pronta aclaración de todos esos aspectos oscuros de la LPRL, puesto que esta nueva reglamentación del mutualismo patronal no hacía referencia alguna a la actuación de las MATEPSS como servicios de prevención, limitándose a reproducir en su art. 13 la ya clásica previsión relativa a la posibilidad de *“establecer instalaciones y servicios para la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales”*, posibilidad que, en función de su contexto histórico y de una interpretación sistemática del propio RCM, había de entenderse referida

¹⁵ Un análisis reciente sobre su composición, competencias y funcionamiento en PANIZO ROBLES, J. A., “Los órganos de gobierno y participación de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social”, en *Tribuna Social*, CISS, Valencia, abril, 1999, pp. 59 a 61. Desde la órbita sindical se ha advertido que su creación *“pretendía responder a la demanda sindical de participación paritaria en la gestión de las Mutuas, que finalmente quedó en un tímido paso que nosotros valoramos positivo pero muy insuficiente”*, RODRIGO CENCILLO, F., *El nuevo papel de las Mutuas*, Colección Bártulos, CC.OO., Valencia, 1998, p. 16.

¹⁶ Disposición Transitoria 2ª LPRL, donde se decía que *“en tanto se aprueba el Reglamento regulador de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, se entenderá que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social cumplen el requisito previsto en el art. 35.1 de la presente Ley”*.

necesariamente a las actividades preventivas que las MATEPSS podían realizar, como venía siendo habitual, en el marco del aseguramiento social de las contingencias profesionales. Actividad que sería financiada, como también venía siendo habitual, con un porcentaje de las cuotas recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en concepto de primas por accidente de trabajo, tal como prevé el art. 7 b) RCM, donde se especifica que uno de los gastos a repartir entre los empresarios asociados a una Mutua, en el marco de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social, se encuentra el relativo al “*coste de los servicios para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a que se refiere el artículo 13 de este Reglamento*”.

Conviene advertir, no obstante, que los problemas interpretativos suscitados por los numerosos vacíos legales que en esta materia dejaba la LPRL, estribaban no tanto en la necesidad de su pertinente desarrollo reglamentario, que sólo colateralmente afectarían a la actividad de las MATEPSS como servicios de prevención, cuanto en la existencia de aquella habilitación legal de carácter transitorio que les permitía actuar con esa consideración aún sin autorización administrativa expresa y en una situación completamente anómica. Eso posibilitaba la intervención de unas entidades empresariales, integradas en el organigrama funcional del sistema de Seguridad Social, en un terreno donde habrían de competir con otras entidades privadas con ánimo de lucro que también buscarían la forma de hacerse un hueco en el mercado de la gestión de la prevención de riesgos laborales.

Contemplado desde una perspectiva puramente economicista, las MATEPSS partían, pues, con la doble ventaja de esa singular atribución legal y con la nada desdeñable dotación de medios humanos y técnicos lo suficientemente preparados como para empezar a dominar sin dilación alguna el mercado de la prevención, lo que contrariaba palmariamente el principio de la libre competencia, aspecto sobre el que lógicamente han venido incidiendo las empresas privadas de prevención. Mas con independencia de esa pelea por controlar el mercado de la prevención, la pronta habilitación de las MATEPSS como servicios de prevención ajenos dejaba planteado un problema mucho más grave aún si el asunto era contemplado desde una óptica *iuspublicista*, puesto que, conviene no olvidarlo, toda esa dotación de medios preventivos a disposición de las Mutuas no había sido obtenido con fondos pertenecientes al patrimonio de sus empresarios asociados sino con las primas por accidente de trabajo recaudados por la Tesorería General de la Seguridad Social. Primas que, pese a su denominación, no dejan de ser verdaderas cuotas de Seguridad plenamente integradas en su patrimonio y afectas, por imperativo legal, a unos determinados fines relacionados con la gestión aseguradora que en materia de contingencias profesionales ha venido encomendándose desde antiguo al mutualismo patronal.

O sea, que la LPRL estaba posibilitando, con sus prisas por hacerse valer, que determinados bienes y servicios obtenidos con fondos públicos pudieran ser utilizados para satisfacer intereses puramente mercantilistas.

Para intentar salir al paso de esta incómoda situación, la *Subdirección General de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social* tuvo que dictar una Resolución de fecha 16 de febrero de 1996 con la que se intentó cubrir “*el vacío normativo existente sobre la actuación de las MATEP en materia de prevención laboral, como consecuencia de la Disposición Transitoria 2ª de la LPRL*”¹⁷. A tal efecto, dicha Resolución recordaría a las MATEPSS que las instalaciones y servicios preventivos creados al amparo de la reglamentación del mutualismo patronal (arts. 7 b) y 13 RCM) tendrían que orientarse hacia “*actividades de tipo genérico*”, sin que su desarrollo pudiera incluir “*la vigilancia y control de la salud de los trabajadores*” ni aquellas otras que se encontraban comprendidas entre las que específicamente correspondía asumir a los servicios de prevención a las empresas previsto en el art. 33 LPRL.

Asimismo, también se estableció expresamente que las MATEPSS que fueran a realizar funciones propias de los servicios de prevención tendrían que suscribir con sus empresarios asociados un “*concierto*” en el que se especificaran claramente los derechos y obligaciones de cada parte, la vigencia del mismo y “*la forma y condiciones de pago por dichos servicios*”, con lo que se venía a dejar claro que la actuación de las MATEPSS como servicios de prevención era absolutamente voluntaria, de carácter privado y cuya financiación tendría que ser soportada por los empresarios asociados con fondos propios.

De ese modo, cuando vino a publicarse el RD 39/1997, de 17 de enero, que daba vida al RSP, el principal problema generado por la actuación de las MATEPSS como servicios de prevención estaba ya prácticamente en vías de solución, de ahí que el RSP apenas si dedicara espacio, como ya hiciera la propia LPRL, a la regulación de la actuación de las Mutuas como servicios de prevención, limitándose a precisar en su art. 22 que dicha intervención se desarrollaría en las mismas condiciones que las aplicables a los “*servicios de prevención ajenos*”, lo que resolvía la segunda de las dudas interpretativas planteadas por la escueta regulación de la LPRL y regularizaba el mercado de la gestión de la prevención de riesgos laborales en la medida en que, a partir de entonces, también empezaría a exigirse a las MATEPSS los mismos requisitos de acreditación establecidos por los artículos 23 a 27 del propio RSP para todas las entidades que decidieran actuar como servicios de prevención (Disposición Transitoria 2ª RSP).

Entre dichos requisitos se encontraba la pertinente solicitud ante la autoridad laboral, acompañada de un proyecto de actividades cuyo contenido aparecía tasado por el art. 23 RSP, documentos que habrían de ser remitidos por aquella a la

¹⁷ BLASCO LAHOZ, J.F., “La actuación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales”, en *Revista Actualidad Laboral*, 29/1997, 14-20, p. 755, nota 9. Previamente, dicha Resolución ya sería analizada por SEMPERE NAVARRO-GARCÍA BLASCO- GONZÁLEZ LABRADA-CARDENAL CARRO, *Derecho de la Seguridad y salud en el Trabajo*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 266-267.

correspondiente autoridad sanitaria, a efectos de comprobación de los requisitos de carácter sanitario, y al INSHT o a los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas, para que informaran sobre los aspectos no contemplados por la autoridad sanitaria, y todo ello teniendo en cuenta que la resolución estimatoria de la autoridad laboral quedaría supeditada a la efectiva realización del proyecto por parte de la entidad solicitante, que habría de comunicar este extremo, en un plazo de tres meses a contar desde la fecha de notificación de la resolución estimatoria, acompañado con los datos identificativos y los documentos relacionados en el art. 26 RSP¹⁸.

Finalmente, poco después de aprobarse el RSP, el MTAS publicaría la Orden de 22 de abril de 1997 con la que se vino a regular el régimen de funcionamiento de las MATEPSS en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales¹⁹, lo que abarcaba tanto su intervención preventiva en el marco de la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (Capítulo II) como su actuación en calidad de servicios de prevención ajenos (Capítulo III), desdoblamiento funcional que dicha Orden se encargaría de resaltar con todo detalle.

Esta sucesión de disposiciones de tan diverso rango obligaría al legislador a modificar la redacción originaria del art. 68 de la vigente LGSS con el objetivo de dejar constancia de la doble funcionalidad preventiva que las Mutuas habrían de asumir a raíz de la entrada en vigor de la LPRL, lo que sería efectuado por Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. En tan inadecuada sede normativa se intentó dejar claro que las actividades a desarrollar por las Mutuas como servicio de prevención ajeno (o mejor, externo) se regiría *“por lo dispuesto en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales, y en sus normas reglamentarias de desarrollo”* (segundo inciso del art. 68.2.b, LGSS), mientras que su funcionalidad preventiva en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social formaría parte del conjunto de prestaciones integradas en la colaboración en la gestión de las contingencias profesionales, de ahí que las Mutuas hubieran de seguir asumiendo en este ámbito el ya tradicional *“coste de los servicios y actividades preventivas relacionadas con las prestaciones previstas en este número, así como la contribución a los servicios de prevención, recuperación y demás previstos en la presente Ley, a favor de las víctimas de aquellas contingencias (las de origen profesional) y de sus beneficiarios”* (art. 68.3.c) LGSS, en concordancia con el primer inciso del art. 68.2.b) LGSS).

¹⁸ Un estudio completo sobre todos estos requisitos y demás condiciones de actuación de los servicios de prevención ajenos en MORENO MÁRQUEZ, A., *Los servicios de prevención*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. El tema también ha sido abordado por GARCÍA MURCIA, J., “El papel de las Mutuas en la prevención de riesgos laborales”, cit., pp. 32 a 36.

¹⁹ En principio con carácter provisional, como indicaba su propio Preámbulo, lo que ha venido a quedar en entredicho con el paso del tiempo, puesto que aún sigue vigente a fecha de hoy.

Esta modificación legal dejaba aún más en evidencia la precariedad del art. 13 RCM, donde, como ya dijimos, no se aludía a la actuación de las Mutuas como servicios de prevención. Descoordinación normativa que ha sido recientemente corregida con la publicación de RD 428/2004, de 12 de marzo, por el que se vino a modificar el RCM para atribuir al mutualismo patronal la posibilidad, prevista en la Disposición Adicional Trigesimocuarta de la LGSS, de gestionar las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos. En la nueva redacción del art. 13 RCM, que tampoco es un dechado de virtudes, se deja entrever al menos que la actividad preventiva de las Mutuas puede tener una doble funcionalidad, la de complementar el aseguramiento de las contingencias profesionales y la de operar como uno de los servicios de prevención regulados por la LPRL. Así, tras indicar novedosamente que las Mutuas pueden “*dispensar*” servicios preventivos tanto a favor de sus empresarios asociados como a favor de “*los trabajadores por cuenta propia adheridos*” que tengan cubiertas las contingencias profesionales, el art. 13 vuelve a reiterar la vieja cláusula relativa a la posibilidad de “*establecer centros e instalaciones para la dispensación de los referidos servicios preventivos*”, aunque advirtiendo ahora que cuando tales centros e instalaciones “*se destinen al desarrollo de su actividad como servicio de prevención ajeno de las empresas asociadas*”, en la instrucción del expediente se recabará informe previo del “*Servicio Público competente en el ámbito territorial correspondiente*”, informe que será “*preceptivo y determinante*”.

Con ello se viene a matizar lo dispuesto en el art. 24.2 RSP, donde el informe de los “*órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas*”, al que sin duda alude el nuevo art. 13 RCM de forma un tanto rocambolesca, era meramente preceptivo. Ahora no es que sea vinculante, pero habrá de ser considerado como decisivo cuando menos, lo que resulta mucho más acorde con las nuevas funciones fiscalizadoras que el también remozado art. 9.2 LPRL atribuye a los órganos técnicos de la Administración General del Estado (el INSHT) y de las Comunidades Autónomas.

Volviendo al tema que nos ocupa, resulta evidente, como se deduce de la evolución normativa analizada, que el principal problema que la actuación preventiva de las Mutuas viene planteando desde la entrada en vigor de la LPRL no es otro que el de la debida separación entre su tradicional funcionalidad preventiva en el marco de la Seguridad Social y su nueva operatividad como servicios de prevención. A tal efecto, el art. 6.1 de la Orden de 22 de abril de 1997 exigió a las MATEPSS la elaboración de una planificación de las actividades preventivas que efectuaran en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, que recogiera “*los objetivos a alcanzar, los recursos destinados a las mismas y el control de la efectividad de tales actividades*”, planificación que habría de regirse por “*las directrices que en cada momento pueda establecer, en su caso, el MTAS y considerando las preferencias indicadas en el apartado 2 del presente artículo*”.

Sin embargo, esa obligación de planificación ha acabado recayendo sobre la propia Administración de Seguridad Social antes que sobre las Mutuas individualmente consideradas, puesto que éstas se han limitado a cumplir los criterios generales establecidos en los programas anuales que desde 1997 ha venido diseñando a tal efecto la Secretaría de Estado de la Seguridad Social. Esa labor planificadora de la Administración de la Seguridad Social empezó a adquirir visos de continuidad con la Resolución de 26 de abril de 2001, por la que se aprobó el *“Plan General de Actividades Preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el año 2001”*, norma que pese a su período de vigencia anual nació con cierta vocación de permanencia, pues como se indicaba en su Preámbulo, ello era necesario para que las medidas establecidas pudieran *“alcanzar su máxima eficacia en función del grado de ejecución que alcancen sus entes gestores”*. De hecho, dicha Resolución estuvo vigente hasta el 1 de junio de 2003, fecha en la que fue sustituida, con aplicación retroactiva, por la vigente Resolución de 5 de agosto de 2003, que prorroga esa planificación de actividades preventivas para el período 2003-2005.

Pues bien, dado que el contenido de la misma no viene a ser mas que el desarrollo pormenorizado del Capítulo II de la Orden de 22 de abril de 1997²⁰, parece llegado el momento de entrar en el análisis del estado actual de la actividad preventiva de las MATEPSS, centrándonos, para no irnos por las ramas, en los tres aspectos que, a nuestro juicio, constituyen la base sustantiva esencial, la arquitectura podríamos decir, de la labor preventiva de estas entidades empresariales. A saber: la doble funcionalidad preventiva de unas entidades de naturaleza ontológicamente única, la indistinta utilización de los medios humanos y materiales destinados a tal fin y las particularidades de su régimen económico financiero.

III. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MATEPSS

A) Por lo que respecta a la primera de las cuestiones citadas, resulta evidente que la Orden de 22 de abril de 1997 tiene como finalidad primordial y casi única la de trazar una separación entre las dos posibles actividades preventivas que las MATEPSS pueden realizar como consecuencia tanto de su añeja incardinación en el aparato administrativo de la Seguridad Social como de las nuevas atribuciones

²⁰ Norma que ha sido analizada entre otros, por BLASCO LAHOZ, J.F., “La actuación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales”, cit., pp. 751 a 763; y GARCÍA MURCIA, J., “El papel de las Mutuas en la prevención de riesgos laborales”, cit., pp. 36 a 46.

funcionales otorgadas desde 1995 por la LPRL, de ahí que, en función de la distinta naturaleza gestora de ambas actividades, cuasipública la primera, netamente privada la segunda, la norma se empeña en advertir, ya en su primer artículo, que las MATEPSS *“ostentan una única naturaleza y personalidad jurídica”*.

Y aunque en la raíz de ese esfuerzo diferenciador se encuentra, básicamente, el problema, que ya intentara remediar la Resolución de 16 de febrero de 1996, de la financiación de ambos tipos de actividades, lo cierto es que se trata de un esfuerzo técnicamente baldío, puesto que, por más que se especifiquen las tareas correspondientes a cada una de las funciones, el entrecruzamiento entre ambas será inevitable. Para llegar a esa conclusión basta comparar las actividades que los arts. 1. b) y 7 de la Orden de 22 de abril de 1997 atribuyen en exclusiva a las MATEPSS en su calidad de *“servicios de prevención ajenos”* con las actuaciones preventivas que las MATEPSS pueden realizar *“a favor de sus empresarios asociados”* y en el marco de *“la cobertura de las contingencias de de accidentes de trabajo y enfermedades de la Seguridad Social”* (artículos. 1.a) y 5 de la Orden de 22 de abril de 1997).

Así, a tenor de lo dispuesto en este último precepto, las actuaciones a realizar por las MATEPSS pueden ser clasificadas en cuatro grupos: 1^º) acciones promocionales, entre las que se encuentran la realización de *“campañas de sensibilización y educación preventiva”* (5.b) y *“campañas de educación sanitaria”* (5.h); 2^º) acciones formativas, tales como *“orientación y contribución a la formación y a la actualización de conocimientos en materia preventiva”* (5.d) y *“capacitación de los empresarios con el fin de poder asumir ellos mismos la actividad preventiva”* (5.f); 3^º) acciones informativas, como la realización de *“jornadas y seminarios sobre actualización y puesta al día de los conocimientos en materia preventiva”* (5.e) y la *“divulgación de la prevención”* mediante acciones dirigidas a los *“directivos y responsables de la actividad preventiva en le empresa (5.g);* y 4^º) acciones de asesoramiento técnico, entre las que destacan *“el análisis e investigación de las causas y factores”* de la siniestralidad laboral (5.a), la puesta a disposición de los empresarios de documentación básica sobre legislación, guías técnicas, etc., la orientación necesaria para elaborar e implantar planes y programas de prevención, las ayudas para efectuar evaluaciones de riesgos, la atención de consultas y las *“visitas a los centros de trabajo con el fin de orientar sobre las necesidades preventivas”* (5.c).

Si todo ese conjunto de actuaciones lo ponemos en correlación con las actividades *“reservadas”* por el citado art. 7 para cuando las MATEPSS actúen como servicios de prevención (evaluación de riesgos, planificación de medidas preventivas, formación de los trabajadores y asesoramiento técnico a las empresas), resulta evidente que las diferencias entre ambos tipos de funciones no son tan claras como pudiera parecer a primera vista, puesto que, salvo en lo tocante a *“las actividades de alcance general no dirigidas a empresas concretas, tales como estudios, encuestas y estadísticas de siniestralidad”*, reservadas para la actuación preventiva de las MATEPSS en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales

(art. 5) y salvo en el caso de la *“vigilancia de la salud de los trabajadores”*, que compete en exclusiva a las MATEPSS cuando actúen como servicios de prevención ajenos (art. 7), el resto de actividades preventivas enumeradas por ambos preceptos son virtualmente idénticas.

Y la mejor prueba de la dificultad de efectuar una delimitación material de ambos tipos de actuaciones se encuentra en la Resolución de 5 de agosto de 2003, que, como ya indicábamos, viene a desarrollar la actuación preventiva de las MATEPSS en el marco de la Seguridad Social. Hasta en dos ocasiones se llega a excluir de los *“Programas de Actividades”* previstos a todas aquellas empresas *“que perciban los mismos servicios”* a través de un *“Servicio de Prevención Ajeno, de la Mutua o de empresa especializada, o a través de un servicio de prevención propio de las mismas”* (artículos 4.2º y 6). Reconocimiento implícito de la imposibilidad de diferenciar las dos actuaciones preventivas de las MATEPSS que, además, parece una invitación dirigida a los potenciales destinatarios del programa de actividades para que prescindan de la posibilidad de recurrir a los servicios de prevención establecidos por la LPRL.

A la postre, y ante la más que patente imposibilidad de realizar con éxito material esa escisión entre actividades preventivas de la Seguridad Social y actuación preventiva de carácter mercantil, el propio art. 6.2 de la Orden de 22 de abril de 1997 se limita a establecer que será el tamaño de la empresa el principal criterio a seguir por las MATEPSS a la hora de planificar su actuación preventiva en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, sin entretenerse en delimitar el tipo de actuaciones preventivas a realizar con carácter preferente en dicho ámbito. Poco puede objetarse, desde luego, a esa exigencia establecida por el citado precepto de considerar a *“las empresas de hasta 50 trabajadores”* y, dentro de ese segmento de empresas, a *“las de hasta seis trabajadores”*, como el ámbito de actuación preferente para el despliegue de la funcionalidad preventiva del mutualismo patronal en el marco del aseguramiento de las contingencias profesionales, máxime si tenemos en cuenta que la actuación de las MATEPSS como servicios de prevención ajenos está sujeta a la previa suscripción con los empresarios asociados de un *“concierto”* económico, como se advierte en el art. 20 RSP, cuya contra-prestación por los servicios prestados no siempre estará al alcance de las pequeñas empresas.

A tal fin, y reconociendo que ese segmento de empresas, *“por sus dimensiones e infraestructura”*, es el que presenta mayores dificultades para incorporar la prevención a sus actividades productivas y el que viene registrando el *“mayor número de accidentes en términos absolutos y relativos”*, la Resolución de 5 de agosto de 2003 prevé cuatro *“Programas de Actividades”* cuyo objetivo no es otro que el de *“asistir a las empresas de hasta 50 trabajadores para la incorporación o mejora de la actividad prevencionista en sus organizaciones”*. Así, durante el período 2003-2005, las Mutuas habrían de ejecutar: 1º) un Programa de Colaboración con la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la

Prevención del Riesgo de Caída en Altura en el sector de la Construcción, programa al que se daba la más alta prioridad pero que no parece haber surtido demasiado efecto, dada la realidad actual del sector; 2º) un Programa Específico para Empresas de Alta Accidentalidad, dirigido a empresas cuyos índices de siniestralidad individuales superaran en el año 2002 en un 30% la media obtenida en la rama de actividad a la que pertenecieran; 3º) un Programa de Capacitación de Empresarios destinado a empresarios con menos de seis empleados y a trabajadores autónomos que hubieran optado por cubrir con la Mutua la mejora de contingencias profesionales, y cuya finalidad era la de capacitarles para asumir personalmente las actividades preventivas en sus empresas; y 4º) un Programa de Visitas a Empresas, dirigido a los mismos destinatarios anteriores y que tenía como objetivo esencial el asesoramiento *in situ*, de forma directa, para la elaboración de evaluaciones de riesgos y planes de prevención.

Junto a esos cuatro tipos de actividades, la Resolución de 5 de agosto de 2003 también contempla un Programa de Formación dirigido a empresarios, trabajadores ordinarios, trabajadores designados para asumir funciones preventivas, delegados de prevención y trabajadores autónomos, que tenía como objetivo proporcionarles el nivel básico de formación preventiva previsto en el art. 35 RSP. Además, y como venía siendo habitual, también se autoriza a las Mutuas para la realización de “*actividades ordinarias de carácter concurrente*” a favor de empresarios no incluidos en los programas previstos (a las que sólo se podría dedicar el 5% de las dotaciones destinadas a la actuación preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social), así como para el desarrollo de “*campañas de publicidad e información de carácter general*”, cuyo coste sería determinado por la Administración de Seguridad Social en proporción al número de trabajadores protegidos por cada Mutua.

La decisión de reservar a las PYMES la actuación preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social resulta de todo punto acertada si tenemos en cuenta que estas actividades “complementarias” a las prestaciones que gestionan se financian con capital público, puesto que de esa naturaleza son los fondos que integran la partida 3436 (“Higiene y Seguridad en el Trabajo”) de los respectivos presupuestos de gastos y dotaciones de las MATEPSS en la medida en que el montante de dicha partida procede de las cuotas por primas que la Tesorería General de la Seguridad Social transfiere a cada Mutua, primas que, como indica el art. 17 LGSS tienen la consideración de cuotas de la Seguridad Social “*a todos los efectos*”.

Pero cabe dudar de la eficacia real de esta medida por la escasa cuantía que representa lo destinado a este tipo de actividades preventivas en comparación con las cantidades manejadas por el mutualismo patronal para afrontar la gestión de las contingencias profesionales²¹, como la propia Resolución de 5 de agosto de

²¹ Para hacerse una idea al respecto, ver, mi obra: *El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de riesgos laborales*, cit.

2003 reconoce en su preámbulo al indicar que son muchas las actividades previstas y muy limitados *“los recursos públicos disponibles”*.

Y en cualquier caso, el mero hecho de reservar a las PYMES la actuación preventiva del mutualismo patronal en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social no diluye el problema de la diferenciación material entre este tipo de actividades, financiadas con fondos públicos, y su actuación como servicios de prevención, por la que se obtiene lucro mercantil, de ahí que la propia Resolución de 5 de agosto de 2003 tenga que establecer la prohibición expresa de incluir, *“en modo alguno o a ningún efecto”*, entre las actividades del Servicio de Prevención que cada Mutua tenga constituido, *“cualquiera de las actividades previstas en este Plan General o facilitar información que induzca a considerar las mismas como parte integrante de las que son objeto del mencionado Servicio de Prevención Ajeno”*. Asimismo, también se verá obligada a prohibir a las Mutuas la inclusión de las actividades *“objeto de este Plan y, en general, las comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social en las ofertas económicas que presenten para el concierto de servicios correspondientes al Servicio de Prevención Ajeno o en las facturaciones derivadas de los servicios de los mismos”*.

Todo un cúmulo de prevenciones cuya finalidad no era otra que la de evitar que la actuación preventiva del mutualismo patronal en el ámbito de la Seguridad Social *“resulte desnaturalizada por el desempeño de otros cometidos atribuidos a las mismas”*, tal como se exige en el art. 10.1 de la Orden de 22 de abril de 1997. Exigencia que encuentra su razón de ser en la pervivencia, constitucionalmente irregular, de la actuación aseguradora de las Mutuas en materia de contingencias profesionales, puesto que si éstas sólo actuaran en el ámbito de la prevención de riesgos laborales no sería necesario advertir, como hace el art. 1 de la Orden de 22 de abril de 1997 con misterismo innecesario, que las MATEPSS ostentan una única naturaleza societaria que les habilita para el desarrollo de dos *“tipos de actividades preventivas diferentes”*. Actividades que las Mutuas deberán mantener *“debidamente diferenciadas”*, como quiere el art. 2 de la Orden de 22 de abril de 1997, pero que, en la práctica, sólo se diferenciarán por los sujetos destinatarios de las mismas, tal como pone de manifiesto el expediente de reservar a las PYMES todo el potencial preventivo del mutualismo patronal en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social. Encomiable medida que, a la postre, acaba cayendo en el contrasentido de considerar como *“actividades ordinarias”* no preferentes tanto las acciones de alcance general no dirigidas a empresas concretas como el resto de actuaciones preventivas enumeradas por el art. 5 de la Orden de 22 de abril de 1997 (campañas genéricas de sensibilización, divulgación, etc.), que resultarán inoperantes por insuficiencia de recursos económicos.

B) Y si la diversificación de actividades preventivas, técnicamente baldía *ab initio*, ha acabado convirtiéndose en una mera cuestión de diferenciación subjetiva de los potenciales destinatarios de la doble funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, como entidades colaboradoras de la seguridad Social y como servicios de

prevención, la separación de sus medios materiales y humanos también resulta imposible *de facto*, de ahí que la propia Orden de 22 de abril de 1997 se contradiga a sí misma en su art. 2 cuando, tras exigir a las Mutuas que mantengan debidamente diferenciadas ambas actividades, les concede, no obstante, la posibilidad de hacer uso en ambos casos de las instalaciones y servicios a que se refiere el art. 13 RCM, así como de *“los recursos humanos dependientes de las mismas”*. Doble funcionalidad de los medios humanos y materiales que vuelve a ser reiterada por el art. 10.1 de la Orden de 22 de abril de 1997, cuando indica que las Mutuas podrán utilizar los profesionales y empleados dependientes de las mismas para *“el desarrollo de las funciones como servicios de prevención”*.

Si las MATEPSS pudieran adscribir de forma exclusiva a algunos de sus técnicos e instalaciones preventivas a los servicios de prevención que constituyeren, el problema de la separación de medios materiales y humanos quedaría resuelto de un plumazo, pero en la medida en que ello implicara una infradotación de su operatividad como entidades colaboradoras de la Seguridad Social se estaría contraviniendo lo dispuesto en el art. 10.3 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se advierte que la utilización por parte de las Mutuas, cuando actúen como servicios de prevención, *“de medios dedicados a la gestión de las contingencias y prestaciones de la Seguridad Social”*, no podrá ir *“en detrimento de la misma”*. Es por ello que lo habitual será que tanto su personal como sus instalaciones materiales sean adscritos simultáneamente a ambos tipos de actividades, en cuyo caso las Mutuas habrán de *“imputar a las cuentas que soporten los gastos de las actividades como servicios de prevención, la cuantía equivalente al coste de su utilización en la proporción que resulte de la dedicación de los mismos a estas actividades”* (apartados 1 y 2 del art. 10 de la Orden de 22 de abril de 1997).

O sea, que cuando las MATEPSS adscriban sus dotaciones humanas y materiales a los servicios de prevención que tengan constituidos, *“habrán de imputar el coste de dicha utilización a las correspondientes cuentas de gastos de su patrimonio privativo”*, como acabó aclarando por fin la Resolución de 22 de diciembre de 1998, con la que se venía a desarrollar, mediante unas complejísimas fórmulas matemáticas, la determinación del importe que las Mutuas habrían de abonar a la Seguridad Social, en concepto de compensación, por la utilización de unos medios humanos y materiales que las mismas venían empleando desde antiguo para el desarrollo de actividades preventivas relacionadas con la gestión de las contingencias profesionales. De unos medios, conviene no olvidarlo, que fueron adquiridos con fondos públicos y a los que ahora se les podía sacar rentabilidad económica mediante su adscripción a los servicios de prevención constituidos por las Mutuas.

En cualquier caso, el objetivo perseguido por dicha Resolución de 22 de diciembre de 1998 aún no puede considerarse cumplido y todos los esfuerzos realizados por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social para delimitar el importe de dicha compensación por el uso lucrativo de bienes de la Seguridad Social ha sido comple-

tamente infructuoso, como vino a demostrar la Resolución de 28 de diciembre de 2004²², que derogaba aquélla tanto por haber quedado suprimida “la posibilidad de realizar reconocimientos médicos con cargo a cuotas de la Seguridad Social”²³, como por el hecho de haber resultado “prácticamente inviable” la aplicación de las complejas fórmulas matemáticas precedentes. Para hacerse una idea del importe actual de la compensación por el uso de medios humanos y materiales, bastará con indicar que, en lo relativo a la dedicación del personal, el mismo ascenderá anualmente a la cantidad que resulte de aplicar a la facturación por ingresos procedentes de los servicios de prevención el porcentaje que represente, respecto de la jornada total de trabajo, el número de horas de dedicación efectiva al servicio de prevención de la totalidad del personal adscrito a la partida 3436, “Higiene y Seguridad en el Trabajo”. Importe que habrá de figurar como gasto de personal en la cuenta de resultados del servicio de prevención y que la Mutua habrá de ingresar en efectivo a favor de la Seguridad Social, con periodicidad semestral mínima y con cargo al patrimonio histórico de las Mutuas. Idéntico destino tendrán asimismo las compensaciones que se deduzcan por el uso de bienes inmuebles (calculada en función del porcentaje que represente la superficie utilizada por el servicio de prevención respecto de la total), utilización de medios de transporte, restante inmovilizado material, gastos corrientes en bienes y servicios y gastos generales derivados de la dedicación al servicio de prevención de personal adscrito al desarrollo de actividades de administración y dirección de la Mutua.

C) En lo tocante, por último, a la financiación de las acciones preventivas de las MATEPSS, que *a priori* podría resultar más fácil de diferenciar que las actividades preventivas y los medios humanos y materiales empleados en el desarrollo de las mismas, tampoco se encuentra exenta de dificultades ni de adscripciones inapropiadas, como se deduce de la lectura del art. 12 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde lo único que queda claro, *a sensu contrario*, es que si bien la funcionalidad preventiva de las MATEPSS en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales se nutrirá exclusivamente con cuotas de la Seguridad Social,

²² Resolución de la Secretaría de Estado de la seguridad Social, por la que se fijan nuevos criterios para la compensación de costes prevista en el art. 10 de la orden de 22 de abril de 1997, por la que se regula el régimen de funcionamiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de Prevención de Riesgos Laborales.

²³ La prohibición de incluir la vigilancia de la salud de los trabajadores dentro de sus cometidos como entidades colaboradoras de la Seguridad Social fue establecida, en primera instancia, por la Resolución de 16 de febrero de 1996 de la entonces *Subdirección General de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social*, de ahí que la Orden de 22 de abril de 1997 se limitara a incluir dicha actividad, con carácter exclusivo, entre las que podrían ser desarrolladas por las Mutuas en calidad de servicios de prevención. No obstante, la práctica de efectuar reconocimientos médicos con cargo a las cuotas de Seguridad Social continuaría hasta el 31 de diciembre de 1999, fecha en la que entraba en vigor lo dispuesto a tal fin por la Orden de 22 de abril de 1997, tal como se desprendería de lo dispuesto en su Disposición Transitoria 3ª.

su operatividad como servicios de prevención, en cambio, contará sin embargo con toda una amplia gama de fuentes de financiación en las que aparecen mezcladas, en un *totum revolutum* verdaderamente inverosímil, tanto partidas de naturaleza privada como fondos públicos. Y todo ello pese a la afirmación del art. 12.1 según la cual los recursos económicos destinados a financiar esta segunda funcionalidad preventiva de las MATEPSS “*son distintos a las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”.

Así, una vez analizado con detalle el listado de fuentes de financiación que aparecen enumeradas en la orden de 22 de abril de 1997, resulta claro, en primer lugar, que la mayor parte de ellas son fuentes de financiación derivadas de la gestión que realicen las Mutuas como servicios de prevención. De ese tenor son:

1º) Las cantidades procedentes de las “*reservas voluntarias del servicio de prevención*” (art. 12.1.c), reservas que las Mutuas han de constituir cuando “*el resultado de gestión lo hiciere posible*”, como exige al art. 13.2 de la Orden de 22 de abril de 1997, lo que deja bien a las claras su carácter derivado y su difícil catalogación como fuente de financiación en sentido propio en la medida en que su verdadera naturaleza es la de una reserva estratégica típica de cualquier entidad aseguradora.

2º) Los rendimientos derivados de la materialización de la “*reserva de estabilización de servicios de prevención*” (art. 12.1.d), entendiéndose por tal la dotación económica que cada Mutua ha de constituir, por imperativo del art. 13.2 de la Orden de 22 de abril de 1997, para atender los posibles resultados negativos que pudieran presentarse en ejercicios futuros. Esta reserva se cubrirá con los resultados de gestión positivos (cuando los beneficios superen a los gastos) y su tope máximo aparece fijado en una cuantía equivalente al 15% del importe de lo percibido como precio por los servicios prestados como servicio de prevención ajeno, debiendo quedar materializado su importe en “*bienes de inmovilizado utilizados en la gestión de la Mutua como servicio de prevención o en inversiones financieras realizadas con criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad*” (art. 13.4 de la Orden de 22 de abril de 1997). Resulta evidente, pues, que tanto los rendimientos derivados de esta reserva como los derivados de las “*reservas voluntarias del servicio de prevención*” ni tienen carácter originario, puesto que dependerán de los resultados de gestión, ni pueden ser consideradas como unas fuentes de financiación solventes, puesto que derivan de fondos afectados a una finalidad concreta como es la de atender a los resultados negativos de gestión²⁴.

²⁴ Así se deduce de lo dispuesto en el art. 13.3 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se indica que en caso de cerrarse el ejercicio económico con un resultado negativo (si los gastos superan a los ingresos o éstos no llegan ni para cubrir la cuantía máxima de la reserva de estabilización de servicios de prevención), las Mutuas tendrán que aplicar, “*para cancelar dicho resultado negativo o para dotar hasta el nivel máximo la citada reserva de estabilización, en primer lugar, las reservas voluntarias del servicio de prevención, después la de estabilización del servicio de prevención, y después el patrimonio*”.

3ª) Los otros “*ingresos que pudieran originarse y que sean directa e inequívocamente atribuibles*” a la actividad de las Mutuas como servicios de prevención (art. 12.1.e), ingresos que podría ser considerados como beneficios originarios pero que difícilmente podrán diferenciarse de las cantidades percibidas como contraprestación por el uso de los servicios de prevención ajenos.

4ª) Los “*rendimientos derivados de cualquiera de los recursos anteriores*” (12.1.f), rendimientos que resultan completamente redundantes y que en ningún caso podrán ser catalogados como fuentes de financiación originaria.

Por tanto, de las partidas enumeradas por el art. 12.1 de la Orden de 22 de abril de 1997 sólo dos pueden ser calificadas como fuentes de financiación originarias en sentido propio:

1ª) Las cantidades que se perciban “*por los conciertos suscritos con las empresas asociadas receptoras de los servicios de prevención*”, ya actúen éstos con carácter exclusivo o en colaboración con otros servicios de prevención, propios o ajenos, o con trabajadores designados para ocuparse de las actividades preventivas (art. 12.1.a). Conciertos en los que se hará constar “*la contraprestación económica aplicable por la prestación de los servicios, así como la forma y condiciones de pago*”, tal como exige el art. 11 de la Orden de 22 de abril de 1997.

2ª) Las cantidades procedentes del “Fondo de Prevención y Rehabilitación” a que se refiere la Disposición adicional 13ª LPRL, “*cuya cuantía será determinada por el MTAS en función de las disponibilidades existentes en el mencionado Fondo y de las necesidades que deban ser atendidas por el mismo*” (art. 12.1.b). De ese fondo ya fue atribuido a las Mutuas, por expresa indicación de la Disposición Transitoria 2ª de la propia Orden de 22 de abril de 1997, la cantidad que resultara “*de aplicar 500 pesetas por cada trabajador protegido por la Mutua el último día del año 1996*”, lo que contribuyó sobremedida a la ejecución de los proyectos que les sirvieron para acreditarse como servicios de prevención. Y conviene recordar que dicho fondo se nutre con el 80% del exceso de excedentes derivados de la gestión de las contingencias profesionales; o sea, con los beneficios de gestión obtenidos por la utilización de cuotas de la Seguridad Social.

Y eso mismo sucede con una tercera fuente de financiación originaria no contemplada por el art. 12, pero a la que indirectamente alude el art. 2 de la Orden de 22 de abril de 1997 cuando autoriza a las Mutuas a utilizar “*las reservas voluntarias estatutariamente previstas*” a efectos de gestión de las contingencias profesionales, reservas que también proceden del 10% del citado exceso de excedentes

propio o histórico”. Cuando todo ello no sea suficiente para enjugar el déficit, la Junta General de la Mutua tendrá que aprobar la correspondiente derrama entre los empresarios asociados que hayan suscrito el concierto para la prestación de actividades preventivas, salvo que se acuerde una suspensión del cobro de la derrama por un plazo de tres años si los posibles resultados positivos que se generen en ese período pudieran cancelar parcial o totalmente el déficit.

de gestión. En efecto, el citado art. 2 autoriza a las Mutuas a utilizar, en su labor como servicio de prevención, “*los fondos a que se refieren los apartados 1 y 3 del artículo 66 del Reglamento General citado*” (el RCM), donde se vino a establecer la distribución que había de darse a los excesos de excedentes derivados de la gestión de las contingencias profesionales. En el primer apartado del citado art. 66 RCM se alude a la necesidad de destinar el 80% del exceso de excedentes a los fines generales de prevención y rehabilitación, mientras que en su apartado 3 se indica que las Mutuas podrán destinar a la constitución de reservas voluntarias un 10% del citado exceso de excedentes, partida que, a diferencia de la anterior, no aparece enumerada expresamente por el art. 12 de la Orden de 2 de abril de 1997, pero que ha de ser considerada como otra de las fuentes de financiación originarias de las Mutuas en su calidad de servicios de prevención en la medida en que así lo contempla expresamente el art. 2 de la Orden de 22 de abril de 1997.

Ello quiere decir, como se deduce de lo expuesto, que pese al carácter mercantil de la operatividad de las MATEPSS como servicios de prevención, una de sus principales vías de financiación será de naturaleza pública, puesto que, salvo en lo relativo a los ingresos percibidos por los conciertos suscritos con las empresas receptoras de las prestaciones ofrecidas por los servicios de prevención, el resto de ingresos originarios no proceden del patrimonio de las empresas asociadas sino de las cuotas de la seguridad Social recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en concepto de primas por accidentes de trabajo.

Y todo ello sazonado con la posibilidad de rentabilizar dichos ingresos, públicos y privados, mediante la utilización, con finalidad lucrativa, del personal y la infraestructura inmobiliaria que la Seguridad Social pone a su servicio, de ahí que el propio art. 12.2 de la Orden de 22 de abril de 1997 tenga que especificar encarecidamente que con los ingresos obtenidos por las Mutuas en calidad de servicios de prevención deban hacer frente no sólo a los gastos que la actividad como servicios de prevención genere (servicios contratados de terceros, adquisición de bienes y servicios, etc.), sino ante todo al coste que para el erario público suponga la utilización por parte de las Mutuas “*de bienes y derechos integrantes del patrimonio de la Seguridad Social por cualquier título*” y del personal dedicado a esta actividad, ya sea de forma exclusiva o no. Uso privativo de patrimonio público cuya valoración, como ya vimos, viene siendo trabajosamente delimitada por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social mediante un mecanismo de compensación con el que se pretende advertir a las Mutuas que “*habrán de imputar el coste de dicha utilización a las correspondientes cuentas de gastos de su patrimonio privativo*”²⁵.

²⁵ Así lo indica el art. 1º de la Resolución de 28 de diciembre de 2004, ya citada.

IV. CONCLUSIONES

La funcionalidad de las Mutuas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales viene marcada por el pecado original de su añeja actuación como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, terreno de juego en el que el mutualismo patronal nunca fue neutral. Conviene tener en cuenta que las Mutuas, pese a las nuevas funciones que los poderes públicos han venido asignándoles desde 1994, no son más que asociaciones empresariales que se constituyeron con la única finalidad de asumir de forma mancomunada la responsabilidad de hacer frente a las pensiones e indemnizaciones, disfrazadas de prestaciones sociales, que pudieran derivarse de la materialización de las contingencias profesionales.

La posibilidad que desde 1900 se concedió a la clase empresarial de asegurar, por vía mutualista, las resultas de la siniestralidad laboral hizo que su intervención en este ámbito estuviera impregnada por una actuación en la que eran juez y parte, juez que determinaba si un accidente era o no de trabajo y parte interesada en derivar hacia otras instancias el pago de las prestaciones que procedieran. La posterior incardinación del mutualismo patronal en el aparataje de la Seguridad Social no hizo sino embarullar las cosas, pues al adquirir las primas por accidente de trabajo el carácter de cuotas de la Seguridad Social se cayó en el contrasentido de otorgar a unas entidades privadas la posibilidad de gestionar dinero público, de ahí todos los esfuerzos que desde 1963 se vienen haciendo por garantizar que las Mutuas no obtuvieran lucro mercantil por su labor aseguradora.

Mas todo ello, aún siendo rechazable desde la perspectiva del art. 41 CE, donde se exige con meridiana claridad una gestión pública de la Seguridad Social, no debería alejarnos de la pista por la que discurre el verdadero problema de la actuación del mutualismo patronal en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales. Si analizamos la siniestralidad laboral con el suficiente distanciamiento, no resulta difícil comprobar que hay dos formas de abordar este fenómeno: con una estrategia humanista, combativa, que es la adoptada por la prevención de riesgos laborales, y desde una perspectiva meramente productivista, defensiva, que sólo atiende a la reparación del daño causado por el sistema productivo. Son dos formas de abordar el problema que operan como los platillos de una balanza, pues cuanto más peso se ponga sobre uno de ellos menos consistencia tendrá el otro. Y es que resulta evidente que si la estrategia prevencionista fuera realmente eficaz, el papel de las Mutuas en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales no tendría razón de ser, con lo que carecería de sentido toda la polémica en torno a si es constitucionalmente aceptable o no que una parte esencial de la Seguridad Social sea gestionada por una asociación de empresarios.

La atribución al mutualismo patronal de la posibilidad de actuar en el mercado de la prevención de riesgos laborales, en competencia con otras entidades expresamente constituidas para actuar como servicios de prevención externos, saca a relucir de nuevo, como hemos podido comprobar a lo largo de estas páginas, toda

la problemática inherente a su funcionalidad aseguradora, hasta el punto de poder visualizar, sin temor a ser víctima de una alucinación, que una de las principales causas de la persistencia *in crescendo* de la siniestralidad laboral se encuentra, precisamente, en la existencia de la atribución al mutualismo patronal de la gestión de las contingencias profesionales. Con esta labor aseguradora, que deriva gran parte del coste de la siniestralidad laboral (el representado por el abono de las prestaciones sociales de naturaleza reparadora) hacia una entidad aseguradora de carácter asociativo, las Mutuas actúan como colchón amortiguador de la responsabilidad objetiva que sobre el empresario recae a consecuencia de la actualización de un accidente de trabajo, desincentivando la inversión en medidas de seguridad, cuya implantación deviene mucho más costosa sin duda que el abono mensual de la prima del seguro de accidentes. Y difícilmente puede afirmarse que esta labor al servicio de la empresa contribuya a la mejora del sistema español de Seguridad Social, puesto que la actuación del mutualismo patronal en el ámbito de la cobertura de las contingencias profesionales introduce una dinámica gestora basada en los esquemas del seguro privado y en la capitalización de los fondos recaudados que distorsiona el sistema de reparto y la solidaridad intergeneracional, ejes sobre los que teóricamente se articula el brazo contributivo de nuestro modelo de Seguridad Social.

Por ello, por la inconsistente y entorpecedora incardinación del mutualismo patronal en el organigrama de la Seguridad Social, las Mutuas deberían cesar en su labor aseguradora a efectos de contingencias profesionales y centrar toda su potencialidad funcional en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, campo legítimo de actuación en el que estarían llamadas a jugar un papel estelar, contribuyendo a la expulsión del mercado de la prevención de aquellas entidades cuya constitución como servicios de prevención no tuviera otra razón de ser que la mera obtención de lucro. Si esa retirada de las Mutuas del territorio de la Seguridad Social fuera acompañada, además, de varias medidas legales como la tipificación delictiva de la mera ausencia de medidas de seguridad, con independencia del peligro que dicha situación pudiera generar, y la configuración de una responsabilidad contractual del empresario que le convirtiera en responsable directo de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo e hiciera exigible la adopción, por vía judicial y con cargo al patrimonio de la empresa, de las medidas de prevención que procedieran, se estarían sentando las bases, sin duda, de un paisaje productivo en el que la siniestralidad laboral no sería asumida por la sociedad, tal como sucede con la siniestralidad vial, como un tributo necesario que pagamos al progreso o como un efecto colateral del modelo de vida capitalista.



PARTE II

EL MARCO PENAL

CAPÍTULO I. LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y SALUD DE LOS TRABAJADORES: DIEZ AÑOS DE VIGENCIA (DIEZ CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LOS TRIBUNALES).

JUAN MARÍA TERRADILLOS BASOCO, CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

INTRODUCCIÓN

a)

La oportunidad de estudios sobre siniestralidad laboral queda fuera de duda, ante la evidencia y entidad de un fenómeno que, entre otros efectos, provoca más de tres muertos por día.

Sin embargo, es constatable cierto desfase entre la realidad y la imagen que reflejan las condenas penales. Quizá porque pervive la idea de que la cifra de siniestros constituye un peaje a pagar para asegurar un ritmo adecuado de progreso o de bienestar, quizá porque se piensa que se trata más de accidentes fatales que de comportamientos acreedores de sanción penal, son muchas las opiniones autorizadas que prefieren primar el recurso a mecanismos resarcitorios, propios del Derecho privado, o a medios sancionatorios no penales.

La primera de las opciones termina por monetarizar bienes jurídicos que, como la vida o la salud, no son reductibles a un puñado de euros, y por construir un sistema legal de impronta individualista y patrimonialista, en el que los derechos de los trabajadores son, a la postre, sustituidos por el deber de indemnización por parte del empresario.

Esta criticable estrategia queda reforzada por la política de aquellos jueces penales que, en opinión del Fiscal General del Estado, acceden a mantener los supuestos menos graves de siniestralidad laboral bajo su jurisdicción, sin relegarlos a lo indemnizatorio o a lo administrativo sancionador, *“a cambio de degradarlos casi de manera sistemática a la categoría de falta, con abstracción de cuál sea en cada caso la verdadera relevancia jurídico penal del hecho, con la finalidad de que se alcance una pronta satisfacción de los intereses económicos en juego, animada sin duda por la expectativa de que el cauce procesal adoptado favorezca la transacción entre las partes y, con ello, la clausura del proceso, dado que éste nace y muere por denuncia –art. 621 CP– y perdón –art. 639 CP– del perjudicado. Esta degradación –añade el Fiscal General– de la siniestralidad laboral al ilícito penal de menor categoría –con sanciones pecuniarias por debajo de las mínimas sanciones administrativas– encubre una derogación de los delitos de riesgo de los artículos 316 y 317 CP cuyo concurso desaparece e introduce un principio de disponibilidad sobre el delito que no rige en nuestro Derecho y que desvanece por completo la función de prevención especial que supone una condena por el delito de riesgo”*.

b)

Las sanciones administrativas, por su parte, pueden desplegar una eficacia cierta, que, sin embargo, debe ser valorada en su justa medida: la LPRL abrió un amplio abanico de posibilidades sancionatorias que, casi diez años después, ofrecen frutos que distan mucho de los pretendidos. Así pudo constatarlo la EM de la Ley 54/2003, de 12 diciembre, que reclama “*actuaciones tan profundas como ágiles*” para hacer frente a “*la subsistencia de índices de siniestralidad laboral indeseados*”.

No puede sorprender lo exiguo de los resultados logrados por el generoso sistema de sanciones administrativas previsto en la normativa laboral: en el año 2002, los costes totales de los accidentes de trabajo, se cifraron en casi doce mil millones de euros; las sanciones propuestas por la Inspección de Trabajo ascendieron a ciento tres millones. No es necesario determinar la cifra –aún menor– realmente pagada en concepto de sanción, para detectar la profunda desproporción. Tampoco es preciso acudir a sofisticados argumentos para entender que el reducido montante de las sanciones pecuniarias apenas puede tener incidencia preventiva.

c)

Por otra parte, y a pesar de las continuadas manifestaciones de nuestros políticos a favor de la prevención en detrimento de las vías sancionadoras –como si una y otras tuvieran funciones distintas– resulta obvio que ni indemnizaciones ni sanciones, que actúan siempre *ex post*, pueden garantizar un nivel adecuado de protección. El problema es más profundo y debe ser abordado con programas preventivos de amplio espectro que no desechen los instrumentos jurídico-penales.

Para ello es indispensable superar la trasnochada visión de la intervención penal como recurso exclusivamente punitivo, cuando no directamente vindicativo. Este tipo de lecturas carece de todo fundamento. La amenaza de pena tiene, inicialmente, una función didáctica: muestra a la colectividad que vida y salud de los trabajadores no son valores triviales, sino que se integran en el catálogo de bienes jurídicos de primer orden, los seleccionados por el CP como objeto de protección irrenunciable.

Por otra parte, la conminación de pena despliega un efecto preventivo de difícil cuantificación, pero en todo caso cierto. Pues resulta inherente a nuestra cultura la aceptación de que amenazar ciertos comportamientos con un mal provoca cierta inhibición en quienes, por ánimo de lucro o por inexcusable negligencia, puedan verse tentados a su realización.

La eventual pena a sufrir, que se une a los estigmas del proceso, es un factor más, aunque no sea el único, a la hora de decidirse por la observancia de la normativa en materia de seguridad.

La ejecución de la pena impuesta puede, además, generar efectos preventivo-generales, ya que es prueba de que la amenaza contenida en la ley penal es suficientemente seria como para ser tomada en cuenta en el futuro.

Además de los obvios efectos preventivo-especiales que despliegan ciertas penas inoquizadoras, como pueden ser las inhabilitaciones.

Así contemplada, la intervención penal deja de ser una eventualidad de castigo vindicativo, para convertirse en instrumento de prevención que, como es obvio, sólo puede lograr eficacia si se integra en estrategias de política preventiva más amplias.

Concuerda con esta visión la Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, de la Fiscalía General del Estado en la que se parte de que *“la prevención general y especial propia de toda sentencia condenatoria en el orden penal, son también factores esenciales para erradicar esta lacra”*, de forma que los fiscales *“deben extremar su celo para evitar que se repitan conductas que cuestan tantas vidas y que provocan graves lesiones, muchas veces eludibles si se adoptasen las debidas precauciones”*.

Correctamente, se constata la vocación preventiva de la intervención penal, que, lejos de agotarse en el castigo, sólo encuentra sentido como instrumento *“para evitar que se repitan conductas que cuestan tantas vidas”*.

d)

Con todo, para que los efectos preventivos puedan ser reales no basta con la retórica amenaza que incorpora la ley penal. Es preciso que los operadores del Derecho, que en este campo son múltiples, actúen con criterios nítidos que permitan distinguir lo penalmente relevante de lo que no lo es. No se trata de una diferenciación teórica; se trata de contar con una dogmática que dote de contenido al principio de seguridad jurídica en su doble faceta de definir (*a contrario sensu*) lo atípico y de garantizar que, cuando concurren los elementos típicos, se va a producir una sentencia condenatoria que valide la vigencia fáctica de la ley.

Primera condición de eficacia preventiva es, pues, la aplicación de la ley penal, aplicación hasta ahora reducidísima, por la confluencia de factores que ha estudiado la Criminología y que están en la mente de todos.

Dar la vuelta a esa tendencia a la inhibición exige una mayor implicación del MF. De su labor se ha dicho, por parte del propio Fiscal General del Estado, que, incluso cuando actúa frente a delitos de resultado lesivo, lo hace *“con excesiva lentitud y lenidad”*.

La creación de servicios de siniestralidad laboral, propuesta ya por la Instrucción 1/2001, no encontró respuesta entusiasta en las distintas Fiscalías. Que, además, según denuncia el Fiscal General, en ocasiones deben luchar (en otras optan por la *“inoperancia”*), contra la tendencia, común a los particulares, a los funcionarios policiales y a sectores importantes de la judicatura, a relegar los supuestos en que el riesgo no se ha traducido en un resultado letal o lesivo para el concreto trabajador, a la esfera administrativa.

Resulta igualmente imprescindible, cara a afrontar una mejor y más racional exigencia de responsabilidad criminal en los supuestos en que así proceda, potenciar una presencia más activa de los trabajadores y sus sindicatos ante los juzgados de lo penal, como forma de *“movilizar”* a los agentes institucionales en la tutela penal de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Esta presencia debe ser palpable ya en la fase de denuncia, pues dada la inhibición de particulares y autoridades policiales ante situaciones de riesgo, sólo la Inspección de Trabajo –siempre infradotada– y los trabajadores sindicalmente organizados pueden ser vehículos idóneos para que la *notitia criminis* llegue al MF.

Tampoco parece evidente el compromiso de las organizaciones sindicales con sus obligaciones de denuncia: “*pese al ofrecimiento formal efectuado por algunas Fiscalías a las Centrales Sindicales para que comuniquen las situaciones irregulares, dando cuenta incluso telefónicamente al Fiscal de Guardia –se lamenta el Fiscal General del Estado– [...] en escasas ocasiones se ha hecho uso de tal posibilidad*”.

Sin embargo, es importante la presencia sindical en el proceso, asumiendo las funciones, tan gravosas para la víctima, de parte acusadora. En este sentido, son plausibles las decisiones de los sindicatos más importantes, o de algunas instituciones autonómicas, de personarse como acusación en todo accidente de trabajo mortal o muy grave, por lo que implica además de presencia de un interés colectivo en la promoción de los procedimientos penales, más allá de la presencia procesal del perjudicado. Hay que lamentar, no obstante, que las citadas decisiones de erigirse en acusación, se limiten a esperar la producción de un resultado lesivo, ya que se prescinde del poderoso instrumento que significaría comenzar a hacerlo desde el mismo momento en que haya constancia de la situación de peligro grave, que son los supuestos criminalizados en los artículos 316 y 317 CP.

Son, pues, muchos los cabos por atar a fin de dotar de vigencia fáctica a unos preceptos del CP que hasta ahora parecen no haberla tenido. Sin embargo, ha de notarse que, como ha ocurrido en tantos y tantos casos, si bien la incorporación al Derecho positivo de ciertas normas no significa que queden incorporadas a la realidad, aquella positivización comienza abriendo una brecha que posteriormente se consolida. Así invitan a pensar los datos ofrecidos por la Fiscalía General del Estado: “*las diligencias previas incoadas por el delito de peligro doloso (art. 316) son las siguientes: en 2000 se incoaron 1.310 causas, en 2001 se incoaron 1.098; en 2002 1.216; y en el año 2003 se incoaron 1.181 Diligencias Previas. Pero ¿cuántas terminaron en sentencia condenatoria? En cuanto al delito de peligro por imprudencia (art. 317), las cifras de Diligencias Previas incoadas son las siguientes: en 2000 un total de 2.489 Diligencias; en 2001, 2.143 Diligencias; en 2002, 951; y en 2003, 1.549 Diligencias Previas*”.

e)

Pero, además, hay que avanzar hacia una construcción técnica viable y correcta, hacia una dogmática consolidada y compartida que permita la aplicación de los citados preceptos con criterios estables, conocidos y reconocidos, lo que constituye una *conditio sine qua non* de la efectividad preventiva de la sanción penal.

A tal fin, abordaremos el análisis de ciertos puntos en los que las soluciones aportadas por nuestros tribunales o no gozan de pacífica aceptación o presentan perfiles susceptibles de cuestionamiento crítico.

I. IMPRUDENCIA

Las modalidades más frecuentes de afectación a la vida y salud de los trabajadores enjuiciadas por nuestros Tribunales revisten la forma de homicidio o lesiones imprudentes.

Al respecto, hay que advertir que no se pueden importar mecánicamente a la reflexión jurídico-penal las construcciones laboralistas, en cuya virtud, la afirmación de imprudencia se deduce de la mera constatación del nexo causal entre la infracción de la norma de seguridad y el resultado dañoso, tal como parece deducirse, entre otras, de la **STSJ del País Vasco de 14 de mayo de 1996**.

En primer lugar porque en delitos de peligro –y en las infracciones laborales de la misma naturaleza– se produce un resultado, pero no es necesario que sea dañoso: basta con el resultado de peligro.

Por otra parte, la cuestión real es, antes de afirmar la imprudencia, imputar objetivamente el resultado-peligro a un comportamiento personal. Para, posteriormente, entrar en la calificación de ese comportamiento como doloso o imprudente. Se trata, en definitiva, de establecer, con carácter previo, la relevancia para el Derecho del comportamiento del deudor de seguridad. En este punto, los principios acuñados por la doctrina penal, y aceptados por la jurisprudencia, de causación o incremento del riesgo, o de fin de protección de la norma, pueden llevar, seguramente, a resultados más afinados que la vinculación mecánica entre infracción y resultado.

II. IMPRUDENCIA GRAVE

a)

En el orden laboral, la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance de la gravedad o temeridad de la imprudencia tiende a responder a la cuestión planteada por el art. 15.4 LPRL, que precisa que *“la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador”*.

Lo que, para la **SJS nº 4 de Sevilla, de 14 de noviembre de 2003**, viene a significar tanto como que *«...la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores no se agota con darles los medios normales de protección sino que viene además obligada a la adecuada vigilancia del cumplimiento de sus instrucciones que deben tender no sólo a la finalidad de proteger a los trabajadores del riesgo genérico que crea o exige el servicio encomendado, sino además a la prevención de las ordinarias imprudencias profesionales del mismo»*.

El art. 15 LPRL, que la citada sentencia califica como *“auténtica clave de lectura del sistema”*, responde a una inequívoca preocupación preventiva, que se traduce en imponer al empresario la obligación de prever y prevenir los frecuentes

supuestos de imprudencia (automatismo, leve distracción, exigencias del trabajo, etc.) no temeraria, del trabajador. Pero, *a contrario sensu*, invita a entender excluida la temeridad o gravedad de la imprudencia del deudor de seguridad, cuando es detectable en la conducta del trabajador una imprudencia que excede “*de las ordinarias imprudencias profesionales del mismo*”.

Esta propuesta interpretativa sólo sería de recibo en Derecho penal, si se limitase a afirmar la exclusión de responsabilidad del deudor de seguridad cuando el riesgo es generado, exclusivamente, por la grave imprudencia del trabajador. Pero no se puede ir más allá: no se puede entender que la imprudencia temeraria de éste excluye la de aquél o la reduce, mecánicamente, a la categoría de leve, por cuanto ello implicaría dar entrada a la compensación de culpas y restringiría indebidamente el campo de la imprudencia grave. Y “*no debe olvidarse que nos encontramos ante un accidente laboral en el cual es doctrina jurisprudencial reiterada la no relevancia de la conducta de la víctima causa de su propia imprudencia profesional derivada de la habituación al riesgo, pues sobre ello está la obligación del empresario de cumplir y hacer cumplir las medidas de seguridad, incluyéndose la posibilidad de que el trabajador las incumpla como consecuencia de aquella habituación al riesgo que puede producir el desempeño de su actividad*” (**SAP de Cádiz, sec. 1^a, de 3 de noviembre de 2003**).

b)

También restringiría el ámbito de la imprudencia grave entender que sólo es constatable cuando se infringen “*todas*” las previsiones exigibles al garante de seguridad, tal como repite la jurisprudencia (p. ej., **SAP de Valladolid, sec. 4^a, de 30 de enero de 2004**) reiterando, parcialmente, el contenido de la **STS de 26 de junio de 2000**. Esta interpretación no puede ser compartida, ya que una cosa, correcta, es que cuando se omiten “*todas*” las precauciones la imprudencia deba ser calificada como grave, y otra es que sólo sea grave la imprudencia en que se omiten “*todas*” las precauciones. También puede existir imprudencia grave cuando los medios son insuficientes o inadecuados, aunque no falten “*todos*”.

Tampoco puede equipararse mecánicamente la inexistencia de medios a la imprudencia grave y la insuficiencia, a la leve, como parece sugerir la **SAP de Cádiz, sec. 8^a, de 20 de marzo de 2003**. La naturaleza del elemento subjetivo no puede deducirse de ese mero dato objetivo.

En materia penal, y con relación a la gravedad de la imprudencia exigida por los artículos 142, 152 y 621.1 CP, existe cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en equiparar –siempre teniendo en cuenta que la gravedad no es mero fruto de un cálculo de probabilidades sino que presupone un juicio valorativo– la imprudencia grave con la temeraria de los Códigos anteriores, tomando como criterios la importancia de la norma de cuidado infringida por el agente y la evitabilidad del riesgo. Son esos los criterios que viene aplicando la jurisprudencia: **STS de 19 de octubre de 2000**.

c)

Es también pacífico que la calificación de la imprudencia como grave no es incompatible con la culpa concurrente de la víctima, ya que no cabe la compensación de culpas. Aunque, como no puede ser de otro modo, la incidencia de varios comportamientos, si no determinante, sí puede ser importante en orden a la calificación de la imprudencia, o en la determinación de la indemnización resultante de la responsabilidad penal. Así lo reconocen, desde antiguo, el TS en, entre otras muchas, la **STS de 16 de junio de 1992**, y reiteradas decisiones de las Audiencias Provinciales como la **SAP de Castellón, sec. 2ª, de 20 de noviembre de 2000**, o la **SAP de Baleares, sec. 1ª, de 17 de mayo de 2000**.

De ahí que resulten criticables ciertas resoluciones, como la **SAP de Barcelona, de 2 de septiembre de 2003**, en un caso, que trascendió con tinte de escándalo a los medios de comunicación, en el que un trabajador recibe la orden de rejuntar las baldosas de un lavadero, para lo que se sube a un caballete llevando consigo el cemento y la paleta, de forma tal que al bajar pierde el equilibrio y cae desde una altura de 3,5 metros, por la abertura de una fachada que estaba sin ninguna medida adecuada de seguridad, quedando el trabajador tetrapléjico. La sentencia deja claro que hubo una infracción de medidas de seguridad, pero entiende que también se produjo una omisión del deber de cuidado por parte del trabajador coexistente con la esperanza, por parte del empresario, de que aquél adoptaría las medidas adecuadas, *“incluidas las de ayudarse de otro trabajador de forma que garantizase la sujeción”*, y con la deducción de que, para el trabajador, al realizar el trabajo como lo hizo, *“era inevitable la eventualidad del resultado finalmente producido”*.

En el mismo sentido, la **STSJ de Cataluña, de 16 de julio de 2003**, por ejemplo, declara probado que nadie advirtió al gruista de que, entre las tolvas vacías que debía izar, se encontraba una cargada de granalla, cuyo peso determinó el derribo de la grúa y la muerte del trabajador. Pero como éste no agotó las posibles medidas de seguridad, exime al empresario del pago del recargo con que, inicialmente, había sido sancionado.

Estas resoluciones resultan preocupantes porque desplazan a la víctima las consecuencias del accidente, exculpando al empresario como sujeto irresponsable, con lo que desconocen que, si bien la culpa de la víctima ha afectado a la relación de causalidad, es el empresario quien tiene la posición de garante de las normas de prevención y quien, en el caso, infringe el deber de cuidado.

Sin embargo, ni la aceptación –siempre bajo sospecha– de la ilegal situación de riesgo por parte del trabajador, ni sus descuidos permiten compensar la imprudencia originaria del deudor de seguridad. Así lo recoge, en términos tomados de la **STS de 5 de septiembre de 2001**, la **SAP de Alicante, sec. 7ª, de 21 de abril de 2004**, al constatar que *“tampoco puede ser excusa la posible existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo... pues es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo (STS de 17-1-2003)”*.

III. IMPRUDENCIA PROFESIONAL

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

Frente a una posible identificación de la profesionalidad como actuación en ejercicio de la profesión, la doctrina jurisprudencial y científica se han venido decidiendo por una interpretación mucho más angosta.

A ello cooperó decisivamente el hecho de que el art. 565 del derogado CP de 1973 hablara "*de impericia o negligencia profesional*", lo que sugería una interpretación auténtica de la imprudencia profesional como equivalente a carencia de capacitación.

A su vez, en los casos de impericia se elevaba la pena, con lo que se invitaba a entender que ésta, a igualdad de desvalor de resultado, comportaba un plus de reproche culpabilístico, en los términos fijados por la paradigmática **STS de 21 de febrero de 1986**. Como ese plus de reproche no podía fundamentarse suficientemente en todos los casos de comportamiento imprudente en el ejercicio de la propia profesión, la jurisprudencia venía requiriendo en la culpa profesional una ineptitud incompatible con ese ejercicio, mientras que la culpa del profesional sería una modalidad de imprudencia común, en la que se incurrió desarrollando tareas propias de la profesión del autor.

A pesar de la aparente sencillez de la línea interpretativa expuesta, la doctrina ha venido corroborando, ya desde hace tiempo, que los criterios seguidos por la jurisprudencia penal sobre imprudencia profesional, además de ambiguos, equívocos e inadecuados, no se han aplicado de manera ponderada ni equitativa, con la grave consecuencia de que, ante supuestos de hecho idénticos, se ha venido fallando en sentidos divergentes, aun empleando los mismos argumentos.

No resulta, pues, improcedente replantear la comprensión de la imprudencia profesional, y menos si obliga a ello un texto legal que, como el CP de 1995, incorpora modificaciones esenciales sobre la situación anterior.

Así, se ha propuesto prescindir de la propia categoría de la imprudencia profesional por ser materialmente idéntica a la imprudencia común, ya que el hecho de que el comportamiento de un sujeto tenga como marco el ejercicio de su profesión no conlleva incremento alguno de las exigencias del ordenamiento respecto a su persona, ni, por consiguiente, un más elevado grado de injusto en su comportamiento.

Es posible, sin embargo, que el replanteamiento del significado que hoy debe darse a la dualidad imprudencia profesional-imprudencia del profesional, discurra por otros derroteros.

Hay que tener en cuenta, en efecto, que, frente al modelo propio del CP derogado, el vigente habla de imprudencia profesional sin identificarla con la impericia,

con lo que se puede recuperar la acepción gramatical, según la cual lo profesional es lo “*perteneciente a la profesión*”.

Por otra parte, los artículos 142 y 152 CP, en caso de imprudencia profesional, no agravan la pena privativa de libertad cuantitativamente –como hacía el Código anterior–, sino que le añaden, por consideraciones de prevención especial, otra: la inhabilitación, dirigida a neutralizar la especial peligrosidad que al sujeto responsable confiere su actividad profesional. Esta pena distinta no necesita buscar su justificación en un plus de culpabilidad, sino en la especial relación del individuo con una actividad profesional en cuyo ejercicio ha actuado.

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

Cualesquiera que sean sus manifestaciones –actuación torpe por ignorancia o por negligencia, ausencia de análisis de riesgos o negligente subvaloración de los mismos, exquisita negligencia en la ejecución, etc.– la imprudencia ha de ser considerada como profesional, ya que la infracción de la norma de cuidado puede detectarse tanto en la ejecución de la actividad peligrosa sin la debida preparación, como en la negligente aplicación de los conocimientos que se tienen.

IV. BIEN JURÍDICO

Es frecuente en jurisprudencia la alusión al bien jurídico yuxtaponiendo la seguridad, la prevención, la vida, la salud y la integridad física, lo que viene a reflejar cierta confusión o, cuando menos, que la exacta definición del objeto jurídico de protección no ha preocupado en demasía.

Entre las diversas posibilidades de comprensión del bien jurídico protegido en los artículos 316 y 317, procede detenerse en las que, respectivamente, entienden: a) que el bien jurídico tutelado es la seguridad en el trabajo; b) que lo integran tanto la seguridad en el trabajo como la vida, la salud y la integridad; o c) que está constituido por vida, salud e integridad como bienes jurídicos individuales.

En realidad, los citados preceptos tienen como objeto jurídico de protección, y así lo afirman explícitamente, la vida y la salud de los trabajadores como colectivo (d).

a)

Aunque sean numerosísimas las decisiones judiciales que mantienen que el bien jurídico es la seguridad –e incluso la higiene– en el trabajo, resulta obvio que esa seguridad, autónomamente considerada, es el marco condicionante de la eficacia en la protección de la vida o salud, pero no el auténtico bien jurídico. El ilícito penal

no consiste en la infracción de un deber de seguridad fundamentado en normas de Derecho público indisponibles, aunque esa infracción se constituya en elemento típico. Entenderlo de otro modo supone, además de dejar de lado la dicción literal de la ley, confundir los órdenes normativos laboral-administrativo y penal, poniendo a éste al servicio de aquél, e ignorar las exigencias del principio de lesividad, reduciendo el comportamiento delictivo a la condición de mera desobediencia.

b)

Tampoco resulta convincente la propuesta de entender que coexisten dos bienes jurídicos, de naturaleza individual uno (vida y salud) y colectiva el otro (seguridad).

Además de ser una opción interpretativa que crea más problemas que los que resuelve, implica colocar al mismo nivel dos realidades distintas.

Es cierto que no se puede proteger la vida o salud sin reforzar la seguridad preventiva, como lo es que ésta, que cuenta con el respaldo del art. 40.2 CE, ha figurado entre las preocupaciones del legislador, que ha incorporado al precepto penal, como elemento típico, la infracción de la normativa laboral que pretende garantizarla. Pero la construcción final del art. 316 CP obliga a entender que el interés colectivo en la seguridad sólo alcanza relevancia jurídico-penal cuando va referido, de modo más o menos inmediato, a la vida y la salud.

Como en tantas otras ocasiones, el CP incrimina la creación de un peligro, producido a través de la lesión a una situación instrumental: la conducta típica aminora las condiciones de seguridad, pero esa lesión sólo pasa a ser típica cuando, a su vez, constituye un medio objetivamente idóneo para afectar a la vida o la salud.

c)

No pueden, tampoco, compartirse las pretensiones de considerar la vida y la salud como bienes jurídicos de naturaleza y titularidad individual. En contra de esta propuesta militan poderosos argumentos. Por ejemplo, la existencia misma de un precepto dedicado a tutelar esos bienes cuando sus titulares son los trabajadores. Si el derecho a la vida o a la salud se contemplase por el CP como la tesis crítica pretende, pocas razones avalarían su tratamiento autónomo y diferenciado, con respecto a los artículos 142 y 152, en los artículos 316 y 317.

Por otra parte, si los bienes jurídicos fuesen de titularidad individual, el consentimiento debería producir los efectos generales del art. 155 CP. *Item* más, debería tener mayor relevancia el consentimiento sobre el riesgo (es decir sobre un resultado sólo probable) que sobre el resultado lesivo. Y no es esto lo que ocurre en el caso del art. 316 CP: el consentimiento es irrelevante, tal como impone el art. 2º.2 LPRL, o la Ley 54/2003 de 12 de diciembre, que incorpora al art. 42.3 LISOS un último párrafo según el cual *“los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado, son nulos y no producirán efecto alguno”*.

En este sentido, la **SJS nº 12 de Barcelona, de 1 de diciembre de 2003**, declara correctamente que la empresa incurrió en *“una inobservancia clara, manifiesta y grave de las medidas elementales de seguridad con que debía proteger a sus trabajadores, siendo ella la obligada directamente a garantizar a aquéllos, y por lo mismo también al trabajador accidentado, una protección eficaz y segura, para lo que debió adoptar todas las medidas que la legislación establece a tal fin, [...] resultando en supuestos como el presente irrelevante la conducta de accidentado, cuya dejación, en cualquier caso, del derecho de resistencia que le asistía a cumplir la prestación del trabajo en condiciones que implicaban riesgo para su integridad personal no puede suponer consentimiento alguno en la producción del daño ni culpa alguna concurrente que pueda compensar la de la empresa”*.

Finalmente, no parece viable mantener que el bien jurídico es el mismo aquí y en los delitos de lesiones, siendo así que las penas de los artículos 316 (prisión de seis meses a tres años y multa) y 317 CP (prisión de tres a seis meses y multa) son superiores a las correspondientes a algunos entre aquellos (prisión de tres a seis meses y multa para las lesiones dolosas del art. 147.2; multa para las imprudentes del art. 621.1). Incurriría el Código en la contradicción de castigar con mayor energía la mera generación de peligro que la provocación de lesión, que, por definición, consume, como mínimo, una situación peligrosa preexistente.

d)

En la medida en que la letra de la ley lo permita, deben ser evitadas interpretaciones avocadas al absurdo. Los bienes jurídicos vida y salud son considerados por los artículos 316 y 317 en su dimensión colectiva.

En este sentido no hay diferencia de fundamentación para la tutela penal y administrativa en materia de salud y seguridad en el trabajo. Así lo refleja la **SJS nº 4 de Sevilla, de 14 de noviembre de 2003**, que afirma la responsabilidad del empresario, con los consiguientes recargos sancionadores, incluso en los casos en que la actuación diligente del trabajador hubiera impedido la realización del riesgo, si la empresa omite medidas de seguridad colectivas técnicamente posibles.

El delito consiste, tal como impone el tenor literal de los preceptos a examen, en la generación de peligro para la vida y la salud, cuyo titular no es, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los artículos 142 y 152 CP, cualquiera, sino los trabajadores en cuanto tales.

Como sintéticamente declara la **SAP de Guadalajara de 25 de junio de 1998**, lo que se castiga es *“poner en peligro la vida o salud de los trabajadores (en plural), siendo el bien jurídico protegido colectivo”*. Tesis en la que insiste la **SAP de Cantabria, sec. 4ª, de 31 de marzo de 2004** –*“en definitiva, se protege la propia seguridad de la vida, integridad o salud de los trabajadores, interés de carácter colectivo o supraindividual que resulta ser distinto a la concreta integridad física o vida del trabajador”*– o, en términos más contundentes, la **SAP de Valladolid, sec. 4ª, de 30 de enero de 2004**– *“como indica, entre otras muchas,*

la STS 1233/202 de 29 de julio, el tipo penal que se comenta... supone el reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal”.

La conducta típica, que consiste en crear peligro –esto es, aminorar las condiciones de seguridad en que se encuentra algo– impone esta dimensión colectiva del bien jurídico, ya que ese peligro se proyecta sobre los “trabajadores” indeterminados, como colectivo al que se somete a condiciones de inseguridad.

V. SUJETO ACTIVO

Delimitar el círculo de imputación personal determinado por el art. 316 CP, que castiga a quienes “*estando legalmente obligados*” provoquen la situación de peligro, requiere partir del art. 14 LPRL, a cuyo tenor el obligado por el deber de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales es el empresario, sin que quepa hacer distingos entre empresario principal, contratista o subcontratista; titular de empresa de trabajo temporal o titular de empresa usuaria. A estos efectos, todos son obligados, ya que todos son empresarios. Y, en cuanto tales, todos ellos pueden ser autores del delito del art. 316.

Por otra parte, a tenor de lo previsto en el art. 14.4 LPRL, el empresario puede atribuir funciones de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa, o, incluso, recurrir a conciertos con entidades especializadas, que desarrollarán actividades complementarias a las del empresario.

El deber de seguridad no compete, pues, sólo al empresario: la propia LPRL (artículos 30 y siguientes) y la normativa concordante configuran todo un tejido de seguridad que, sin eximir de responsabilidad a la cúspide empresarial, constituye en eventuales garantes también a los escalones más próximos a la ejecución misma de los diferentes trabajos.

Incluso el TS ha llegado a hablar de “*responsabilidad en cascada, sin exclusiones incompatibles*” (**sentencia de 3 de febrero de 1992**) para dejar sentado que esa responsabilidad alcanza a todos los que *de facto* ejerzan funciones de dirección o mando.

La **SAP de Vizcaya, sec. 1ª, de 30 de julio de 2004**, lo expresa en los siguientes términos: “*conviene recordar que el propio TS se ha encargado de señalar que en el mundo laboral todos los que ostentan mando o dirección técnicos o de ejecución y tanto se trate de mandos superiores como subalternos, están inexcusablemente obligados a cumplir cuantas prevenciones establece la legislación de trabajo para evitar accidentes laborales... (STS de 10 de mayo de 1980), tanto si ejercen estas funciones reglamentariamente como si las actúan de hecho (STS de 30 de marzo de 1990)*”.

Estas afirmaciones, que, a pesar de su carga de tautología, pueden resultar válidas en lo laboral, son de poca utilidad en Derecho penal, que exige acotar el marco

no ya de los obligados a prestar seguridad, sino de quienes incurren en responsabilidad penal por no hacerlo. Que son dos cuestiones distintas.

Para acotar el ámbito de los posibles sujetos activos en el ámbito penal hay que observar que los deberes de seguridad no son iguales para todos. O, al menos, no lo son desde la perspectiva de la exigencia típica del art. 316, que limita el círculo de autores a quienes no faciliten medios de seguridad estando obligados a ello. Así, mientras las obligaciones del empresario y de sus representantes van referidas a la totalidad de medios de prevención, otros agentes –servicios de prevención, los delegados de prevención, el comité de seguridad y salud– tienen funciones más específicas, y, por tanto, sus obligaciones son más restringidas.

La obligación de seguridad se impone, pues, a un heterogéneo conjunto de sujetos que van del empresario a sus representantes, pasando por las autoridades públicas o los trabajadores. Y esa obligación, en sus muy distintas modalidades, delimita el ámbito subjetivo de tipicidad.

Pero, además, hay que tener en cuenta que la compleja estructura empresarial genera múltiples situaciones en que, junto a su titular, actúan sujetos integrados en esa estructura, con distintas cuotas de autonomía. Lo que obliga a un análisis más pormenorizado que no se conforma con la afirmación genérica –y generadora de confusión– de la responsabilidad de todos los implicados– y que lleva a diferenciar dos tipos de supuestos: los de intervención (omisiva) del empresario en la ejecución de los hechos y los protagonizados por sus representantes, sin intervención directa de aquél.

a)

No plantea problemas de análisis el supuesto del directamente obligado que omite facilitar los medios pertinentes.

En los casos, frecuentes, de que la omisión de los subordinados se corresponda con el plan diseñado por los directivos, éstos podrían responder, como partícipes, ya a título de inducción ya de cooperación. Lo que genera la contradicción de considerar partícipe a quien tiene, en lo subjetivo y en lo objetivo, el control de los hechos. Por ello, parece más correcto considerar al directivo no ejecutor directo como coautor. Lo que no encierra contradicción, ya que ese directivo no sólo está unido al ejecutor material por el previo acuerdo de voluntades –lo que por sí sólo no bastaría para fundamentar la afirmación de coautoría– sino que interviene, normalmente, con control y dominio del hecho, aunque no esté presente en su ejecución. Con ello bastaría para entender que interviene en la “realización” del hecho, que es lo que exige el art. 28 CP, que, sin embargo, no toma como punto de referencia el concepto más estricto de “ejecución”.

Por otra parte, en el concreto art. 316, dado que el tipo se describe, a pesar de su condición de especial, en términos tan amplios que puede ser autor cualquiera de los obligados a proporcionar seguridad, lo habitual será, cuando concurren directivos superiores y subordinados, apreciar tanto la autoría de aquéllos

como de éstos. Es el caso, de frecuente examen en la práctica jurisdiccional (por ejemplo, **SAP de Alicante, sec. 7ª, de 21 de abril de 2004**) de concurrencia de obligaciones propias de quien dirige la ejecución material de los trabajos, por una parte, y, por otra, de quien es responsable de la alta supervisión de los mismos. Ambos, arquitecto superior y arquitecto técnico en este caso, están directamente obligados, sin que la omisión de medios de seguridad por parte de éste, exonere de responsabilidad al arquitecto superior que omitió su deber de control.

b)

No tiene intervención directa ni indirecta en los hechos ejecutivos, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos anteriores, el empresario que delega sus competencias en materia de seguridad. La delegación, que constituye al delegado en representante del empresario, suscita cuestiones que se mueven en una doble dirección: “hacia abajo”, cuando se trata de dilucidar la responsabilidad del representante; y, “hacia arriba”, cuando se pretende fundamentar la exigencia de responsabilidad penal al sujeto delegante.

b1)

Hacia abajo, la fórmula legal del art. 316 CP es suficientemente amplia como para permitir declarar al TS que están obligados a cumplir y hacer cumplir las normas sobre seguridad en el trabajo todos los que desempeñen funciones de dirección o mando en la empresa, siempre que tengan un “*dominio suficiente del hecho*” (**SAP de Barcelona, sec. 2ª, de 16 de febrero de 2000**). Y siempre, claro está, que a ese dominio acompañe la obligación legal, incumplida, de facilitar los preceptivos medios.

Pero cuando la responsabilidad del representante no se derive del incumplimiento de obligaciones que le vienen directamente impuestas por la normativa laboral, entrarán en juego los mecanismos penales que permiten llegar hasta quien, dotado del necesario dominio fáctico, actúa en representación del sujeto específicamente obligado: habrá que aplicar lo dispuesto en los artículos 31 y 318 CP.

No obstante, dada la amplitud del deber de seguridad impuesto por la normativa laboral en todos los escalones del organigrama empresarial, la aplicabilidad de estos preceptos, especialmente del art. 318, es muy escasa, ya que quedan directamente obligadas las personas físicas que, de hecho o de derecho, asumen responsabilidades y gozan de las correspondientes competencias.

Lo que significa que el precepto aplicable es el art. 316 y no el art. 318.

Así, el encargado de la vigilancia de la obra que contempla día a día como se trabaja sin casco y sin cinturón sobre andamios defectuosos y nada dice, no es, como pretende la **SAP de Sevilla, sec. 3ª de 12 de marzo de 2004**, responsable porque conoce los hechos y pudiendo remediarlos no adoptare las medidas para ello, tal como dispone el art. 318, sino porque no facilita los medios, estando obligado a ello, que es lo que habilita la aplicación del art. 316.

Por lo mismo, en el caso examinado por la **SAP de Alicante, sec. 7ª, de 21 de abril de 2004**, del arquitecto superior que omite informar y controlar al arquitecto técnico, que no da directamente las órdenes pertinentes en materia de seguridad y que no ordena paralizar la obra en el caso de que éstas no sean atendidas por aquél, no es de aplicación el art. 318, como quiere la citada sentencia, sino el art. 316, ya que el sujeto obligado no facilita los medios, con independencia de que la empresa revista la forma de persona jurídica –lo que aquí es irrelevante– o de que conozca y pueda remediar los hechos, pues este extremo, que justificaría la exigencia de responsabilidad criminal a cualquiera, como omitente del deber de socorro, cede en importancia ante el dato, decisivo, de que el sujeto está, en este caso, especialmente obligado.

La misma objeción puede formularse a la **SAP de Cádiz, sec. 8ª, de 20 de marzo de 2003**, que, tras afirmar que *“en el mundo laboral todos los que ostentan mando o dirección técnicos o de ejecución y tanto se trate de mandos superiores como subalternos, están inexcusablemente obligados a cumplir cuantas prevenciones establece la legislación de trabajo para evitar accidentes laborales ... tanto si ejercen estas funciones reglamentariamente como si las actúan de hecho...”*, termina acudiendo, para castigar al encargado de obra, al art. 318.

b2)

La diferencia es muy importante, porque el círculo de sujetos obligados en el art. 316 es restringido, mientras que en el art. 318, con la redacción que le da el CP de 1995, parece transformarse, incomprensiblemente en un delito común, que, literalmente, castigaría a todos aquellos que simplemente conozcan los hechos y no hagan lo posible para evitarlos. Lo que significa elevar una mera omisión del deber de socorro a la categoría de comisión por omisión, sin que una previa función de garante lo justifique.

El precedente inmediato del art. 318, el 499 bis, castigaba a *“los administradores o encargados del servicio”* que hubieren cometido los hechos típicos *“o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieren adoptado medidas para remediarlos”*. El actual art. 318 cambia la disyuntiva “o” por la copulativa “y” con lo que sugiere una lectura ampliadora que no puede suscribirse. Para responder en aplicación del art. 318, al igual que en aplicación del art. 316, hay que estar incluido en el círculo de sujetos obligados y, además, conocer los hechos y poder evitarlos. El mero conocimiento del riesgo y la posibilidad de neutralizarlo, sin estar específicamente obligado a facilitar medios de seguridad, sólo puede perseguirse en aplicación del art. 195.

b3)

El mecanismo de la delegación, de hecho o de derecho, no sólo plantea problemas de delimitación y fundamentación de la responsabilidad del delegado. También “hacia arriba” es necesario determinar la responsabilidad del delegante. Al respecto, la propia LPRL ha advertido que la delegación en personas o servicios de seguridad no exonera de sus deberes al empresario, y establece en su art. 14.4 que

tales delegaciones *“complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia”*.

La delegación parcial, pues, no hace desaparecer, sino que complementa, las obligaciones –compartidas– del empresario, que podrá, a pesar de la delegación, ser penalmente responsable.

En los supuestos de delegación general, tampoco el delegante queda liberado, puesto que sigue teniendo una competencia residual, subsiguiente a la obligación originaria (*in eligendo*) de delegar únicamente en personas o servicios capacitados para asumir la actividad delegada. Esa competencia residual se traduce también en un deber de vigilancia (*in vigilando*) que obliga a su titular a la comprobación periódica del cumplimiento por parte del delegado del deber asignado, procediendo en caso de incumplimiento a su corrección o remoción. De ahí que la **SAP de Teruel, de 31 de enero de 2000**, estime que el arquitecto técnico que da instrucciones al encargado de la obra, delegando en él las funciones de vigilancia de la seguridad de los trabajadores, responderá, junto a éste, de que dichas instrucciones no hubieran sido respetadas, si no controla realmente la ejecución de las mismas por el encargado.

Finalmente, en aplicación del art. 11, podrá afirmarse la autoría en comisión por omisión allí donde se faciliten los medios (con lo que se habrá cumplido con la obligación legal o contractual de hacerlo) pero *“el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”* (art. 11.b). No es obstáculo para la equiparación omisión-acción el hecho de que el art. 11 exija la *“producción de un resultado”*, ya que el peligro lo es, aunque no sea un resultado lesivo, que no viene exigido por el propio art. 11.

VI. LA REMISIÓN NORMATIVA

El art. 316 CP se configura como precepto penal en blanco, a completar con las normas de prevención de riesgos laborales, es decir, las contenidas en la Ley que lleva ese nombre, así como en *“sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, que contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito”* (art. 1 LPRL). En definitiva, el delito cuenta entre sus elementos con *“las acciones u omisiones... que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y de salud laboral sujetas a responsabilidad conforme a la presente Ley”* (art. 5.2 LISOS).

La remisión del art. 316 CP es objeto de las críticas que, de ordinario, se vienen oponiendo al recurso a leyes penales en blanco, por el riesgo que para el principio de legalidad comporta la remisión a normas reglamentarias. Y más aún en casos como el del art. 316 CP, en que la remisión se realiza, *in totum*, al conjunto normativo a que alude, globalmente, el art. 1 LPRL.

Pero en la doctrina española mayoritaria y en la jurisprudencia se estima que el recurso a los reglamentos es compatible con aquel principio, si el legislador toma la decisión incriminadora básica –aunque ceda a la Administración el concretar esa decisión–; si, además, la remisión en el precepto penal a la norma de complemento es expresa; y si, finalmente, resulta justificada en atención al bien jurídico protegido (**SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001**). En definitiva, se trata de garantizar el carácter complementario del reglamento, como enunciación técnica o de detalle, reservándose la norma penal la definición del núcleo esencial de lo prohibido (sentencias del **TC 127/1990, de 5 de mayo, y 120/1998, de 15 de junio**).

Más problemas plantea la remisión a las normas de origen convencional, y no sólo por sus eventuales fricciones con el principio de legalidad, sino también con el de intervención mínima, en cuya virtud el Derecho penal debe dirigirse a la protección de mínimos generales confiando al Derecho laboral los intereses particulares que excedan ese límite. La conocida y explicable reserva frente a la remisión de la ley penal a convenios colectivos se fundamenta en el riesgo cierto de que esa remisión se convierta en dudosa habilitación a instancias privadas para definir el contenido material de los delitos.

Es, sin embargo, pacífico en doctrina laboralista entender que la introducción del convenio colectivo de eficacia normativa general, regulado en el ET, es una consecuencia de la definición de lo que constituye el bloque de normatividad en materia de prevención de riesgos laborales, tal como imponen los artículos 1 LPRL y 5.2 LISOS. Aunque las relaciones “cláusula normativa-reglamento-ley” han suscitado importantes dificultades interpretativas para la doctrina y la jurisdicción laborales, en el ámbito que ahora interesa, la remisión a las cláusulas normativas de los convenios colectivos no tiene por qué suponer confrontación insalvable con el principio de legalidad. Se trata de una materia en la que la especialidad de las condiciones de trabajo determinadas es la que origina la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados –definidos por el CP–, y sin esa traducción a lo concreto, para la que resulta especialmente apto el convenio colectivo, no puede calibrarse la conducta infractora.

Problemas distintos a los de la remisión, plantea la utilización de elementos típicos normativos, materia en la que el tribunal penal no queda vinculado por la previa valoración administrativa. Aquél, como recuerda la **SAP de Barcelona, sec. 5ª, de 8 de mayo de 2000**, está vinculado por los principios de intervención mínima y subsidiariedad del Derecho penal.

De este modo no toda infracción muy grave ha de estimarse típica, y menos hoy, una vez derogado el viejo art. 348 bis, que exigía expresamente esa gravedad. Pero tampoco la calificación administrativa de la infracción como grave veta la tipicidad penal de ésta. En torno a este punto puede resultar interesante la experiencia de la Fiscalía de Zamora, que, en el año 2003, acordó con la Administración la remisión de antecedentes no sólo en los supuestos de faltas muy

graves, sino también en los de infracciones menos graves o leves que si, aisladamente consideradas, no son subsumibles en los tipos de riesgo, pueden alcanzar tal rango en casos de reiteración.

No se trata sólo de que la valoración de la infracción no vincule al juez penal, sino de que la propia constatación de la infracción, como elemento del tipo, queda en manos de éste, que actúa con independencia de la decisión administrativa (**SAP de Cádiz, sec. 8^a, de 30 de mayo de 2000**). El acta levantada por la Inspección de Trabajo recupera así su función de vehículo de la *notitia criminis*, al que el art. 52 LISOS le atribuye presunción de certeza, salvo prueba en contrario, pero que en el proceso penal no tiene más trascendencia que el de mera denuncia de unos hechos que habrán de ser probados en el correspondiente juicio oral.

VII. LOS MEDIOS

La conducta típica consiste en no facilitar, o en facilitar de modo incompleto (**SAP de Cantabria, sec. 4^a, de 31 de marzo de 2004**) los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas. Y la **SAP de Vizcaya, sec. 1^a, de 30 de julio de 2004**, precisa que no basta *“que la víctima tuviera un arnés a su disposición, sino que resultaba imperativo que ésta lo utilizara a tal fin, y que por tanto quien estuviera legalmente obligado, controlara que la actividad se realizaba sin infracción de las normas de prevención de riesgos laborales”*.

Facilitar los medios es, pues, ponerlos eficazmente a disposición del trabajador sin obstáculos que limiten su uso o incentivos que lo desaconsejen.

En doctrina penal se ha mantenido que incurre en la omisión típica no sólo quien no facilita los medios materiales adecuados, sino quien incumple aquellos deberes que integran el genérico deber de prevención y de tutela, esto es, evaluación de riesgos y planificación de la prevención, acondicionamiento de los lugares de trabajo, control periódico de la salud de los trabajadores, obligaciones de proporcionar información y formación, etc.

Pero esta interpretación peca de extensiva. No entra en el ámbito típico el diseño e implementación del plan integral de seguridad, sino sólo la no facilitación de medios. Que tampoco pueden ser entendidos, con criterios restrictivos, como medios exclusivamente materiales.

Lo importante para una correcta delimitación es la idoneidad instrumental de los mismos para producir el peligro típico. Lo que obliga a espiritualizar el concepto de “medio”, que no puede identificarse con las estrategias preventivas en su totalidad, pero que tampoco puede limitarse a objetos materiales.

En definitiva, como expresamente declara la **SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001** –y en el mismo sentido se pronuncia la **SAP de Alicante, sec. 7^a, de 21**

de abril de 2004– quedan incluidos los medios “*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*”.

También la **STS de 12 de noviembre de 1998** insiste en la consideración de la omisión de información como elemento típico. Al enjuiciar un caso en el que los acusados no facilitaron los medios para que los trabajadores evitaran el riesgo propio de la tarea que desarrollaban, ni dieron las instrucciones necesarias al respecto, condena considerando expresamente que la ausencia de información estuvo en el origen de la creación del riesgo típico.

Esta obligada “*espiritualización*” de los medios que no se facilitan, lleva a considerar típica la conducta de los (responsables de) los servicios de prevención externos que incumplen su obligación de asesorar y asistir al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados (art. 31.2 LPRL), siempre que ese incumplimiento sea la causa del riesgo prevenido. No puede excluirse apriorísticamente a los responsables de los citados servicios del ámbito de los sujetos activos. Porque lo decisivo en la actuación de éstos no es su carácter de empresarios, sino el de asumir y no cumplir funciones originariamente atribuidas a éstos.

Hay que observar, además, que el art. 316 CP no castiga a quien no facilita los medios “*a los trabajadores*”, sino a quien no facilita lo necesario “*para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas*”. No se requiere, pues, inmediatez entre el obligado a hacer asequible las condiciones de seguridad del trabajador y éste mismo.

Si la lectura propuesta trasciende el ámbito típico que se deduciría de una interpretación puramente material del término “medios”, no admite la tacha de extensiva, ni siquiera de “*amplia*” –como la califica, aún aceptándola, la **SAP de Cantabria, sec. 4^a, de 31 de marzo de 2004**–, pues es compatible con el principio de legalidad y viene impuesta por la normativa laboral que enumera y describe los medios que resultan, en el sentido propuesto, imperativamente exigidos.

Sí sería, por el contrario, expansión no autorizada la pretensión de considerar penalmente responsable a quien, obligado a actuar por la normativa laboral, deja de hacerlo, cuando su obligación no sea la de facilitar medios. Es el caso, al menos en alguna de sus funciones, de los delegados de prevención (art. 36 LPRL) o del comité de seguridad y salud (art. 38.1 LPRL). O de las funciones de consulta y documentación del empresario.

En estos supuestos, al igual que cuando se han facilitado realmente los medios, queda vetada la aplicabilidad del art. 316. Y si se producen resultados lesivos, la exigencia de responsabilidad criminal, en su caso, debe sustanciarse acudiendo a los artículos 142, 152 ó 621.

VIII. EL RESULTADO

a)

El delito del art. 316 CP requiere, expresamente, la producción de un resultado: el “*peligro grave*” para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

Sin embargo, puede constatarse en la interpretación jurisprudencial dominante cierto alejamiento de las posibilidades que abre la técnica por la que ha optado el legislador. De hecho, en palabras del Fiscal General del Estado, “*la escasa frecuencia con que los delitos contra la seguridad de los trabajadores –singularmente los tipificados en los artículos 316 a 318 del Código Penal– son aplicados, hace que la intervención penal se encuentre infrautilizada, y que no cumpla la función de tutela para la que ha sido establecida por el Legislador. Hay que tener en cuenta que esta tutela penal se configura a través de delitos de peligro, es decir como un adelantamiento de las barreras de protección antes de que se produzca el resultado lesivo. Y lamentablemente esta intervención preventiva, que es la principal aportación que podría realizar el sistema penal a la seguridad de los trabajadores, se encuentra prácticamente inédita. En general el sistema penal únicamente reacciona cuando el resultado fatal ya se ha producido*”. Lo que no parece coherente con el dato de que, inevitablemente, antes de producirse el resultado se habrá generado el peligro, que es lo que el CP criminaliza.

b)

Lo que de específico tiene el art. 316 CP es que el peligro se deriva –hipotéticamente– de un comportamiento omisivo: el hecho de no facilitar medios de seguridad pasa a ser típico en la medida en que impida llegar a los niveles de seguridad legalmente exigidos, o los aminore, poniendo en peligro grave la vida o la salud de los trabajadores.

La técnica de tipificación seguida por el art. 316 CP, al exigir la infracción de normas laborales, no debe llevar en ningún caso a lecturas formales de un precepto penal, cuyo contenido de injusto no puede confundirse con la infracción formal. Aunque alguna resolución judicial haya identificado la mera vulneración del deber objetivo de cuidado con la tipicidad, “*sin necesidad de aportar la demostración de la virtualidad específica de la omisión o infracción concreta en el desarrollo causal*” (**SAP de Jaén, sec. 2ª, de 18 de enero de 2001**), se requiere un juicio sobre la idoneidad lesiva de la conducta para bienes jurídicos determinados. Dicho de otro modo, la constatación en la sentencia condenatoria de una situación de peligro, es decir, de aminoración de las condiciones de seguridad en que se encuentra un determinado bien jurídico.

A partir de ahí, puede discutirse la necesidad de reelaboración de los conceptos de peligro concreto o abstracto, o la necesidad, en todo caso, de un doble juicio de peligro *ex ante* y *ex post*. Pero no debe quedar sometida a polémica la

necesidad de considerar como delictivas sólo las conductas que probadamente generen, en el caso concreto, al menos, un riesgo relevante para el bien jurídico tutelado (en este sentido, la **SAP de Cantabria, sec. 4ª, de 31 de marzo de 2004**).

De ahí se deriva la atipicidad de las infracciones laborales que, incluso calificadas de muy graves, puedan afectar a bienes jurídicos ajenos a la vida y salud de los trabajadores (artículos 13.5 y 11 LISOS) o supongan meros incumplimientos de obligaciones de documentación o colaboración con la autoridad administrativa. La vigencia del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* es incompatible con un deber de colaboración penalmente reforzado.

No basta, sin embargo, con la idoneidad lesiva en abstracto. Se requiere que, de hecho, la probabilidad cristalice en un peligro concreto (**STS 14 de julio de 1999**), en la medida en que se exige identificación de los sujetos individuales en que se materializa el bien jurídico colectivo protegido.

c)

Como es norma general, el peligro supone una constatación de probabilidad *ex ante*. Lo que olvida la **SAP de Jaén, sec. 2ª, de 20 de mayo de 2004**, que absuelve a los responsables de seguridad que mantienen el sistema eléctrico de una hormigonera en evidentes condiciones de inseguridad, y lo hace basándose en el dato de que la adopción de medidas correctas habría servido para asegurar la vida de los operarios frente a los contactos indirectos, pero no frente a los directos, que es lo que ocurrió en el caso concreto: el trabajador tocó con el pecho y los dedos los cables y falleció. En realidad, existe la infracción imprudente de las normas de seguridad y existe igualmente el peligro, luego traducido en resultado lesivo. Al menos la aplicabilidad del art. 317 resulta indubitada. Y quizá también hubiera debido aplicarse el art. 142, pues aunque la muerte se produjo por el contacto directo, el indirecto hubiera bastado para producirla.

d)

Dado que el peligro no sólo es resultado típico del delito del art. 316 CP, sino también elemento integrante de buena parte de las infracciones que la LISOS define como muy graves, que exigen la concurrencia de "*riesgo grave e inminente*", pueden producirse problemas a la hora de deslindar los ámbitos penal y administrativo.

Para solventarlos, una vez constatado que, en el plano objetivo, LISOS y CP presentan zonas superpuestas, se puede acudir al criterio suministrado expresamente por el CP –"*cuando el delito... se cometa por imprudencia grave*"–, confiando al ámbito administrativo los supuestos de imprudencia leve, mientras que el ilícito penal necesitaría de imprudencia grave o dolo.

IX. TIPO SUBJETIVO

a)

Además de condicionar, *de facto*, la persecución del delito de peligro a la producción del resultado lesivo, la jurisprudencia opta mayoritariamente por apreciar imprudencia, en el entendimiento de que quien infringe la normativa sobre seguridad no desea atentar contra la vida o la salud de los trabajadores. Con ello, y tal como se ha señalado reiteradamente, el campo de aplicabilidad del art. 316 queda notablemente reducido, puesto que, de darse el caso de utilización del riesgo provocado con la finalidad de lesionar o matar –dolo directo de resultado lesivo–, lo procedente sería apreciar tentativa de lesiones, de homicidio o, más frecuentemente, de asesinato.

Sin embargo, el art. 316 castiga, como se ha dicho, la provocación dolosa de peligro. Y para apreciarla basta, en reiterada opinión jurisprudencial, con el dolo eventual sobre el peligro, es decir, con la representación y aceptación de la probabilidad de peligro, “*si, a pesar de dicha representación, se mantiene la decisión de no adoptar la medida de seguridad, aceptando la aparición del incremento de riesgo efectivo*”, tal como declaran las sentencias de la **AP de Cádiz, sec. 8ª, de 30 de mayo y 10 de noviembre de 2000**. Sin que sea necesaria la constancia de aceptación de la eventualidad de concreto resultado lesivo (**SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001, SAP de Baleares, sec. 1ª, de 17 de mayo de 2000, SAP de Cádiz, sec. 8ª, de 30 de marzo de 2000; SAP de Cantabria, sec. 4ª, de 31 de marzo de 2004**).

Aunque entender típico el dolo eventual en un delito de peligro pueda parecer propuesta interpretativa que traiciona las exigencias del principio de intervención mínima, hay que observar que la *voluntas legis* llega a la criminalización de los delitos imprudentes. Y sería absurdo entender que entre el delito de peligro con dolo directo y el imprudente queda una franja de atipicidad constituida por los supuestos de dolo eventual.

En cualquier caso, no basta con que el sujeto consienta conscientemente en la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales. El dolo del sujeto activo ha de abarcar la creación de peligro (**SAP de Barcelona, sec. 3ª, de 13 de julio de 1999**).

b)

El art. 317 CP castiga la misma conducta objetiva del art. 316 CP “*cuando se cometa por imprudencia grave*”.

De no haberse incluido en el Código esta cláusula de punición de los comportamientos imprudentes, la protección de la seguridad en el trabajo hubiera quedado notoriamente lastrada. Piénsese, al efecto, en los numerosos casos de responsabilidad del directivo fundamentada en la *culpa in eligendo* de sus subordinados o *in vigilando* sobre el comportamiento de éstos.

Si desde el punto de vista político-criminal la opción parece explicable, también es coherente desde una perspectiva dogmática. Cuando, como es el caso, la experiencia permite concretar normativamente los límites de la norma de cuidado, la necesidad de un resultado lesivo queda relativizada y, con ello, se atenúan las objeciones frente al recurso a tipos imprudentes de peligro.

Las reglas generales de cuidado vienen fijadas en la normativa de prevención de riesgos laborales, que obligan a la selección cuidada del personal que ha de desempeñar cada puesto de trabajo, a su formación e información, a la minimización técnica de riesgos, a la articulación de medios personales y materiales de neutralización de eventuales efectos dañinos, etc. Y son esas mismas normas las que determinan el elenco de sujetos en que concurre el deber de actuar diligentemente.

La gravedad de la imprudencia es elemento esencial en el delito del art. 317 CP. Y, tal como se analizó más arriba, no queda excluida mecánicamente por el comportamiento imprudente de la víctima. Si, como regla general, no cabe en Derecho penal la compensación de culpas, en el específico ámbito de la seguridad en el trabajo esta regla debe interpretarse con criterios aún más rigurosos, que llevan a relativizar la relevancia del comportamiento del trabajador no sólo en el momento de constatar la existencia de imprudencia sino a la hora de valorarla.

*Como explica la **SAP de Cantabria, sec. 4ª, de 31 de marzo de 2004** “en ocasiones se alega por el empresario, ante la muerte o lesión del trabajador, que éste incumplió las normas de seguridad por propia voluntad, por comodidad o por desprecio por el peligro, lo que se pretende que dé lugar a la apreciación de un consentimiento en el riesgo por la propia víctima; sin embargo, el consentimiento de la víctima en el riesgo no posee eficacia justificante alguna... ni en el delito de lesión ni en el delito de peligro, pues, por una parte, el bien jurídico protegido en el art. 316 es un bien jurídico diferente y de titularidad supraindividual y porque, en segundo lugar, el ordenamiento laboral –art. 14 LPRL– impone al empresario el deber de tutelar la seguridad de sus trabajadores también frente a su propia voluntad o interés individual exigiéndoles incluso coactivamente el cumplimiento cabal y exacto de las cautelas y prevenciones establecidas”.*

Los casos de imprudencia leve son atípicos. Con independencia, naturalmente, de que si se produjera un resultado lesivo pudiera entrar en juego el art. 621 CP.

Siempre teniendo en cuenta que la imprudencia del art. 621 se mide con criterios generales y no requiere la infracción de concreta normativa en materia de seguridad laboral, dato importante para cuestionar críticamente las sentencias que –como parece mantener la de la **Audiencia Provincial de Jaén, sec. 2ª, de 20 de mayo de 2004**– niegan la posibilidad de apreciación de imprudencia en las actuaciones que no infringen normativa vigente en el momento de los hechos pero sí con posterioridad a ellos. Cuando la norma posterior recoge pautas de prudencia y diligencia que en el momento de producción de éstos estaban ya aconsejadas por consideraciones técnicas o de experiencia, posteriormente positivizadas, los hechos no son subsumibles en el art. 317, pero sí pueden serlo en el art. 621.

X. CUESTIONES CONCURSALES

a)

La LISOS, en sus artículos 3.2 y 52.3, y la LPRL, en su art. 42, consagran la preferencia a favor de los órganos de Administración de Justicia, en los numerosísimos supuestos en que los mismos hechos pueden ser considerados infracción administrativa o ilícito penal: el expediente sancionador ha de quedar paralizado en cuando la autoridad administrativa entienda que los hechos revisten naturaleza delictiva o cuando el MF le comunique que, sobre los mismos hechos, se ha iniciado un procedimiento penal.

Son igualmente nítidos los criterios a seguir una vez haya decidido, en un sentido u otro, la autoridad judicial. No obstante, sigue sin solventarse la cuestión planteada cuando antes de concluirse el procedimiento penal ya ha sido ejecutada la sanción administrativa.

La zigzagueante jurisprudencia constitucional ha rectificado la dirección impuesta por la STC 177/99 –que privilegiaba las garantías derivadas de los principios de cosa juzgada y *non bis in idem*– para proponer, en la STC 2/2003, una vía que posibilite la exigencia de responsabilidad penal: deducir de la pena la sanción administrativa. Pero quedan aún en el aire múltiples interrogantes, como, por ejemplo, la respuesta a dar en los supuestos en que la sanción administrativa es más grave que la pena, o en que ambas sanciones, por su naturaleza heterogénea, no son compensables aritméticamente.

b)

En el ámbito estrictamente penal, los problemas concursales presentan problemas distintos.

El modelo de *numerus clausus*, que por decisión expresa del art. 12, adopta el CP, no sólo supone, frente al sistema anterior, una notable restricción de lo imprudente punible. Obliga, también, a replantearse la problemática concursal, ya que el CP ha abandonado el concepto del *crimen culpae* –inducido, si no impuesto, por el anterior art. 565– para pasar a criminalizar como delitos imprudentes (*crimina culposa*) los diferentes comportamientos culposamente realizados.

No es totalmente pacífica esta lectura. Así, la **SAP de Cuenca de 21 de febrero de 2001** afirma, en coincidencia con la tesis del *crimen culpae*, que la pluralidad de resultados (dos muertes en este caso) derivados de un comportamiento imprudente, obliga a apreciar un solo delito de homicidio imprudente, ya que entiende que el juicio de antijuricidad, en los delitos culposos, debe limitarse a valorar la acción, operando el resultado como simple condición objetiva de punibilidad. De otro modo, se añade, se incurriría en violación del principio de culpabilidad aceptando las consecuencias del *versari in re illicita*.

No es ésta, empero, la línea argumental más implantada en la doctrina. Como tampoco en la jurisprudencia, que prefiere seguir la doctrina sentada por la **STS de 12 de julio de 1999**, al entender que, frente al “*peculiarísimo sistema*” que hasta el CP de 1995 regía en materia de culpa, éste impone un catálogo cerrado de *crimina culposa*, con lo cual quiere decirse que en el caso de varios resultados, se sancionarán los hechos conforme a las reglas del concurso ideal de delitos.

c)

También ha resultado polémica la respuesta a dar a los supuestos de concurrencia de los delitos de peligro de los artículos 316 y 317 con los delitos de resultado lesivo (muerte o lesiones) en que pueda derivar el peligro creado.

Exclusión hecha de los casos en que el peligro previo se agota en el resultado lesivo producido –casos en que resulta imperativo apreciar una relación de consunción– la regla general debe ser entender que se produce un concurso ideal de delitos, puesto que el daño infligido no absorbe todo el peligro previamente generado. Esta propuesta, que hasta tiempos bien recientes se distanciaba de las tesis jurisprudenciales más aceptadas, debe considerarse hoy, tras el giro interpretativo impuesto por las sentencias del **TS de 14 de julio de 1999** y **26 de julio de 2000**, definitivamente asentada, ya que cuando, además de haberse producido un resultado lesivo, el riesgo lo fue también para otros objetos susceptibles de lesión, sólo el recurso a las reglas del concurso de delitos puede abarcar la dimensión total de los hechos enjuiciados.

Cualquier consideración de los supuestos de concurrencia de ambos resultados como concurso de leyes –tal como siguen proponiendo resoluciones aisladas como la **SAP de Jaén, sec. 2ª, de 20 de mayo de 2004**, apelando al art. 8.3 CP– omite la valoración de uno de ellos y, por tanto, pecará de parcial.

La interpretación aquí propuesta es la que han hecho suyas de forma explícita la Instrucción 1/2001 de la Fiscalía General del Estado y numerosas sentencias, como las **SAP de Almería, sec. 2ª, de 7 de abril de 2004**, **SAP de Cantabria, sec. 4ª, de 31 de marzo de 2004** o la **SAP de Alicante, sec. 7ª, de 21 de abril de 2004**.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

- AGUADO LÓPEZ, S., El delito contra la seguridad en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- APARICIO TOVAR, J., y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, ed. Trotta, Madrid, 1996.
- ARROYO ZAPATERO, L., “El ‘ne bis in idem’ en las infracciones al orden social. La prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social”, en AA.VV., *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, Pp. 287 a 321.
- BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La responsabilidad penal del empresario en seguridad y salud”, en *Alcor de MGO. Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, 2004 (1), Pp. 43 a 65.
- BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Artículo 42.-Responsabilidades y su compatibilidad. Parte Tercera (Responsabilidad Penal)”, en MONEREO PÉREZ-MOLINA NAVARRETE-MORENO VIDA (directores), *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus desarrollos reglamentarios*, ed. Comares, Granada, 2004, Pp. 477 a 500.
- BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal del trabajo*, 2ª edic., ed. Trotta, Madrid, 1997.
- CASAS BAAMONDE, M^ªE., “Evolución constitucional y Derecho del Trabajo”, en PEDRAJAS, A. (dir.), *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000. Pp. 63 a 106.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “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”, en *Actualidad Penal*, 12/2003, Pp. 333 a 356.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 2001.
- DESDENTADO BONETE, A., “Reflexiones sobre los accidentes de trabajo al hilo de algunas decisiones judiciales recientes”, en *Revista de Derecho Social* 24/2003, Pp. 81 a 92.
- DESDENTADO BONETE, A., y VALDES DE LA VEGA, B., *La negociación colectiva en la doctrina del TS*, ed. Trotta, Madrid, 1998.
- EDITORIAL, “El criminal casi siempre gana”, *Revista de Derecho Social*, 24/2003, Pp. 5 a 9.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, “La posición del Ministerio Fiscal en la tutela de los intereses de los trabajadores”, conferencia pronunciada en el Curso del Consejo General del Poder Judicial “Protección penal de los derechos de los trabajadores”, Oviedo, 22 de noviembre de 2004.

- GARCÍA RIVAS, N., "Reflexiones sobre inseguridad laboral e imprudencia", en *Revista de Derecho Social*, 24/2003, Pp. 177 a 185.
- GONZÁLEZ LABRADA, M., "Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de subcontratación", en *Revista de Derecho Social*, 27/2004, Pp. 29 a 64.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, ed. Civitas, Madrid, 1994.
- NAVARRO CARDOSO, F., y LOSADA QUINTAS, J., "La autoría en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo", en *Actualidad Penal*, 40/ 2001, Pp. 965 a 991.
- NIETO SAINZ, J., GARCÍA JIMÉNEZ, J., "Aproximación a los costes de la siniestralidad laboral en España", en *Revista de Derecho Social* 24/2003, Pp. 217-224.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J., "Unas notas acerca de la responsabilidad penal en materia de siniestralidad laboral", en *Revista de Derecho Social* 21/2003, Pp. 199 a 208.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., "Artículo 316", "Artículo 317", en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 3ª edic., ed. Aranzadi, Navarra, 2002, Pp. 1147 a 1151.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Delitos contra la seguridad en el trabajo. Cuestiones concursales. Calificación de la imprudencia", en *Revista de Derecho Social*, 3/1998, Pp. 169 a 177.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores", en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (coord.), *Memento práctico Penal de Empresa*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2003, Pp. 267 a 281.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., "Protección de la vida y la salud de los trabajadores en el Código Penal Español", *Revista de Derecho Penal. Número extraordinario*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, Pp. 9 a 39.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Derecho penal de la empresa*, ed. Trotta, Madrid, 1995.

CAPÍTULO II. RELACIONES DE DERECHO PENAL- DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD EN EL TRABAJO.

DRA. ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ,
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA.

I. INTRODUCCIÓN

La tipificación de una concreta materia por dos ramas del Ordenamiento Jurídico no sólo es perfectamente posible sino que existen materias complejas como, por ejemplo, el Derecho del consumo, Derecho tributario, Derecho del medio ambiente, etc., donde coinciden en su regulación y sanción tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador, propiciando que junto al catálogo de delitos exista un catálogo completo de infracciones y sanciones.

También la naturaleza intrincada del Derecho del trabajo se refleja en su sistema sancionador compartido por dos órdenes distintos: el Derecho administrativo laboral y el Derecho penal.

El hecho de que coexistan dos ramas distintas del Ordenamiento Jurídico en la regulación y sanción de materias concretas ha desembocado, sin embargo, en uno de los temas más importantes objeto de interminable discusión: el de la coexistencia de sanciones administrativas y penales sobre un mismo hecho¹, propiciado por la defectuosa o nula articulación de los instrumentos previstos legalmente, puesto que el Ordenamiento penal y el Ordenamiento sancionador administrativo caminan a la vez, pero sin mirarse entre sí para nada.

El problema de la posible duplicidad de sanciones administrativas y sanciones penales se origina por la presencia en el ordenamiento de un ilícito administrativo y de un ilícito penal cuyo presupuesto de hecho es idéntico. El grado de coincidencia entre los ilícitos administrativos graves o muy graves y los tipos penales es, sin duda, muy alta y apenas se encuentran elementos de diferenciación posible², de ahí que la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo haya producido, desde su

¹ Un estudio histórico y comparado de la coexistencia del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, puede verse en MATTES, *Problemas de Derecho Penal Administrativo. Historia y Derecho comparado*, Madrid, 1979.

² Ver ARROYO ZAPATERO, "El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social", en *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, p. 291.

planteamiento en la Ilustración, la desesperación de los juristas. Desesperación que nace cuando asistimos a una doble regulación sancionatoria frente a idénticos supuestos de hechos, que dan lugar a que un mismo supuesto de hecho sea tanto presupuesto de la sanción administrativa como de la penal, y que intenta la búsqueda de un criterio sustancial de distinción desde Goldschmidt a nuestros días, preferentemente en la doctrina alemana e italiana.

Pero, cualquier criterio de los tradicionalmente alegados por la doctrina para la delimitación de las infracciones administrativas respecto de las penales se topa con la realidad normativa concreta que lleva a que la consideración de una conducta determinada como delictiva o como mera infracción administrativa dependa de criterios tan inseguros como lamentables.

Además, la falta de un criterio de diferenciación expedito ha hecho que en la práctica la cuestión se resuelva la mayoría de las veces a favor de las infracciones administrativas al estar el papel de la Jurisdicción penal mediatizado por la Administración, de quien dependerá, generalmente, la denuncia inmediata al Ministerio Fiscal o al órgano judicial competente de los hechos tipificados en el CP. Todo ello se ve favorecido en materia de seguridad en el trabajo, por el sistema retributivo y de incentivos de la Inspección de Trabajo, pues, como recuerda el Informe Durán, *“no puede olvidarse el diseño del programa presupuestario que sirve de soporte financiero global al sistema de Inspección, cuyos objetivos en materia preventiva se cifran, a efectos de la obtención de los créditos presupuestarios, en un número anual de imposición y cuantificación de sanciones, único elemento admitido para la financiación del sistema, mediante la dotación de los complementos específicos y de productividad de los inspectores”*. A lo que añade, *“en definitiva, se trata de una lógica recaudatoria que impide una programación eficaz en el ámbito de la prevención, que relativiza cualquier actuación distinta de la imposición de las infracciones más seguras de sancionar, como son las de carácter formal y nominal, descuidando otras actividades que no se traducen en imposición de sanciones y más coherentes con la concepción preventiva”*³.

Se ha afirmado que la *“codicia del Derecho Administrativo”* ha dejado sin contenido real algunas de las conductas tipificadas por el CP. Esta aseveración es fácilmente constatable en materia de seguridad en el trabajo, si tenemos en cuenta la Memoria de la FGE presentada en el año 2000 donde se alude a: *“La inaplicación y fracaso del Código penal. En muchas provincias estos preceptos no se han aplicado ni una sola vez a nivel judicial, lo que provoca el asombro, máxime si se toma en consideración las altas cifras de siniestralidad laboral”*. Quizás este fracaso del CP se pueda justificar en el hecho de que el sistema penal únicamente reacciona cuando el resultado fatal ya se ha producido, olvidando que la tutela penal se configura a través de delitos de peligro. Precisamente, fue la imperiosa necesidad de proteger la salud del traba-

³ DURÁN LÓPEZ, *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España*, Madrid, 2001, pp. 74 y 236.

jador lo que llevó al legislador a construir tipos de peligro en esta materia, consciente de la inoperancia de los tipos de lesión frente a la criminalidad creciente propia de una actividad caracterizada por la proliferación de fuentes de riesgos.

Esa codicia del Derecho administrativo, además, tiene un claro efecto criminógeno, ya que crea un clima de inseguridad favorable a la multiplicación de las infracciones porque cuando la Administración sanciona en primer lugar resta eficacia a los tipos penales.

No obstante, y a pesar de los problemas que plantea en la actualidad la falta de un criterio claro de diferenciación entre infracciones administrativas y penales, lo cierto es que, hoy por hoy, un Derecho penal realmente separado del Derecho administrativo es anacrónico y no aceptable para un Estado de Derecho.

Por eso, es inaplazable la búsqueda de una solución al problema de la coexistencia de sanciones administrativas y penales sobre un mismo hecho, solución que bien podría hallarse en la revisión y coordinación del esquema general de las infracciones y sanciones teniendo delante el respectivo tipo penal del Código, deslindando sus elementos típicos sin dar pie a concurrencia de tipos penales y administrativos, de forma que los tipos administrativos y los penales de la misma materia no sean concurrentes sino alternativos.

Ya en la Memoria de la FGE del año 2001, en el capítulo dedicado a *“propuestas de reformas legislativas”* se planteó una reforma legislativa partiendo que en la actual regulación existe una yuxtaposición entre el ilícito penal y el ilícito administrativo de mayor entidad (infracciones graves y muy graves), entendiéndose que no hay *“una adecuada concreción de hasta dónde pueda llegar la infracción administrativa y dónde comenzaría la penal, de manera que las mismas conductas pueden ser incardinadas en ambos ilícitos y esta descoordinación entre la regulación administrativa y la penal alcanza no sólo a la descripción de los comportamientos prohibidos, sino también a las sanciones económicas previstas, de manera que por la vía administrativa pueden acabar imponiéndose multas de mayor cuantía que las establecidas en el Código penal”*.

II. LA RELACIÓN CP-LISOS

En el ámbito del Derecho del trabajo coexiste con el poder de incriminación y sanción atribuido a la Administración laboral la tipificación de determinadas acciones punibles, sancionables penalmente.

Por lo que respecta a la materia de seguridad en el trabajo, por un lado, en el CP se encuentran dos preceptos que específicamente hacen referencia a la protección de la seguridad y salud del trabajador: los artículos 316 y 317⁴.

⁴ Para un estudio de los artículos 316 y 317 CP, pueden verse, DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Barcelona, 2001; AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: Artículos 316 y 317 del Código penal*, Valencia, 2002; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia, 2002.

El art. 316 dispone: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad adecuadas, de forma que pongan así en **peligro grave su vida, salud o integridad física**, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

Por su parte, el art. 317 contempla la modalidad imprudente y establece: “Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”.

Por otro lado, en el ordenamiento laboral la piedra angular es, en la actualidad, la LISOS se erige en depositaria del régimen sancionador administrativo laboral en esta materia e incorpora en sus artículos 11, 12 y 13 el nuevo catálogo de infracciones en el orden social. En conjunto las infracciones deben suponer violación de una obligación contenida en el bloque normativo que conforma la seguridad y salud en el trabajo compuesto por normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo⁵.

De todas las figuras tipificadas como infracciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales en la LISOS⁶ a los efectos de posible colisión con el delito contra la seguridad y la salud de los trabajadores, interesa destacar:

Primero: Es infracción grave conforme al art. 12.16 LISOS: “Las que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados (...)”.

Segundo: Es infracción muy grave conforme al art. 13.3 LISOS: “No paralizar ni suspender de forma inmediata, a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los trabajos que se realicen sin observar la normativa sobre prevención de riesgos laborales y que, a juicio de la Inspección, impliquen la existencia de un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores, o reanudar los trabajos sin haber subsanado previamente las causas que motivaron la paralización”.

Tercero: Es infracción muy grave conforme al art. 13.4 LISOS: “La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales (...) cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores”.

⁵ El art. 5.2 LISOS, modificado por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, dispone: “Son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones u omisiones de los diferentes sujetos responsables que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo sujetas a responsabilidad conforme a esta ley”.

⁶ La LISOS ha sido modificado por Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, que reconoce en su EM “la subsistencia de índices de siniestralidad laboral indeseados que reclaman actuaciones tan profundas como ágiles”.

Cuarto: Es infracción muy grave conforme al art. 13.6 LISOS: “*Superar los límites de exposición a los agentes nocivos (...) cuando se trate de riesgos graves e inminentes*”.

Quinto: Es infracción muy grave conforme al art. 13.10 LISOS: “*No adoptar cualesquiera otras medidas preventivas (...) de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores*”.

Nota común a todas estas infracciones laborales es la creación de un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores, estableciéndose la distinción entre la infracción grave del art. 12.16 y las infracciones muy graves reseñadas en que las muy graves requieren que el riesgo, además de “grave” sea “inminente”, calificativo que equivale a riesgo grave con alta probabilidad de realizarse en lesión de modo inmediato y directo.

Pues bien, el breve repaso de la normativa administrativa laboral pone de manifiesto cómo la realización de los tipos descritos en el CP comportan a su vez, inevitablemente, la realización de las conductas descritas como infracciones en la LISOS, pues tanto las infracciones administrativas como el delito contra la seguridad en el trabajo del art. 316 del CP requieren el peligro “grave” para la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

En otras materias, para evitar precisamente la concurrencia normativa, el legislador ha introducido en el CP un criterio de diferenciación. En algunos casos, el legislador ha optado por incluir en los tipos penales una condición objetiva de punibilidad que impide su aplicación por debajo de la misma, excluyendo así la identidad de ilícitos, como ocurre en materia de Seguridad Social. En otros campos de coexistencia, el criterio de diferenciación lo ha fijado en la gravedad del peligro o perjuicio, relegando las conductas menos graves o menos perjudiciales a la condición de infracción administrativa, como por ejemplo sucede en materia de consumo donde el art. 282, delito de publicidad engañosa, respecto al art. 3.3.4 del RD 945/1983, de 22 de junio, sobre infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentarias, requiere “*un perjuicio “grave” y manifiesto a los consumidores*”⁷; o en el ámbito del medio ambiente donde el art. 325 CP exige la creación de una situación de perjuicio “grave” para el equilibrio de los sistemas naturales, mientras que la infracción administrativa se produce por la infracción de norma reguladora del medio ambiente. De esta forma la creación de un peligro “no grave” comporta la infracción administrativa, mientras que la creación de un peligro “grave” comporta la existencia de delito.

Sin embargo, en materia de seguridad y salud en el trabajo ningún criterio se ha establecido para la delimitación entre el tipo penal y las infracciones administrativas, pues la nota de la “gravedad” del peligro para la vida, salud o integridad física

⁷ Sobre este ámbito, ver DE VICENTE MARTÍNEZ, *Infracciones y sanciones en materia de consumo. Guía de actuación de la Administración sancionadora*, Madrid, 2000.

de los trabajadores, a la que se recurre en otras materias para resolver el problema de la concurrencia normativa, al estar presente tanto en las infracciones administrativas de la LISOS como en el tipo penal, hace que no sea fácil separar las infracciones administrativas de las penales, al exigir las primeras también un peligro "grave". Si las conductas integrantes de infracciones administrativas fueran netamente diferentes de las delictivas, como por ejemplo, no exigiendo la gravedad del peligro, el solapamiento sería más difícil.

Al no ser así, una vez más nos encontramos con que las fronteras del Derecho penal con el Derecho administrativo siguen siendo muy próximas y difíciles de deslindar, porque establecer la diferencia entre el delito y la infracción administrativa es casi imposible.

En esta materia, la descoordinación entre la regulación administrativa y la penal no sólo alcanza a la descripción de los comportamientos prohibidos, sino también a las sanciones económicas previstas, puesto que por vía administrativa pueden acabar imponiéndose multas de mayor cuantía que las previstas en el CP.

Las infracciones graves en materia de prevención de riesgos laborales se sancionan según el art. 40.2 LISOS, con multa, en su grado mínimo de 1.502,54 €⁸ a 6.010,12 €; en su grado medio, de 6.010,13 € a 15.025,30 €; y en su grado máximo, de 15.025,31 € a 30.050,61 €.

Por su parte, las infracciones muy graves se sancionan con multa, en su grado mínimo de 60.050,61 € a 120.202,42 €; en su grado medio de 120.202,43 € a 300.506,05 €; y en su grado máximo de 300.506,06 € a 601.012,10 €.

Mientras que para el delito contemplado en el art. 316 CP el legislador ha previsto la pena de prisión de seis meses a tres años, a la que se añade la multa de seis a doce meses.

La comparación entre las sanciones penales y administrativas permite estimar como sanción más grave la penal, pues la multa administrativa representa una afectación personal menos gravosa que la pena de prisión⁹, a lo que se puede añadir que, independientemente de la sanción que se considere más grave, el orden penal debe prevalecer siempre sobre el orden administrativo, en virtud del art. 3 LISOS, que establece la prejudicialidad penal.

No existe duda alguna que, una vez más, el legislador administrativo laboral y penal han operado de espaldas uno de otro, hecho particularmente censurable si tenemos en cuenta que la LPRL, que contenía hasta la entrada en vigor de la LISOS el catálogo de infracciones y sanciones en la materia, y el CP han sido producidos simultáneamente, evidenciando la nula articulación jurídica de ambas esferas.

⁸ Ver la Resolución de 16 de octubre de 2001, de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que se convierten a euros las cuantías de las sanciones previstas en el RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se prueba la LISOS.

⁹ Ver ARROYO ZAPATERO, "El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social", cit., p. 308.

III. PROHIBICIÓN DE *BIS IN IDEM* O PRINCIPIO DE NO CONCURRENCIA DE SANCIONES EN MATERIA DE SEGURIDAD EN EL TRABAJO

El que un mismo hecho sea susceptible de más de una sanción de distinta naturaleza es causa de que tal hecho venga definido como infracción en más de una norma jurídica, como ocurre en materia de seguridad en el trabajo.

En ésta, como en otras materias, la tradición en nuestro Derecho ha sido la de la compatibilidad entre el conjunto de responsabilidades, como resultaba claro del art. 155 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971¹⁰. Sin embargo, a partir de la Constitución de 1978¹¹ empezaron a plantearse serias dudas sobre la compatibilidad de la responsabilidad administrativa con la penal.

Si bien es cierto que la CE, a diferencia de la Constitución alemana de 1949¹² que recoge de manera expresa el principio *ne bis in idem* a través del art. 103.3: "*Nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo hecho en virtud de las leyes penales generales*", no contiene una declaración explícita sobre el principio, la prohibición de duplicidad de sanciones por un mismo hecho, como enunciado del principio general *ne bis in idem*, ha sido recogido por el Tribunal Constitucional, quien desde una de sus primeras sentencias, declaró que el principio *ne bis in idem*: "*si bien no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 CE, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de la CE, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 CE*" (STC 2/1981, de 30 de enero)¹³.

¹⁰ El art. 155 OGSB establecía que: "*Salvo precepto legal en contrario, las responsabilidades que exijan las autoridades del Ministerio de Trabajo o que declare la jurisdicción laboral por incumplimiento de disposiciones que rijan en materia de seguridad e higiene en el trabajo serán independientes y compatibles con cualesquiera otras de índole civil, penal o administrativo [...] las actuaciones que inicien y tramiten los órganos judiciales y administrativos no laborales [...] no suspenderán, en ningún caso, la acción preventiva, investigadora y punitiva correspondiente al Ministerio de Trabajo*".

¹¹ Como expone la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 4ª, de 19 de abril de 1999, "*la jurisprudencia preconstitucional reflejaba el criterio expuesto (un mismo hecho podía ser objeto de doble sanción administrativa y penal) que suponía la inexistencia de incompatibilidad e incluso, de relación entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la penal, y, por tanto, entre la corrección gubernativa que la primera podía confirmar en su función revisora y la pena impuesta por el Tribunal penal, ya que una y otra se desenvolvían en ámbitos distintos*".

¹² La Ley Fundamental de la República Federal Alemana (Boletín Oficial de Leyes de la Federación de 23 de mayo de 1949) ha sido reformada por Ley de 23 de septiembre de 1990, que incluye a los antiguos *Länder* de la República Democrática Alemana (RDA).

¹³ De igual forma el TS en sentencias, entre otras, de 6 de mayo de 1987 ó 25 de enero de 1988, ha corroborado dicha tesis, considerando el principio *ne bis in idem* incluido en el art. 25.1 CE. Sobre dicho principio, ver más ampliamente, GARCÍA ALBERO, "*Non bis in idem*" *Material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995; DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Barcelona, 1998.

La citada STC declaró la vigencia del principio *ne bis in idem* en el ámbito sancionador, salvo en los casos en que existiese una relación de supremacía especial de la Administración que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

La decisión del Tribunal Constitucional de incluir el principio *ne bis in idem* en el art. 25.1 de la Constitución lleva a configurar a éste como un derecho público subjetivo y fundamental, lo que implica que su desconocimiento o trasgresión por parte de los poderes públicos es susceptible de ser invocado en amparo ante el Tribunal Constitucional¹⁴.

La doctrina constitucional contenida en la STC 2/1981, de 30 de enero, se ha completado con la posterior sentencia del Tribunal Constitucional que establece que el principio *ne bis in idem* “*determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pudiera producirse se hagan con independencia (...) pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado*” (STC 77/1983, de 3 de octubre).

A partir de lo manifestado por el Tribunal Constitucional, los problemas derivados de la concurrencia y compatibilidad de responsabilidades penales y administrativas han de ser resueltos a través de la aplicación del principio *ne bis in idem*, ahora rebautizado como principio de “*no concurrencia de sanciones*”, que prohíbe la duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento (*ne bis in idem* material), así como la posibilidad de que un mismo hecho antijurídico pueda ser simultáneamente enjuiciado por órganos jurisdiccionales penales y por órganos administrativos sancionadores (*ne bis in idem* formal o procedimental).

El principio *ne bis in idem* encuentra su justificación en el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, pues se entiende que sería una reacción excesiva del Ordenamiento Jurídico imponer al sujeto una duplicidad de castigos¹⁵.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el principio *ne bis in idem*¹⁶. La doctrina que sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es estimar la demanda en los casos en los que existe un concurso de normas entre la infracción administrativa y el delito. Doctrina mantenida, entre otras, en la sentencia de 29 de mayo de 2001, caso *Franz*

¹⁴ Ver DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia, 2004, pp. 75 y ss.

¹⁵ Ver la STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3.

¹⁶ La primera sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el principio *ne bis in idem* fue la sentencia *Gradinger contra Austria*, de 23 de octubre de 1995.

Fischer contra Austria o en la sentencia de 30 de mayo de 2002, caso *W.F. contra Austria*¹⁷.

Quedan muy lejos, pues, los tiempos en que la duplicidad punitiva no sólo resultaba jurídicamente admisible, sino que además era jurisprudencialmente justificada¹⁸.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y LA INTERVENCIÓN DE LA JURISDICCIÓN PENAL

Tras las aportaciones del Tribunal Constitucional, el principio *ne bis in idem* se ha incorporado gradualmente a diversos textos legales¹⁹, conteniéndose, sin embargo, la regla básica en esta materia en la LRJPAC²⁰, cuyo art. 133 determina que no cabe doble sanción cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento²¹. Con mayor detalle incluso que la LRJPAC recoge la prohibición el art. 5.1 RPPS²², según el cual, cuando quede acreditado que los hechos objeto de un procedimiento administrativo sancionador han sido anteriormente sancionados penal o administrativamente, el órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción, siempre que concorra además la identidad de sujeto y fundamento.

En la regulación administrativa-laboral el principio *ne bis in idem* fue recogido en la LISOS de 1988, cuyo art. 3 vino a declarar la incompatibilidad de la sanción administrativa con la penal, dando preeminencia a la jurisdicción penal sobre la

¹⁷ Sobre el principio *ne bis in idem* en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, cit., pp. 198 y ss.

¹⁸ Ver las SSTs de 30 de marzo y 27 de noviembre de 1917.

¹⁹ Art. 180 de la Ley General Tributaria de 2003; art. 33 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; art. 112 de la Ley de Aguas de 1985; art. 107 de la Ley 25/1990, del Medicamento, etc.

²⁰ La Ley 30/1992 ha sido modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

²¹ El art. 133 LRJPAC establece: "No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento".

²² El art. 5 RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, bajo la rúbrica de "Concurrencia de sanciones" establece: "1. El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concorra, además, identidad de sujeto y fundamento.

2. El órgano competente podrá aplazar la resolución del procedimiento si se acreditase que se está siguiendo un procedimiento por los mismos hechos ante los Órganos Comunitarios Europeos. La suspensión se alzarán cuando se hubiese dictado por aquéllos resolución firme. Si se hubiera impuesto sanción por los Órganos Comunitarios, el órgano competente para resolver deberá tenerla en cuenta a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo compensarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción".

Administración. También, la LPRL recogía la formulación del principio *ne bis in idem* en su art. 42.4.

En la actualidad, la relación Derecho Penal-Derecho Administrativo sancionador laboral queda fijada en el art. 3 LISOS, al disponer:

“Concurrencia con el orden jurisdiccional penal.

1. *No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.*

2. *En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones.*

3. *De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados.*

4. *La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador; a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal”.*

El art. 3 LISOS para evitar la posible vulneración del principio *ne bis in idem*, establece la obligación de la Administración de no sancionar cuando las infracciones sean constitutivas de “ilícito penal”, es decir, tanto de delito como de falta, si bien dicho principio no afecta al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de los trabajos en caso de riesgo grave e inminente, ni a los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión con las actuaciones judiciales.

La mecánica de los pasos a seguir se contiene en el art. 5 RPIS, que, en realidad, no hace más que explicitar las reglas legales y añadir alguna matización con fines aclaratorios, como por ejemplo, que la sanción penal es compatible con el recargo de prestaciones de Seguridad Social²³.

²³ El art. 5 sobre “Concurrencia de sanciones con el orden jurisdiccional penal” establece:

“1. Cuando la inspección actuante o el órgano al que corresponda resolver el expediente sancionador entienda que las infracciones puedan ser constitutivas de delito, lo comunicará al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador a que se refiere el Capítulo III y que corresponda a los mismos hechos, hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer

Por tanto, y siguiendo los dictados de los artículos anteriormente citados, para evitar situaciones de colisión en los casos de concurrencia de responsabilidades penal y administrativa ante supuestos idénticos, la directriz básica a seguir será la paralización de las actuaciones administrativas en aquellos casos en que la Inspección de Trabajo considere que las infracciones cometidas pudieran ser constitutivas de delito y por tanto, procederá a remitir el expediente al Ministerio Fiscal o al órgano judicial competente.

Pero, ¿en qué casos puede entenderse por la Inspección actuante o por el órgano al que corresponda resolver el expediente sancionador que las infracciones pueden ser constitutivas de delito?, ¿qué criterios existen para decidir si se está ante una infracción administrativa o ante un hecho delictivo? Ante la duda del órgano administrativo ¿se han de remitir al Ministerio Fiscal todas las actas levantadas a empresas que no adopten las pertinentes medidas que garanticen la seguridad de los trabajadores?

En principio, a la Autoridad Administrativa Laboral no se le plantearán estos interrogantes cuando únicamente constate una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales que no pone en peligro la vida, salud o integridad física de los trabajadores, esto es, en los casos de infracciones calificadas como leves. Los interrogantes surgirán, por el contrario, respecto de aquellos supuestos en que además de la infracción administrativa se ocasiona un peligro “grave” para la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

acción, o sea firme la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial y solicitará, de dicho órgano judicial, la notificación del resultado, que se efectuará en los términos previstos en el art. 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si se hubiere iniciado procedimiento sancionador, la decisión sobre la suspensión corresponderá al órgano competente para resolver.

El Inspector o Subinspector actuante, en el supuesto antes señalado, lo comunicará por su cauce orgánico al Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo, con expresión de los hechos y circunstancias y de los sujetos que pudieran resultar afectados. Dicho Jefe, si estimase la eventual concurrencia de ilícito penal, lo comunicará al Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo primero respecto a la suspensión, y al órgano al que corresponda resolver.

También se suspenderá el procedimiento administrativo cuando, no mediando dicha comunicación, se venga en conocimiento de la existencia de actuaciones penales por los mismos hechos y fundamentos en relación al mismo presunto responsable.

2. La comunicación del apartado anterior no afectará al inmediato cumplimiento de la paralización de trabajos a que se refiere el art. 44 LPRL, ni a la eficacia de los requerimientos formulados, cuyo incumplimiento se comunicará a través del órgano correspondiente al Juzgado competente, por si fuese constitutivo de ilícito penal, ni tampoco afectará a la exigencia de deudas que se apreciases con el Sistema de Seguridad Social.

3. La condena por delito en sentencia firme excluirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos que hayan sido considerados probados siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento, sin perjuicio de la liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, y de la exigencia de reintegro de las ayudas, bonificaciones o de las prestaciones sociales indebidamente percibidas, si procediese”.

Para dar una respuesta satisfactoria a estos interrogantes habría que comenzar por fijar unos criterios que permitieran resolver en qué supuestos las infracciones pueden ser constitutivas de delito. Esta tarea sólo es factible a través de la comunicación y coordinación entre la Autoridad Laboral y el Ministerio Fiscal.

1. La necesaria comunicación y coordinación entre la Autoridad Laboral y el Ministerio Fiscal en materia de seguridad en el trabajo

La LPRL, en el apartado cuarto del art. 42, no sólo recogía la formulación del principio *ne bis in idem* sino que también introducía como novedad una llamada a la comunicación y colaboración entre los órganos implicados al disponer: “[...] la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social velarán por el cumplimiento de los deberes de colaboración e información con el Ministerio Fiscal”²⁴.

Si bien, con anterioridad a la LPRL, y a estos mismos efectos, ya se habían adoptado Instrucciones conjuntas entre la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Fiscalía General del Estado²⁵, conocedoras de que cuando los delitos contra la seguridad y la salud de los trabajadores no llegan a concretarse en un accidente con resultado dañoso para la vida, salud o integridad física de los trabajadores, no se denuncian usualmente por los particulares, ni generan atestados por parte de la Policía Judicial, por lo que la fuente *cuasi* exclusiva de transmisión de la *notitia criminis* son las actas de la Inspección de Trabajo, que es, por otra parte, la que debe detectar las irregularidades y comunicarlas a la Fiscalía.

Una activa y ágil comunicación y coordinación Ministerio Fiscal-Administración Laboral no sólo resolvería el problema de la incriminación de estos delitos, sino que serviría además para que no se produjera una doble denuncia, dando lugar a una dualidad de procedimientos cuando existe identidad de sujetos, hechos y fundamento.

Consciente de ello la FGE en su Instrucción núm. 7/1991, de 11 de noviembre, sobre “*criterios de actuación en los supuestos de infracciones contra el orden social*”, tras recordar el alto nivel de siniestralidad laboral en nuestro país, disponía: “*Que de conformidad con lo establecido en el art. 262 de la LEcrim y con lo prevenido en el art. 3.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, en los supuestos en que las infracciones constatadas pudieran ser constitutivas de delito, la Administración trasladará el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia, o previamente sea*

²⁴ El apartado 4 del art. 42 LPRL fue derogado por el RDL 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

²⁵ La FGE se pronunció por primera vez sobre el tema de la siniestralidad laboral en su Circular 5/1965, de 1 de diciembre, sobre “defensa del interés social en orden a las actividades de construcción”, en la que se convocaba públicamente a los Fiscales a actuar en este ámbito.

archivado por el Fiscal; y una vez recibido por la Fiscalía el expediente remitido por la Autoridad Laboral, en virtud de lo establecido en el art. 5 de su Estatuto Orgánico y 785 bis de la LECrim, iniciará las correspondientes diligencias de investigación, a cuyo fin la Autoridad Laboral le prestará el auxilio necesario”²⁶.

Esta Instrucción se propuso como objetivo integrar la actuación administrativa y penal, evitando interferencias competenciales y lograr la deseada coordinación y armonía en las actuaciones en uno y otro ámbito. Para lograr dicho objetivo se impartían una serie de directrices:

Primera: Los Fiscales Jefes habrán de reunirse trimestralmente con las Autoridades Laborales a fin de diseñar el plan de operación conjunta que evite la doble incriminación, debiendo dar cuenta a la Fiscalía General de los acuerdos alcanzados en cada una de esas reuniones.

Segunda: En los supuestos en que las infracciones constatadas pudieran ser constitutivas de delito, la Administración trasladará el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no dicte sentencia, o previamente sea archivado por el Fiscal.

Tercera: Una vez recibido por la Fiscalía el expediente remitido por la Autoridad Laboral iniciará las correspondientes diligencias de investigación, a cuyo fin la Autoridad Laboral le prestará el auxilio necesario.

Cuarta: En la sustanciación de la investigación en caso de que se desvanecieran los indicios que motivaron la misma, una vez producido el archivo, deberá notificarlo con la mayor brevedad posible a la Autoridad Laboral correspondiente, a fin de que pueda continuar con el expediente sancionador.

Quinta: En dichas diligencias deberán oírse necesariamente a los perjudicados.

Sexta: Semestralmente deberá remitirse a la Fiscalía General una relación de las diligencias incoadas por delitos contra el orden social, tanto internas de la Fiscalía como Judiciales.

El tema de la siniestralidad laboral también estuvo presente en la posterior Instrucción de la FGE núm. 6/1992, de 22 de septiembre, dictada para abordar los aspectos procesales derivados de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. En esta Instrucción, consciente del interés público subyacente en el enjuiciamiento de hechos relativos a siniestralidad laboral, se mantuvo la obligación del Fiscal de asistir a los juicios de faltas en las imprudencias laborales.

El enorme coste social en vidas humanas y de graves daños y secuelas acompañado de su onerosa carga económica obligó al Ministerio Fiscal en la posterior Instrucción de la FGE núm. 1/2001, de 9 de mayo, sobre “*actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral*”, a afirmar con rotundidad: “*Y es ahí donde los Señores Fiscales deben extremar su celo para evitar que se repitan conductas*

²⁶ Ver la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Madrid, 1992, pp. 1.019 y ss.

que cuestan tantas vidas y que provocan graves lesiones, muchas veces eludibles si se adoptasen las debidas precauciones”; “Sin duda, la prevención general y especial propia de toda sentencia condenatoria en el orden penal y la retribución que ello comporta, son también factores esenciales para erradicar esta lacra”.

Esta Instrucción de 2001, que mantiene la vigencia de la anterior de 1991 modificándola en cuanto a las reuniones de los Fiscales Jefes con las Autoridades Laborales, que de trimestrales pasan a ser bimensuales, se convierte en el instrumento básico en torno al cual se organiza el Ministerio Fiscal en esta materia.

Con esta Instrucción se materializaba la voluntad manifestada por el Congreso de los Diputados mediante Acuerdo del Pleno de 24 de febrero de 1998, en el que se instaba a la FGE a *“propiciar la máxima coordinación con las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social y las Comunidades Autónomas para mejorar la eficacia de la labor de la Fiscalía en defensa de la normativa penal sobre delitos contra la seguridad y salud laboral”.*

Para agilizar la comunicación y coordinación entre la Administración Laboral y el Ministerio Fiscal, la Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, desde el punto de vista organizativo, propone la creación de un servicio de siniestralidad laboral en aquellas Fiscalías en que por su volumen de trabajo fuese aconsejable la especialización. Una de las funciones del Fiscal o Fiscales encargados del servicio de siniestralidad laboral es la de promover las debidas comunicaciones con la Inspección de Trabajo y la Administración laboral competente en su ámbito territorial, sobre las resoluciones de los órganos judiciales o, en su caso, del Fiscal, en cuanto puedan afectar a la paralización o reanudación de los expedientes tramitados al amparo de la normativa vigente, conforme a la LISOS.

La Instrucción también impone incluir un subapartado en la Memoria anual de la Fiscalía dedicado al análisis de los problemas encontrados en esta materia en relación con la actividad del servicio de siniestralidad laboral.

Dentro de las relaciones con la Administración laboral, un aspecto relevante lo integra la remisión a la Fiscalía de las actas levantadas a empresas por no adoptar las pertinentes medidas que garanticen la seguridad de los trabajadores en el desempeño de su trabajo, con riesgo grave e inminente para su vida o integridad física aunque no se haya producido siniestro alguno. Con esta finalidad se establecen unos criterios que garanticen una adecuada selección en la remisión de actas, pues, lógicamente, la remisión en bloque al Ministerio Fiscal provocaría una paralización de los expedientes administrativos.

La Instrucción propone, finalmente, ordenar la remisión al Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en que la omisión de medidas de seguridad laboral lleven aparejada una propuesta de sanción por infracción muy grave, al objeto de evaluar la posible existencia de responsabilidad penal. Con esta propuesta lo que se pretende por parte de la Fiscalía General del Estado es no llevar al orden penal aquellos comportamientos que no merecen en el ámbito administrativo la máxima sanción.

Sin embargo, algunas Fiscalías han ampliado la evaluación de las actas al haber acordado la remisión también por infracciones graves, como ha hecho la Fiscalía de Zamora que ha acordado con la Administración la remisión del tanto de culpa no sólo en supuestos de hechos calificables como faltas muy graves, sino también cuando los mismos empresarios quebranten de manera sistemática, o al menos habitual, las normas sobre prevención de riesgos laborales de forma que incurran en reiteradas infracciones leves o menos graves que aisladamente consideradas no son subsumibles en los tipos de riesgo pero que cometidas de manera continuada puedan llegar a alcanzar tal rango.

La FGE ha vuelto a abordar el tema en la Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre *“procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado”*, para ratificar el criterio de la necesaria asistencia del Fiscal a los juicios de falta relativos a accidentes laborales.

Pero, no sólo desde la Fiscalía General del Estado sino también desde el ámbito administrativo, se ha establecido el deber de comunicación, cooperación y colaboración entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio Fiscal sobre la base de un objetivo común: la búsqueda de una mayor eficacia en la aplicación y defensa de la normativa penal sobre delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo. Sólo estas relaciones de coordinación y colaboración son las que pueden hacer preservar el principio *ne bis in idem* y al mismo tiempo impedir que algunos supuestos queden impunes por no actuar ni la jurisdicción penal ni la autoridad administrativa.

Estas relaciones comenzaron a desarrollarse con la Instrucción de la Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social núm. 106/1991, de 8 de noviembre, sobre *“relaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la Fiscalía General del Estado”*.

En la posterior Instrucción de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social núm. 104/2001, de 14 de junio, sobre *“relaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales y contra la seguridad y salud laboral”*, dirigida a los Inspectores, se ordena a éstos remitir las actuaciones al Fiscal cuando se trate de infracciones muy graves o graves siempre que en este último caso se haga constar el incumplimiento de forma reiterada por el empresario de las advertencias o requerimientos previos realizados por la Inspección de Trabajo; en los demás casos, la remisión tiene lugar cuando a juicio del Inspector actuante se considere que concurren las circunstancias de indicios racionales de criminalidad que puedan dar lugar a una imputación penal de los delitos relacionados con la seguridad y salud laboral.

2. El hecho no presenta indicios de delito

Si los órganos administrativos competentes estiman que los hechos no son constitutivos de delito porque no revisten los caracteres del mismo, será la

Administración Laboral quien resolverá el expediente administrativo sancionador sin remisión de las actuaciones al Ministerio Fiscal, lo que sucederá siempre que se trate de infracciones leves.

Pero, ¿qué sucede con las infracciones calificadas como graves o muy graves?. Según se desprende de la Instrucción núm. 194/2001, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la estimación de si los hechos son o no constitutivos de delito en el caso de infracciones muy graves o graves, no va a corresponder tanto a la Administración Laboral como al Ministerio Fiscal, por cuanto ordena a los inspectores remitir las actuaciones al Fiscal cuando se trate de infracciones muy graves o graves siempre que en este último caso se haga constar incumplimiento de forma reiterada por el empresario de las advertencias o requerimientos previos realizados por la Inspección de Trabajo.

Asimismo, la Instrucción de la FGE núm. 1/2001, propone la remisión al Ministerio Fiscal de las infracciones muy graves, al objeto de que sea éste quien evalúe la posible existencia de responsabilidad penal.

A partir de estas Instrucciones, es la colaboración Autoridad Laboral-Ministerio Fiscal, la que decidirá en casos de infracciones muy graves y en algunos supuestos de infracciones graves, si las mismas revisten los caracteres de delito, y no tanto, única y exclusivamente, la Administración Laboral, como parece querer establecer el apartado 2 del art. 3 LISOS.

Si, finalmente se considera que los hechos no son constitutivos de delito, será competente para sancionarlos la Administración Laboral.

3. El hecho presenta indicios de delito: Paralización de las actuaciones administrativas y remisión al Ministerio Fiscal

El art. 3 del LISOS en su apartado 2 dispone: *“En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de ilícito penal, la Administración pasará el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones; y en su apartado 4: La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal”.*

Según estos apartados del art. 3, si el órgano instructor del expediente sancionador, o el órgano administrativo que tenga competencia para resolverlo, entendiera que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, pasará el tanto de culpa

al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento o mientras el Ministerio Fiscal no comunique la improcedencia de iniciar o proseguir actuaciones, esto es, la Ley ordena en primer lugar, poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos para que éste actúe y, en segundo lugar, ordena paralizar el procedimiento administrativo de imposición de sanciones, salvo que seguirán su curso reglamentario las medidas cautelares adoptadas para proteger a los trabajadores en caso de grave riesgo. En estos casos, la autoridad administrativa que esté conociendo de la infracción no queda a la espera de que se instruya una causa penal, sino que tiene el deber de poner en conocimiento de la Jurisdicción penal el hecho si, además de infracción, reviste caracteres de delito. Se trata de una obligación de la Administración y no de una decisión discrecional.

Ahora bien, basta con una simple probabilidad de que los hechos tengan naturaleza penal, sin que sea exigible al órgano instructor o al órgano que corresponda resolver el expediente administrativo sancionador, la apreciación de su exacta tipicidad, lo cual es, como manifiesta el TS, en sentencia de 25 de octubre de 1982, *“sustancialmente distinto, pues, en otro caso, se dejaría que fuera la Autoridad administrativa quien, decidiera sobre tipicidades penales, lo que a todas luces invadiría funciones exclusivamente jurisdiccionales”*.

Lo dispuesto por el LISOS se completa con la Instrucción núm. 1/2001, de 9 de mayo, de la FGE, que primero, y con posterioridad la Instrucción núm. 104/2001, de 14 de junio, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establecen la obligación de que en aquellos supuestos de infracciones administrativas, comprobadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en materia de prevención de riesgos laborales, que impliquen riesgos de daños graves para la vida, salud o integridad física de los trabajadores, se remitan por la Jefatura de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social al Fiscal Jefe correspondiente las actas de infracción extendidas y los expedientes administrativos correspondientes en los casos en que:

Primero: Las infracciones estén tipificadas conforme a lo dispuesto en el art. 13 LISOS, y que por tanto den lugar a propuesta de sanción de carácter muy grave.

Segundo: Las actas de infracciones graves por vulneración de lo dispuesto en el art. 12 LISOS siempre que se haga constar el incumplimiento de forma reiterada por el empresario de las advertencias o requerimientos previos realizados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o en los que de la conducta general seguida por el empresario se infiera la inobservancia sistemática de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

Tercero: En aquellos supuestos, en que a juicio del Inspector actuante se considera que concurren las circunstancias de indicios racionales de criminalidad que pueden dar lugar a una imputación penal de los delitos relacionados con la seguridad y la salud laboral.

Pero además, cuando los hechos revistan los caracteres de delito, la autoridad administrativa no sólo ha de abstenerse de seguir el procedimiento administrativo sancionador, sino que ha de facilitar los datos que sean exigidos por la autoridad judicial competente, con ocasión de la persecución del delito. Sólo procediendo así se dará toda su virtualidad práctica al art. 316 CP.

En cuanto a la duración de la paralización del expediente, según establece el art. 5.1 RPIS, la paralización durará hasta que el Ministerio Fiscal resuelva no interponer acción, o hasta el momento en que sea firme la sentencia o el auto de sobreseimiento dictados por el órgano judicial²⁷, para lo que la Administración deberá solicitar del órgano judicial la notificación del resultado²⁸.

La suspensión temporal del procedimiento administrativo sancionador tiene como finalidad el intentar soslayar preventivamente cualquier hipotética vulneración del principio *ne bis in idem*, vulneración que se produciría si los hechos objeto de un expediente sancionador reprimidos a título de infracción administrativa pudieran a su vez ser enjuiciados y sancionados en un proceso penal, esta vez a título de delito; en tales casos, si a la identidad de sujeto imputado y a la identidad de hechos se uniera también la identidad de bien jurídico protegido por las normas penales y administrativas susceptibles de aplicación en uno y otro procedimiento, el respeto al contenido esencial de la prohibición de *bis in idem*, evidentemente, quedaría mal parado.

El art. 5.2 RPIS se encarga de subrayar que la comunicación del tanto de culpa al órgano judicial no afectará al inmediato cumplimiento de la paralización de trabajos a que se refiere el art. LPRL, ni a la eficacia de los requerimientos formulados, ni a la exigencia de deudas que se aprecien con el sistema de Seguridad Social.

También se suspenderá el procedimiento de las actuaciones de la Administración cuando ésta tuviera conocimiento de que ya estaba conociendo de los hechos de la presunta infracción el Juez penal, ya fuera a consecuencia de denuncia o querrela²⁹. Para facilitar ese conocimiento el nuevo apartado 3 del art. 52 LISOS, introducido por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, dispone: 3. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá notificar, en todo caso, a la Autoridad

²⁷ Asimismo el art. 7 RPPS establece en su apartado 2: *"Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial"*.

²⁸ Ver más ampliamente, sobre el anterior RPIS, GAMEZ OREA, "Sanciones del orden social y actas de liquidación de cuotas de Seguridad Social: Notas sobre el nuevo reglamento de procedimiento", en *Temas Laborales*, 42/1997, pp. 14 y ss. Sobre el nuevo RPIS, Ver CARDENAL CARRO, "Una nueva norma para el procedimiento sancionador en el orden social: el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo" en *Actualidad Social*, Vol. V, Pamplona, 1998, pp. 79 y ss.

²⁹ Ver el art. 259 LEcrim.

Laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción. Dicha notificación producirá la paralización del procedimiento hasta el momento en que el Ministerio Fiscal notifique a la Autoridad Laboral la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la Autoridad Judicial. Con la introducción de este nuevo apartado 3 en el art. 52, queda clara la obligación legal del Fiscal, que conociere de la existencia de un procedimiento penal, de notificárselo a la Inspección de Trabajo, que procederá a paralizar el procedimiento administrativo sancionador.

La regulación actual, no obstante, adolece de algunas lagunas al no prever remedio expreso para el caso en que, no habiendo sido respetada la prejudicialidad, se imponga la sanción administrativa y, sólo posteriormente, se siga un proceso penal. Cuando el art. 133 LRJPAC dice: “*no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente*”, no aclara demasiado el problema anterior, lo que ha dado lugar, incluso, a que algún autor admita la posibilidad de que la imposición de una sanción administrativa puede cerrar la posibilidad de una actuación judicial penal³⁰. Pero, a pesar de como observa DE LEÓN VILLALBA, que la negación de tal posibilidad encuentra apoyo en la construcción del Tribunal Constitucional sobre el principio *ne bis in idem* y la teoría seguida por el TS, la doctrina y legislación³¹, el Tribunal Constitucional en su sentencia 177/1999, de 11 de octubre³², parece admitir dicha posibilidad.

Básicamente la cuestión tratada en esta sentencia gira en torno a unos mismos hechos que dan lugar inicialmente a un expediente administrativo sancionador con imposición de sanción pecuniaria, todo ello previamente a la interposición de querrela por el Ministerio Fiscal. Se trata, por tanto, de un supuesto en el que la acción penal se insta cuando ha concluido la vía administrativa y es firme la resolución sancionadora. Pero, ello no impidió al Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona, en sentencia de 1 de marzo de 1994, condenar por los mismos hechos pero, a fin de evitar la doble sanción por los mismos hechos, imputó al pago de la multa penal la cantidad antes satisfecha por el condenado en la vía administrativa.

Esta sentencia fue confirmada íntegramente por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 3 de octubre de 1994.

Planteada la cuestión ante el Tribunal Constitucional, éste aborda nuevamente el tema del principio *ne bis in idem*, porque una vez más la realización de los tipos

³⁰ En este sentido se manifiestan GONZÁLEZ PÉREZ-GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, 1997, pp. 1922 y ss.

³¹ DE LEÓN VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, cit., p. 322.

³² Un comentario a esta sentencia, puede verse en DE VICENTE MARTÍNEZ, “Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde [a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio *ne bis in idem*]”, en *Actualidad Penal*, 22/2000, pp. 473 y ss.

descritos en el CP (delitos contra el medio ambiente: art. 347 bis del Código penal derogado y art. 325 CP) comporta a su vez, inevitablemente, la realización de las conductas descritas como infracciones administrativas tanto en el art. 108 f) de la Ley de Aguas de 1985 como en el art. 316 g) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, consistentes en vertidos indirectos de aguas residuales contaminantes, con elevado índice de cianuros y, sobre todo, de níquel, no autorizados y sin depuración previa, al cauce del río Congost.

El Tribunal Constitucional para solucionar el problema parte de un enfoque sustantivo del principio *ne bis in idem* y considera que *“la interdicción del bis in idem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado”*, por tanto, *“irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento”*.

Hay un voto particular que considera, acertadamente, que la decisión de la mayoría ha impedido la actuación de la Jurisdicción penal, rompiendo de este modo la estructura básica del Estado de Derecho configurado en nuestra Constitución. Para los Magistrados disidentes con la opinión mayoritaria, la sanción administrativa no puede blindar a una Jurisdicción penal preferente, frustrando la acción de la justicia en defensa del medio ambiente.

Esta STC es enteramente criticable pues, la imposición de una sanción administrativa no puede cerrar el paso a la intervención del Derecho penal, porque eso equivaldría a ceder de *facto* a la Administración una capacidad de disposición acerca de cuándo puede y no puede actuar el sistema punitivo. En ningún caso un acto administrativo sancionador puede impedir la acción de la justicia, como ha sucedido en este caso con el otorgamiento del amparo por el Tribunal Constitucional.

Para dar una solución coherente y satisfactoria a aquellos casos en los que ha recaído sanción administrativa y posteriormente se depuran responsabilidades penales, los caminos a seguir pueden ser dos:

Primero: El Juez penal puede descontar la sanción administrativa de la pena. Camino seguido por el Juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona y que posteriormente la Audiencia Provincial de Barcelona consideró acertado.

Segundo: Declarar la nulidad de lo actuado por la Administración. No hay que olvidar que en nuestro Ordenamiento Jurídico existen vías para corregir la actuación incorrecta de la Administración. En este sentido el art. 62.1.b) LRJPAC, prevé la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos *“dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”*.

El caso planteado en la sentencia constituye un supuesto de incompetencia manifiesta clara de la Administración Pública para imponer sanciones, y como la compe-

tencia es el primer presupuesto para la validez del acto administrativo, su falta determina la nulidad absoluta, que podrá ser denunciada en cualquier momento y apreciada de oficio por los Tribunales.

La declaración de nulidad del acto administrativo en la misma sentencia amparándose en la incompetencia de la Administración ha sido sostenida en las SSTs de 18 de octubre de 1982, 14 de diciembre de 1982, 27 de septiembre de 1988, 11 de abril de 1989, 28 de octubre de 1991, entre otras. Según la propia jurisprudencia del TS, son nulos de pleno derecho los actos de la Administración que se salen del ámbito administrativo propiamente dicho, invadiendo el campo reservado a otros órganos del Estado. Así la STS de 27 de enero de 1967, declara nulo de pleno derecho unas resoluciones dictadas por la Administración en materia de salarios laborales, ya que las declaraciones sobre los mismos corresponde a la jurisdicción laboral.

En el ordenamiento alemán el parágrafo 86 de la OWiG (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten), bajo la rúbrica "*Anulación de la decisión sobre la imposición de una multa en el proceso penal*" ("*Aufhebung des Bussgeldbescheides im Strafverfahren*"), establece que si en contra de un sujeto recae una decisión administrativa de condena y más tarde dicho sujeto es condenado por el mismo hecho en un proceso penal, la sanción administrativa de condena es nula. Y ello en base a la primacía de la actuación judicial y a la mayor gravedad de las consecuencias jurídicas penales. Si la multa administrativa ha sido satisfecha y la decisión administrativa que la impuso ha sido anulada por el órgano judicial penal, la cantidad pagada deberá ser tomada en cuenta, primero, a los efectos del abono de la sanción penal que imponga el Juez y, en segundo lugar, compensando las sanciones accesorias impuestas³³.

Es necesario insistir, para evitar pronunciamientos como el de la STC 177/1999, en que la sanción administrativa no puede producir en modo alguno el efecto de cosa juzgada por lo que habrá que recurrir a la nulidad de la sanción administrativa previa. Por tanto, el acto administrativo, dictado previa resolución del proceso penal, vulnerando el contenido de éste tiene que ser declarado nulo en la misma sentencia, amparándose con carácter general en la incompetencia de la Administración.

En modo alguno, la sanción administrativa ha de impedir a los Tribunales penales ejercer su función. De lo contrario, se crearía una suerte de inmunidad judicial para el sancionado, y nos llevaría al absurdo jurídico de que una multa impuesta, por ejemplo por el alcalde de un pueblo por unos determinados hechos, impediría su conocimiento por los órganos judiciales aunque fueran claramente constitutivos de delito.

³³ Un comentario al parágrafo 86 puede verse en REBMANN/ROTH/HERRMANN, *Kommentare Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2ª. Aufl. 1988.

De modo que si los hechos son constitutivos de delito, la imposición de la pena dejará sin efecto la sanción administrativa previa. Es decir, no se puede utilizar el principio *ne bis in idem* como argumento técnico para absolver por el delito, haciendo que la sanción impuesta por la Administración bloqué al propio TS.

En el caso planteado en la STC 177/1999, la salvaguarda del principio *ne bis in idem* exigía que la autoridad administrativa hubiese paralizado su intervención en espera de la resolución de la justicia penal, al no hacerlo la vulneración del principio *ne bis in idem* vicia de nulidad la resolución administrativa. Sólo así se puede atajar la tendencia que tiene la Administración de investigar ella misma todos los hechos, en vez de transferírseles a la justicia penal³⁴.

La STC 177/1999, de 11 de octubre, ha puesto de manifiesto, una vez más, la nula articulación jurídica de las esferas administrativa y penal, evidenciando una descoordinación absoluta entre ambos sectores que concurren a la protección del medio ambiente.

La confusión creada por la STC 177/1999, de 11 de octubre, llevó, ante un nuevo caso similar, al avocamiento del amparo al Pleno del Tribunal Constitucional, dando lugar a la STC 2/2003, de 16 de enero³⁵, que resuelve un recurso de amparo por una dualidad de sanciones –administrativa y penal– en materia de tráfico rodado.

La propia sentencia advierte, en su FJ 2 e), que *“la avocación al Pleno del presente recurso de amparo se ha efectuado para ejercer las facultades de revisión de la doctrina constitucional precedente conferidas al mismo por el art. 13 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a los efectos de apartarnos de la doctrina contenida en las SSTC 177/1999, de 11 de octubre, y 152/2001, de 2 de julio, en lo atinente a las siguientes cuestiones: al momento de invocación en el proceso penal de la vulneración del derecho fundamental alegado, entendiendo que en el procedimiento abreviado éste es el comienzo del juicio oral en el trámite previsto en el art. 793.2 LECrim. –FJ 4–; a la competencia de este Tribunal para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de identidad como presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, ya sea sustantivo o procesal, pues la triple identidad delimita el contenido del derecho fundamental –FJ 5–; a la doctrina sobre la reiteración punitiva –bis– constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 CE, considerando que la vulneración del derecho fundamental en su vertiente material requiere la efectiva reiteración sancionadora y no basta la mera declaración de imposición de la sanción –FJ 6–;*

³⁴ TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho Penal Económico (Comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993, p. 231.

³⁵ Sobre esta sentencia, ver los comentarios a la misma de PÉREZ MANZANO, “Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer *bis in idem* al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero”, en *La Ley*, núm. 5802, de 13 de junio de 2003 y de TORRES FERNÁNDEZ, “De nuevo sobre el principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional”, en *La Ley*, núm. 5824, de 15 de julio de 2003.

finalmente, a la relevancia del órgano sancionador que conoce de los hechos en primer lugar; afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en estos casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal —FJ 9’.

Respecto a la tercera cuestión, la STC 2/2003, en su FJ 6 afirma que el principio *ne bis in idem* prohíbe la efectiva imposición de varias sanciones, no bastando ni el doble reproche afflictivo, ni la mera declaración de imposición seguida de abono o anulación de una de ellas: *“No obstante, no puede dejar de reconocerse que los órganos penales, al enjuiciar el caso, se encontraban en una situación paradójica, pues, aunque no podían dejar de condenar penalmente al recurrente, dado su sometimiento estricto a la ley en el ejercicio de su función jurisdiccional (art. 117.1 CE), tampoco podían dejar de ser conscientes de que la sanción penal por ellos impuesta al mismo podía suponer una reiteración sancionadora constitucionalmente prohibida por el art. 25.1 CE. El hecho de que la legislación no prevea expresamente solución para los casos en los que la Administración no suspenda el expediente administrativo, estando un procedimiento penal abierto, puede explicar su actuación. Sólo al legislador corresponde establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar la reiteración sancionadora y contemplar las consecuencias que deriven de su incumplimiento”*.

Atendiendo a los límites de nuestra jurisdicción de amparo, una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación *-bis-* de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el *“doble reproche afflictivo”*, sino *la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto”*.

Asimismo, la STC 2/2003, de 16 de enero, afirma en su FJ 9, frente a lo sostenido en la STC 177/1999, que el orden de actuación sí es relevante: *“En conclusión, la cuestión atinente a cuál es el órgano sancionador que actúa en primer lugar tiene relevancia constitucional, a pesar de lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 5), y en consonancia con la declaración efectuada por la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3), acerca de la “imposibilidad de que los órganos*

de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos”.

Esta sentencia 2/2003, de 16 de enero, es aprovechada por el Tribunal Constitucional para, por primera vez, exponer las razones de la preferencia de la Jurisdicción penal. La primera razón estriba en que la competencia de la Administración es subsidiaria, de modo que cuando sanciona actúa sin cobertura legal (FJ 9). La segunda razón hace referencia a las mayores garantías que ofrece el proceso penal frente al administrativo: *“Una segunda razón avala la afirmación de que de la prohibición constitucional de incurrir en bis in idem no deriva la anulación de la segunda sanción o del segundo procedimiento sancionador. Esta reside en que la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo (por todas SSTC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2; 7/1998, de 13 de enero, FJ 5; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3)”* (FJ 10)³⁶.

El Tribunal Constitucional soluciona el problema planteado permitiendo salvar la operatividad del proceso penal, cohonestándola con el respeto a la prohibición de la doble incriminación a través de la compensación o deducción de la sanción administrativa impuesta.

Hay un voto particular a esta sentencia que formula el Magistrado García Manzano para quien: *“He de concluir, por ello, reiterando el criterio expuesto en la STC 177/1999, por entender que, como en el caso allí decidido, se vulneró el principio de ne bis in idem, al recaer dos sanciones, la administrativa y la penal, por unos mismos hechos y con el mismo fundamento”* (FJ 8).

Voto particular que era de esperar si se tiene en cuenta que el Magistrado García Manzano fue el Ponente de la STC 177/1999, de 11 de octubre, sentencia que recibió el voto particular de la Magistrada Casas Baamonde, Ponente de la STC 2/2003, de 16 de enero.

³⁶ El argumento según el cual el proceso penal ofrece mayores garantías que el administrativo, no parece, en opinión de GIMENO SENDRA, “Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal”, en *La Ley*, núm. 5817, de 4 de julio de 2003, convincente.

4. Apreciación por el órgano judicial de la existencia de delito: la condena penal

Si el órgano judicial aprecia indicios de delito y decide abrir el proceso penal, éste puede concluir en una sentencia condenatoria, lo que excluye, en principio, la sanción administrativa para la persona y los hechos objeto de la condena, pero no impide que se siga la liquidación de cuotas a la Seguridad Social, así como la exigencia de reintegro de las ayudas ilícitamente percibidas derivadas de los hechos conocidos por el órgano judicial. Así queda establecido en el art. 5.1 RPPS que dispone: *“El órgano competente resolverá la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sentencia penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento”*; y en el art. 5.3 RPIS: *“La condena penal en sentencia firme excluirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos que hayan sido considerados probados siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento, sin perjuicio de la liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, y de la exigencia de reintegro de las ayudas, bonificaciones o de las prestaciones sociales indebidamente percibidas, si procediese”*.

Conforme a los citados artículos y de acuerdo con la regla de prioridad del procedimiento penal, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración ha de esperar el resultado de la sentencia penal y, si es condenatorio, una vez comunicada por la autoridad judicial penal la sentencia condenatoria al órgano sancionador que conoce del asunto en la vía administrativa, éste habrá de apreciar *ex officio* el efecto excluyente de la decisión penal y cerrar el expediente a través de resolución que ponga fin al procedimiento, sin pronunciamiento alguno sobre el fondo. En estos casos, la Administración resulta plenamente vinculada al pronunciamiento deviniendo improcedente la sanción administrativa como consecuencia material o positiva del principio de prohibición que incorpora el principio *ne bis in idem*³⁷.

En tanto que dicha comunicación, en ocasiones, no se da en la práctica, el mismo efecto debería producirse a través de la comunicación de la sentencia y solicitud de conclusión del procedimiento por la parte afectada, e incluso, dado el carácter fundamental del derecho y el interés en juego, por un tercero.

El único problema que se puede plantear en caso de sentencia condenatoria es cuando recaída ésta, el ilícito administrativo tiene previstas consecuencias jurídicas específicas distintas de la sanción pecuniaria, dado que el Derecho laboral prevé una serie de medidas derivadas del incumplimiento a la normativa de prevención de riesgos en el trabajo: suspensión o cierre del centro de trabajo, limitaciones a la facultad de contratar con la Administración, etc.

³⁷ Ver la STS de 19 de abril de 1999.

En opinión de Arroyo Zapatero, todas estas sanciones específicas pueden ser impuestas en procedimiento sancionador subsiguiente a la sentencia condenatoria, aunque no sea más que porque son sanciones que recaen sobre la empresa, diferenciada de la persona física objeto de la condena penal³⁸, o bien, a mi juicio, porque al no tener estas medidas la consideración de sanciones propiamente dichas no pueden considerarse como infractoras del principio *ne bis in idem*³⁹.

El problema no obstante, ha quedado resuelto parcialmente con las consecuencias accesorias que prevén los artículos 127 y siguientes CP, entre las que pueden encontrarse: la clausura de la empresa, la disolución de la sociedad, la suspensión de actividades, etc.

5. No apreciación por el órgano judicial de la existencia de delito: Terminación del procedimiento penal con auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria

En aquellos casos en los que la Jurisdicción penal no aprecie la existencia de delito (sobreseimiento de la causa o sentencia absolutoria), o cuando no llegaran a iniciarse las actuaciones penales por acordar el Ministerio Fiscal no interponer acción alguna al no tener los hechos suficiente entidad para encuadrarlos en un tipo penal, se comunicará a la Autoridad Laboral para que ésta reanude la tramitación del expediente administrativo sancionador⁴⁰, en base a los hechos que el Tribunal haya considerado probados. Así queda dispuesto en el art. 2.3 LISOS: “*De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en caso de haberse dictado reso-*

³⁸ ARROYO ZAPATERO, *Manual de derecho penal del trabajo*, Barcelona, 1988, pp. 17 y ss.

³⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, cit., p. 41.

⁴⁰ Para GARBERRI LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador (Doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa)*, Madrid, 1989, pp. 150 y ss., el respeto al principio *ne bis in idem* se torna problemático en el supuesto en que la potestad sancionadora de la Administración opera sobre un hecho que, habiendo sido objeto de diligencias penales -en tanto que constitutivo de delito o falta-, ha recaído sobre él resolución de archivo o sobreseimiento total. En tal caso, la jurisprudencia entiende que no se opone obstáculo alguno a la subsiguiente punición de tal hecho por parte de los órganos de la Administración, toda vez que dichas decisiones adoptadas por la Jurisdicción no se pronuncian, enjuiciándolo, sobre un hecho típico (STC 36/1985, 8 de marzo y STS de 25 de octubre de 1982); todo lo más, suponen la constatación de que el hecho no es constitutivo de delito; o que el procesado no es autor del mismo, o que, en definitiva, no hay indicios de su perpetración. Además, aunque el sujeto sobreseído haya de ser tenido como inocente, dado que no se ha pronunciado una decisión condenatoria en forma de sentencia, dicha inocencia lo es tan sólo a los efectos de la comisión de un delito; puesto que en lo referente al supuesto de hecho de la norma administrativa que con su conducta ha podido transgredir, su culpabilidad o no habrá de evidenciarse en el procedimiento administrativo correspondiente siempre que concurren dos requisitos: que la conducta se quiera sancionar, por un lado, y por otro que la tipificación de la infracción administrativa no contemple la sanción por el mero hecho de haber sido condenado el administrado en un proceso penal, puesto que en tal caso, al no haber recaído condena alguna, el efecto prejudicial de la cosa juzgada penal impide que pueda sancionarse a título de ilícito administrativo la simple participación, en calidad de imputado, de dicho administrado.

lución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan declarado probados”.

No obstante, la recuperación por la Administración de sus potestades disciplinarias no debe entenderse que es omnimoda y en cualquier hipótesis, porque puede ser que la sentencia penal sea absolutoria o el procedimiento penal termine con auto de sobreseimiento.

La expresión que utiliza el art. 2.3 LISOS “*no haberse estimado la existencia de ilícito penal*” es una expresión técnica con significados plurales que resulta necesario distinguir de acuerdo con lo previsto en la LECrim y que tiene consecuencias diferentes en orden a la continuidad del procedimiento administrativo. Por ello, habrá que distinguir varios supuestos:

En primer lugar, el órgano penal puede llegar a la conclusión de que el hecho material objeto del proceso penal no existió en la realidad, lo que da lugar al sobreseimiento libre por declaración de inexistencia del hecho, conforme dispone el art. 637.1 LECrim⁴¹. Esta declaración impide la continuación del procedimiento administrativo, pues de otro modo se vulneraría el principio de coherencia del Ordenamiento Jurídico que reclama el Tribunal Constitucional cuando propugna la erradicación de la doctrina de las dos verdades: “*Unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado*” (STC 77/1983).

En segundo lugar, si lo que acontece es que el órgano judicial no encuentra en los hechos tipicidad delictiva, procede también el sobreseimiento libre, conforme dispone el art. 637.2 LECrim⁴², pero, en este caso, sí cabe la continuación del procedimiento administrativo sancionador.

En tercer lugar, si la resolución judicial produce el sobreseimiento provisional, bien por no poderse fijar en el proceso penal con claridad los hechos de relevancia penal, así como, sobre todo, la participación en ellos de los sujetos⁴³, lo que no quiere decir, lógicamente, que los hechos como tales no existan, el problema se torna más complejo pero, no impide la continuación del proceso administrativo sancionador.

En cuarto lugar, en el supuesto de que sea la sentencia absolutoria, ésta puede responder al mismo catálogo de hipótesis enunciadas para los sobreseimientos y, por tanto, sólo impide la continuación del procedimiento administrativo sancionador si responde a la declaración de la inexistencia de los hechos o a la falta de participación del acusado en los mismos.

⁴¹ El art. 637.1 LECrim. dispone: “*Procederá el sobreseimiento libre: 1. Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa*”.

⁴² El art. 637.2 LECrim. dispone: “*Procederá el sobreseimiento libre: 2. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito*”.

⁴³ Ver el art. 641 LECrim.

También hay que tener en cuenta que la Ley establece que cuando el Tribunal penal estime que no existe delito, procederá la continuación del expediente sancionador administrativo, con la limitación de que éste se concrete al examen de los “*hechos que los Tribunales hayan considerado probados*” (art. 2.3 LISOS)⁴⁴.

Para Arroyo Zapatero, esta limitación constituye el más grave defecto de la regulación legal del *ne bis in idem* en materia de infracciones laborales, salvo que tal limitación se entienda exclusivamente en el sentido de que el expediente sancionador continuará respetando los hechos declarados probados por el Tribunal penal pero, sin que se excluya la apreciación de otros hechos nuevos o diferentes en el expediente administrativo que no se hallen afectados por la declaración del Tribunal penal⁴⁵.

El respeto al planteamiento fáctico judicial ha dejado abierta la duda de si la autoridad laboral puede ampliar la base probatoria, o si debe por el contrario atenerse exclusivamente a lo sentado en el relato judicial, a lo que la mayoría de la doctrina contesta, acertadamente, que puede ampliar las pruebas siempre que no contradiga lo determinado por el Juez⁴⁶.

La Administración, ciertamente, debe respetar, en su actuación posterior, la declaración de hechos surgida del proceso, puesto que no es posible admitir por parte del Estado una valoración doble y discrepante sobre los mismos elementos probatorios⁴⁷. Pero, por otro lado, conviene, sin embargo, tener presente que hay hechos que no quedan probados en el proceso penal porque, por ejemplo, no interesa su prueba a efectos penales, pero que pueden ser importantes a efectos administrativos y ser objeto de examen posterior en el correspondiente proceso.

Sin caer en la contradicción de valorar de forma distinta el mismo supuesto fáctico, la Administración puede aun examinar los hechos eventualmente constitutivos de infracción, sin quedar vinculada por un “resultando” de hechos probados referido a una realidad –parcialmente– distinta. Por ello, advierte Arroyo Zapatero que por efecto de la cosa juzgada los hechos declarados probados por el Tribunal penal son incontestables, pero cabe apreciar todos aquellos hechos nuevos que no supongan contradicción con aquellos⁴⁸. En el bien entendido de que no se requiere, como sostienen Baylos y Terradillos, que los hechos sean nuevos en la acepción cronoló-

⁴⁴ Asimismo, el art. 7 RPPS en su apartado tercero dispone: “*En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien*”.

⁴⁵ ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal del trabajo*, cit., pp. 17 y ss.

⁴⁶ Así, entre otros, ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal del trabajo*, cit., p. 19; OJEDA AVILES, “Claves interpretativas de la Ley 31/1995, sobre Prevención de Riesgos Laborales”, en *La Ley* 1/1997, p. 1884; BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, 2ª. ed., Madrid, 1997, p. 230; NIETO GARCÍA, *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1993, p. 376; GARCÍA BLASCO, *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril*, Madrid, 1989, p. 202.

⁴⁷ RODRÍGUEZ SAÑUDO, “Nueva regulación de infracciones y sanciones en el orden social”, en *Relaciones Laborales*, II/1988, pp. 85 y ss.

⁴⁸ ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal del trabajo*, cit., p. 19.

gica del término: basta con que sean “nuevos” en el sentido de que no hayan sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal, o con que ese pronunciamiento no agote todas las facetas de la infracción⁴⁹.

Todo el anterior planteamiento doctrinal tiene su reflejo en la STS, de 19 de abril de 1999:

“Si el Tribunal penal declara inexistente los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna.

Si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo distinta de la penal, imponer la sanción que corresponda conforme al ordenamiento administrativo.

Y si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente”.

En definitiva, el que los hechos declarados probados por los Tribunales vinculen a la Administración, no quiere esto decir que tengan que ser los únicos; la Administración puede tener en cuenta otros hechos sobre los que no se pronunció la Jurisdicción penal.

Podía haberse incluido esta previsión en el propio texto de la LISOS y más si tenemos en cuenta que el núm. 5 del art. 42 LPRL⁵⁰, recogía el mismo principio pero respecto del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y social, positivizando la doctrina sentada en la STC 158/1985, de 26 de noviembre, con mayor razón aplicable cuando los hechos probados sean los recogidos en una sentencia de la Jurisdicción penal⁵¹. En efecto, el núm. 5 del art. 42 LPRL contenía una regla novedosa, al afirmar que *“la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del Sistema de la Seguridad Social”.*

Esta regla concedía preferencia a las declaraciones realizadas en la Jurisdicción contenciosa frente a la Jurisdicción social, rompiendo la tendencia contraria hasta el momento existente; tendencia fundada más en razones prácticas, la mayor celeridad del proceso laboral, que en razones de preferencia entre jurisdicciones, circunstancias que harán difícil en la práctica tal vinculación. Este mecanismo es, no obstante, loable en cuanto tiende a evitar la quiebra de la seguridad jurídica que supone la existencia de resoluciones contradictorias⁵².

⁴⁹ BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 230.

⁵⁰ Este apartado ha sido derogado por la LISOS.

⁵¹ Ver RIVERO LAMAS, “Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales”, en *Actualidad Laboral*, 3/1996, p. 707.

⁵² TOLOSA TRIBIÑO, “La responsabilidad empresarial en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en *Actualidad Laboral*, 1/1996, p. 371.

V. IDENTIDAD DE SUJETOS, HECHOS Y FUNDAMENTO

A pesar de que la LISOS contiene una normativa en garantía del *ne bis in idem*, para que el principio citado pueda aplicarse, es necesario, en todo caso, como ha declarado el Tribunal Constitucional y reproduce el art. 3 LISOS, y el art. 5.3 RPIS que se den las tres famosas identidades de “*sujeto, hecho y fundamento*” (STC 2/1981, de 30 de enero, entre otras). En base a esta triple identidad el criterio general debe ser la incompatibilidad de sanciones, salvo excepciones.

En cuanto a la identidad de sujetos, no existirá vulneración del principio *ne bis in idem* si las sanciones son aplicadas a ciudadanos distintos. Pero, dado que en el orden penal sólo pueden ser considerados autores y responsables las personas físicas, ya que la responsabilidad penal es imputable únicamente a los sujetos individualmente considerados (empresario, encargado, administrador, etc.), porque aunque se tratase de personas jurídicas, en todo caso, responderían las personas físicas que las representen, por ejemplo, los administradores de hecho o de derecho, y en el Derecho administrativo sancionador, por el contrario, lo son también las personas jurídicas, se pueden plantear casos de doble sanción, imputando los hechos, en su caso, a los administradores, gerentes, etc., y en otro a la entidad, imponiendo penas a aquéllos y sanciones administrativas a ésta.

Por tanto, si en el hecho constitutivo de infracción penal y administrativa intervienen, además de una persona física, una persona jurídica, el Tribunal penal puede condenar a la persona física pero no a la persona jurídica y una vez firme la sentencia condenatoria contra la primera, el procedimiento administrativo sancionador puede dirigirse, con el límite de los hechos considerados probados en la sentencia penal, contra la segunda.

En este sentido se pronuncia el Auto del Tribunal Constitucional 454/1986, de 21 de mayo: *“En cuanto a la supuesta violación del principio non bis in idem, sabido es que éste excluye la posibilidad de más de una sanción a una misma persona y por un mismo hecho. Ninguno de estos requisitos se cumplen en el presente caso. Mientras la sanción penal ha sido aplicada a D.L.E., la sanción administrativa ha recaído sobre otra persona, la sociedad “A.M.M., S.A.”. Hay que tener presente que el sujeto activo del delito debe ser una persona física, mientras que en el supuesto de las infracciones administrativas en el orden social, el art. 2 LISOS establece que “son sujetos responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas y las comunidades de bienes que incurran en las acciones u omisiones tipificadas como infracción en la presente Ley”.*

En estos casos, no hay infracción del principio *ne bis in idem* pues la sanción administrativa recae en la empresa persona jurídica, y la sanción penal en la persona física que incurre en el delito o falta. Luego, no hay identidad de sujeto⁵³. Es lo

⁵³ En este mismo sentido ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal del trabajo*, cit., pp. 17 y 18, y GONZÁLEZ ORTEGA-APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, 1996, pp. 272 y 273.

que hace el art. 5.3 RPIS cuando, en caso de condena penal, permite a la Administración exigir la liquidación de cuotas a la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, así como el reintegro de las ayudas, bonificaciones o de las prestaciones sociales indebidamente percibidas.

La identidad de sujetos necesaria para la aplicación del *ne bis in idem*, sólo será posible cuando el sujeto de la infracción laboral sea un empresario persona física.

En cuanto a la identidad de hechos, no habrá vulneración del principio *ne bis in idem* si las sanciones se aplican a conductas diferentes. La identidad de hechos ha de interpretarse en el sentido que el supuesto sea susceptible de calificación conforme a las dos normas, la administrativa y la penal, y no en el sentido de identidad del supuesto de hecho de la norma administrativa y la norma penal.

El propio Tribunal Constitucional considera que para afirmar o negar la identidad de hecho hay que partir de criterios jurídicos y no meramente naturales. Lo normal será que exista dicha identidad pues los elementos decisivos a estos fines son los “*hechos constitutivos de la infracción*”, es decir, únicamente aquellos contemplados en el tipo penal o administrativo cuya comisión sea sancionable, y no los restantes hechos que puedan rodear la perpetración concreta del ilícito, que carecen de toda importancia.

Y, en cuanto a la identidad de fundamento, a diferencia de lo que ocurre con las identidades subjetiva y fáctica, cuya determinación no se revela, al menos en línea de principio, excesivamente dificultosa, el esclarecimiento de aquello que deba ser la identidad de fundamento o identidad causal, que opera como el tercero de los límites cuya concurrencia hace que el principio *ne bis in idem* pierda su vigencia o deje de resultar aplicable a un caso concreto, entraña mucha mayor dificultad.

Con carácter general, la presente identidad de fundamento no suele reconducirse a la naturaleza de la sanción sino a la semejanza entre los bienes jurídicos protegidos por las distintas normas sancionadoras o entre los intereses tutelados por ellas. Así, a título de ejemplo, la STC 234/1991, de 10 de diciembre, considera que “*resultará constitucionalmente admisible la dualidad de sanciones por unos mismos hechos cuando la normativa que posibilite tal duplicidad contemple esos mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intente salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado*”⁵⁴.

En materia de seguridad en el trabajo, algunos autores como González Ortega y Aparicio Tovar, consideran que no hay identidad de fundamento puesto que el bien jurídico protegido por el orden penal –vida, salud e integridad de los trabajadores–

⁵⁴ En sentido análogo se había manifestado con anterioridad la jurisprudencia del TS, como por ejemplo en la STS de 21 de noviembre de 1990.

difiere del que persigue el administrativo –defensa del interés general de la colectividad (art. 103.1. CE)⁵⁵.

Sin embargo, para la doctrina mayoritaria, la identidad de fundamento siempre se dará por tratarse de sanciones en sentido estricto y hallarnos ante un mismo bien jurídico protegido colectivo en ambos órdenes: la vida y la salud de los trabajadores.

⁵⁵ GONZÁLEZ ORTEGA-APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley 31/1995*, cit., pp. 272 y 273.

CAPÍTULO III: SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO EN EL DERECHO PENAL EUROPEO Y COMAPRADO.

DR. DONATO CASTRONUOVO.
PROFESOR DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE MODENA E REGGIO EMILIA¹

I. EL GRADO ACTUAL DE “EUROPEIZACIÓN” DE LA MATERIA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

1. La existencia de una política comunitaria en materia de protección de la salud y de la seguridad en el trabajo es hoy indiscutible, más allá del efectivo impacto de las “acciones” conjuntas sobre la realidad regulada, necesariamente sensible a las variables de los distintos contextos nacionales o locales de referencia. En efecto, se trata de un tema que, junto a otros sectores reconducibles a las políticas de “seguridad” (ambiental, del producto, alimentaria, etc.), se presenta como uno de los ámbitos de mayor “europeización”, en torno al que existe, desde hace tiempo, un significativo *corpus* de actos comunitarios².

A pesar de la inexistencia actual de un “Derecho penal europeo” en sentido propio –la materia penal no entra dentro de las competencias “comunitarias”–, parece indiscutible que el elevado grado de armonización jurídica alcanzado, en el nivel extra penal, en materia de salud y seguridad en el trabajo, terminará, como veremos, por ejercer su influencia sobre la vertiente de la responsabilidad penal: basta pensar, como primera aproximación, que las regulaciones nacionales en materia de seguridad, que muchas veces contienen también sanciones penales, derivan cada vez con mayor frecuencia de fuentes europeas –de forma directa o indirecta–, que se sitúan así en la base del contenido obligatorio de las normas estatales incriminadoras.

2. Es el momento de recordar que, al menos inicialmente, la tutela de la salud y seguridad en el trabajo, no fue considerada en los Tratados constitutivos como competencia de la Comunidad, con la excepción de una alusión, contenida en el

¹ Traducción: María Acale Sánchez, Profesora Titular de Derecho penal. Universidad de Cádiz.

² En general, sobre la dimensión comunitaria de la seguridad en el trabajo, véanse, por ejemplo: BIAGI, “L’ambiente di lavoro e la politica sociale comunitaria: il caso italiano”, en MONTUSCHI, TIRABOSCHI y TREU (coords.), *Marco Biagi: un giurista progettuale. Scritti scelti*, Milano, 2003, p. 371; BLANPAIN y COLUCCI, *Il diritto comunitario del lavoro ed il suo impatto sull’ordinamento giuridico italiano*, Padova, 2000, pp. 405 y ss.; GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, 3ª ed., Torino, 2003, pp. 157 y ss.; POCAR, F., y VIARENGO, I., *Diritto comunitario del lavoro*, 2ª ed., Padova, 2001, pp. 320 y ss.

Tratado EURATOM (CEE), a la protección sanitaria (de la población y) de los trabajadores contra riesgos derivados de las radiaciones ionizantes (artículos 30 y siguientes).

Con todo, es posible encontrar una “política de salud y de seguridad” –en forma embrionaria– desde los inicios de la acción comunitaria. Ya en los años cincuenta del siglo pasado, en el ámbito de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), se encuentran primeras señales de atención a las condiciones de trabajo de esos específicos sectores. Con posterioridad, con la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE), tal acción se extendió a la tutela de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, haciéndose progresivamente más intensa. Pero es sólo a partir de los años ochenta del siglo pasado cuando la acción comunitaria en la materia ha llegado a ser ciertamente imponente, sobre todo tras las modificaciones del Tratado CEE, que siguieron a la aprobación del Acta Única Europea en 1986.

3. En la actualidad, la garantía de un “*nivel elevado de protección de la salud y la seguridad*”, tanto en general como en los lugares de trabajo, se encuentra expresamente reconocida en una pluralidad de normas del ordenamiento jurídico comunitario, ubicadas tanto en el derecho de los Tratados (en cuanto normas “primarias” de carácter convencional), como en la denominada normativa “derivada” (reglamentos y directivas comunitarias)³.

Así, en referencia al sector laboral, el art. 137 del Tratado CE, en su versión consolidada (art. 118-A de la versión anterior⁴), prevé que el Consejo, “*en materia de mejora del ambiente de trabajo, y con la finalidad de proteger la seguridad y salud de los trabajadores*” (punto 1) “*podrá adoptar mediante directivas las obligaciones mínimas aplicables de forma progresiva, teniendo en cuenta las condiciones y normas técnicas existentes en cada Estado miembro*” (punto 2). Tales directivas, por otro lado, sobre la base de una expresa “cláusula de salvaguardia” contenida en el punto 5 del mismo art. 137, “*no impiden que un Estado miembro mantenga o establezca medidas compatibles con el presente Tratado que prevean una mayor protección*”.

En el plano de las “fuentes derivadas”, por el contrario, se cuenta, como es sabido, con numerosísimas directivas europeas adoptadas sobre la “base jurídica convencional” representada por el art. 118-A en relación con el art. 137 del Tratado CE. Entre ellas, al menos merece ser citada la fundamental “Directiva marco” núm. 89/391/CEE, adoptada por el Consejo el 12 de junio de 1989, relativa a la crea-

³ Sobre el sistema jurídico comunitario, véase, por ejemplo, entre los manuales italianos la exposición de TESAURO, G., *Diritto comunitario*, Padova, 2001, pp. 69 y ss.

⁴ El art. 118-A del Tratado CE fue introducido por el Acta Única Europea de 1986: así, por primera vez, la materia de la salud y seguridad en el trabajo adquirió una relevancia propia en el ámbito de la política social comunitaria, encontrando finalmente su base jurídica convencional. Sobre este tema, ver: POCAR, F., y VIARENGO, I., *Diritto comunitario del lavoro*, cit., p. 320.

ción de medidas dirigidas a promover “*la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores durante el trabajo*”⁵. Tal Directiva marco es el origen de importantes procesos legislativos en el derecho interno de los distintos países miembros, como por ejemplo: el Decreto legislativo núm. 626/1994 en Italia; la LPRL en España; la *ArbSchG* en Alemania; las normas introducidas en Francia en el *Code du travail* por la Ley número 1.414/1991 (en particular, pero no sólo, el capítulo preliminar del título “*Principes généraux de prévention*”, artículos L 230-1 y ss)⁶.

4. La política comunitaria en la materia ha llevado a la creación, en 1994, de un organismo *ad hoc*, la Agencia europea para la seguridad y la salud en el trabajo, con sede en Bilbao⁷. La Agencia tiene la tarea de recoger las informaciones técnicas, científicas y económicas relativas al sector, y de difundirlas entre los organismos comunitarios, los Estados miembros y los sujetos interesados.

Por otro lado, la acción comunitaria en materia de seguridad en el trabajo se desarrolla a través de la publicación de numerosos documentos que carecen de valor de fuente jurídica. Entre éstos últimos, hay que señalar, en particular, la Comunicación de la Comisión, de marzo de 2002, titulada “*Adaptarse a las transformaciones del trabajo y de la sociedad: una nueva estrategia comunitaria para la salud y la seguridad 2002-2006*”⁸.

La Comunicación, después de la afirmación preliminar según la cual “*la salud y la seguridad en el lugar de trabajo representan hoy uno de los sectores más ricos en implicaciones y más importantes de la política social de la Unión*”, traza la estrategia comunitaria en la materia para el período 2002-2006 –sobre la base del riquísimo acervo comunitario, particularmente, como se ha dicho, a través de directivas–.

Se trata de una “*estrategia global del bienestar en el lugar de trabajo*”, entendido en sentido más amplio que el de la mera salud y seguridad⁹, y dentro del cual se tienen en cuenta diversos factores. Entre éstos, se reconoce una particular impor-

⁵ La Directiva marco núm. 89/391/CEE está publicada en la GUCE núm. L 183 de 29 de junio de 1989.

⁶ Para obtener una perspectiva de conjunto sobre el contenido de la Directiva marco y de las directivas particulares emanadas sobre la base de la primera, ver, por ejemplo, GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., pp. 159 y ss.

⁷ La Agencia europea para la seguridad y la salud en el trabajo ha sido creada por el Reglamento CE núm. 2062/1994 (con las modificaciones introducidas por los Reglamentos núm. 1643/1995 y núm. 1654/2003).

⁸ Comunicazione della Commissione, “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, Bruselas, 11.03.2002, COM 118/2002, versión definitiva.

⁹ Comunicazione della Commissione, “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, cit., pp. 5 y 8 y ss. El concepto de “bienestar en el lugar de trabajo” –expresamente recogido en la noción desarrollada en el ámbito de la OIT– se refiere tanto a la perspectiva física, como a la psicológica y social: por lo que “*no se mide simplemente con la ausencia de accidentes o de enfermedades profesionales*”.

tancia a la dimensión –pequeña, mediana o grande– de la empresa y a las “*transformaciones del mundo del trabajo*”, que constata la creciente presencia de ancianos, mujeres, trabajadores precarios o temporales, trabajadores a domicilio o autónomos, con repercusiones en el plano de la prevención¹⁰; así como al aumento estadísticamente preocupante de ciertas enfermedades profesionales (por amianto, del oído, del aparato óseo-muscular) o de nuevos riesgos (estrés, depresión, ansiedad, dependencias ligadas al alcohol, a las drogas o a los medicamentos)¹¹.

Así pues, en este contexto, dilatado y actualizado, se tiende a la consolidación y al reforzamiento de la “*cultura de la prevención de riesgos*”, que ha encontrado su completa expresión en múltiples actos normativos derivados durante los últimos años y, en particular, en la mencionada “Directiva marco” núm. 89/391 y en las denominadas “Directivas particulares”, adoptadas en conformidad con la primera¹². Pero se tiende también a la “*combinación de instrumentos estratégicos diferenciados*”, dirigidos a una mejor protección: racionalización de la legislación existente; eficaz aplicación del derecho comunitario, incluso mediante el control de los servicios nacionales de inspección (y en este sentido ha de tenerse en cuenta también la tutela sancionadora, allí donde se reclama que tales controles estén culminados por “*sanciones homogéneas que sean al mismo tiempo disuasivas, proporcionadas y aplicadas de forma eficaz*”¹³); atención al diálogo entre los interlocutores sociales, al progreso científico y tecnológico, a la individualización de las mejores prácticas, a la formación, a la “responsabilidad social de la empresa”, a los incentivos económicos¹⁴.

Se tiende, en definitiva, a hacer de la seguridad y de la salud en el trabajo un factor que aumente la competitividad de las empresas europeas, disminuida por el contrario, por políticas empresariales que desatienden la calidad del trabajo (costes añadidos en términos de jornadas de trabajo perdidas, gastos por indemnizaciones, resarcimientos y seguros, degradación de la imagen comercial de la empresa).

5. Una renovada importancia de la dimensión europea de la protección de la salud y seguridad en el trabajo se puede encontrar actualmente en el Tratado que adopta una Constitución para la Unión europea, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y en espera de ratificación por parte de todos los países firmantes¹⁵.

¹⁰ Comunicazione della Commissione, “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, cit., pp. 6 y ss; 8 y ss.

¹¹ Comunicazione della Commissione, “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, cit., pp. 8 y ss.

¹² Comunicazione della Commissione, “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, cit., p. 9.

¹³ Comunicazione della Commissione, “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, cit., pp. 11 y ss.

¹⁴ Comunicazione della Commissione, “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, cit., pp. 14 y ss.

¹⁵ El Tratado Constitucional está publicado en *GUCE* núm. C 310 de 16 de diciembre de 2004. Su entrada en vigor, subordinada a la ratificación por parte de los Estados miembros, está prevista para el 1 de noviembre de 2006.

Prescindiendo del difícil camino que el Tratado deberá recorrer antes de entrar en vigor, hay que señalar que, en el complejo plan normativo de la Constitución, vienen recogidos y resaltados en gran medida muchos de los aspectos de las políticas europeas ya traspuestos en fuentes normativas que componen el acervo comunitario en materia de protección de la salud y seguridad en el trabajo o, más en general, de la salud de los ciudadanos europeos, no sólo en cuanto trabajadores.

En particular, entre las normas de la Constitución europea, se encuentran disposiciones generales o específicas que contienen las siguientes afirmaciones básicas concurrentes en la conformación de un cuadro unitario de protección:

“al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana” (art. II-95);

“todo trabajador tiene derecho a condiciones de trabajo sanas, seguras y dignas” (art. II-91);

los jóvenes deben ser protegidos en su lugar de trabajo, en particular *“contra todo trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social (...)”* (art. II-117);

“en la definición y en la actuación de las políticas y acciones (que se refieren a su funcionamiento) la Unión tiene en cuenta las exigencias conexas a (...) un nivel elevado de (...) tutela de la salud humana” (art. III-117);

está prohibida la discriminación de los trabajadores en virtud de la nacionalidad *“en lo que se refiere al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”* (art. III-133);

la Comisión, en las propuestas que afectan a la aproximación entre los ordenamientos de los Estados miembros en cuestiones de funcionamiento del mercado interno, *“en materia de salud, seguridad, protección del ambiente y protección de los consumidores, se basa en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta, en particular, los eventuales nuevos desarrollos fundados en descubrimientos científicos (...)”* (art. III-172, párrafo 3, también en relación con los párrafos 4, 5, 8 y 10, en cuestiones, entre otras, de cláusulas de salvaguardia en materia de ambiente de trabajo);

“la Unión y los Estados miembros (...) tienen como objetivo (...) la mejora de las condiciones de vida y de trabajo (...)” (art. III-209);

“para conseguir los objetivos previstos en el art. III-209, la Unión sostiene y completa la acción de los Estados miembros en los siguientes sectores: a) mejora, en particular, del ambiente de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores (...)” (art. III-210, párrafo 1, letra a);

“en los sectores a que se refiere el párrafo 1 (...), la ley marco europea podrá establecer las obligaciones mínimas aplicables progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y la normativa técnica existente en cada uno de los Estados miembro” (art. III-210, párrafo 2, letra b);

“las leyes y las leyes marco europeas adoptadas en virtud del presente artículo” (también con relación a la protección de la salud y de la seguridad en el trabajo): *“no*

impedirán a los Estados miembros mantener o establecer medidas de protección más estrictas, compatibles con la Constitución” (art. III-210, párrafo 5, letra b)¹⁶;

“la Comisión fomentará la cooperación entre los Estados miembros y facilitará la cooperación de sus acciones (...) particularmente en las materias relacionadas con: (...) f) higiene en el trabajo” (art. III-213);

“en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana. La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se orienta a mejorar la sanidad pública; a la prevención de enfermedades y afecciones humanas y a la eliminación de las fuentes de peligro para la salud física y psíquica” (art. III-278).

6. Como se puede observar, pues, en esta quizás no inoportuna selección de disposiciones del Tratado constitucional, se encuentra una serie realmente notable de normas que contiene importantes afirmaciones básicas acerca de la protección de la salud de los ciudadanos europeos, en tanto que trabajadores. Por otro lado, más allá del destino político de la Constitución, en la medida en que muchas de las normas constitucionales corresponden a perspectivas y estándares de tutela en gran parte *ya vigentes* en el Derecho comunitario, dan idea del grado de europeización que ya actualmente se reconoce a la materia examinada, intentando lograr un equilibrio armónico entre los intereses en juego: en particular, la libertad de empresa por un lado, y, por otro, la prevención de riesgos para la salud de los trabajadores.

En términos más generales, la intensa producción normativa europea de los últimos años parece que persigue alcanzar un “*elevado nivel de seguridad*”, en los diversos contextos de referencia (lugar de trabajo, pero también ambiente, productos alimentarios, productos en general).

Un síntoma de esta tendencia puede encontrarse, entre otros, en la progresiva extensión de la aplicación del *principio de precaución* a ámbitos de tutela que sobrepasan el, originariamente exclusivo, de la materia ambiental. Como es sabido, si bien en el plano del Derecho comunitario de los Tratados sólo se encuentra una referencia explícita al “principio de precaución” a propósito de la tutela ambiental¹⁷, no es menos cierto que en la actualidad, sobre todo como efecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, su alcance ha llegado a ser mucho más amplio, encontrando aplicación, también, en materia de tutela de la salud humana (junto a la de la flora y la fauna); por tanto, en el Derecho comunitario vigente, el ámbito de aplicación del principio de precaución puede, ciertamente, referirse al sector de la salud y seguridad en el trabajo¹⁸.

¹⁶ El art. III-210 del Tratado Constitucional propone de nuevo, con referencia a la protección de la salud y seguridad en el trabajo, disposiciones análogas a las anteriormente mencionados, actualmente previstas en el art. 137 del Tratado CE.

¹⁷ Ver en particular, el art. 174 del Tratado CE (cuyo contenido está ahora en el art. III-233 del Tratado de Constitución UE).

¹⁸ Sobre esta cuestión, véase la Comunicazione Della Commissione CE sul principio de precaución, Bruselas, 2 de febrero 2000, COM 1/2000 final.

7. Una vez que ha sido acreditada la notable europeización de la materia, la siguiente pregunta es ¿en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ya que no un Derecho penal comunitario, es posible identificar *líneas de política criminal (o sancionadora) en el sector de la protección de la salud y seguridad en el trabajo?*

Ciertamente, una política de seguridad y salud en el trabajo, tanto a nivel europeo como a nivel de cada ordenamiento jurídico interno, frente a las preocupantes dimensiones estadísticas del fenómeno de los accidentes y de las enfermedades profesionales en muchos países del continente, parece necesitar, aún, instrumentos sancionadores (penales o administrativos). La importancia, pues, de una regulación sancionadora uniforme o armonizada en el espacio jurídico de la Unión viene impuesta también por razones elementales de carácter político-criminal: piénsese en la exigencia de impedir la deslocalización de empresas hacia países miembros en los que rija una legislación menos exigente.

De cualquier forma, hay que recordar, en particular, que los instrumentos sancionadores resultan insuficientes: frente a la complejidad del fenómeno (por sus múltiples aspectos sociales, económicos, institucionales y jurídicos), la forma más idónea de respetar las exigencias del principio de *extrema ratio* del Derecho penal, es el recurso, cuando sea posible, a una serie coordinada de estrategias, como recientemente ha recomendado también la Comisión Europea¹⁹.

Por lo tanto, parece que debe darse prioridad a una *aproximación diferenciada*, fundamentada no sólo sobre el “modelo reglamentarista”, en el que, sin embargo, los instrumentos de carácter represivo o sancionador en sentido amplio están necesariamente rodeados de ulteriores instrumentos legislativos y administrativos extra sancionadores (por ejemplo, mediante la disposición de un sistema más eficaz de control); pero que esté basado en un previo “modelo de instrumentos económicos”, dirigido a remover los factores principales de los accidentes y de las enfermedades (por ejemplo, prestando atención a los cambios sociales y del mercado de trabajo): un primer nivel de intervención extra sancionadora y en parte extra judicial es absolutamente necesario, aunque en el estado actual, seguramente es por sí solo insuficiente²⁰. En términos más precisos: *“la experiencia viene demostrando que esta minimalista línea de intervención está avocada a la ineficacia, en un ámbito caracterizado por la magnitud de los beneficios que reporta la infracción. Lo que impone, para reforzar los efectos preventivos, el recurso a la sanción del infractor. Ya sea ésta penal o administrativa”*²¹.

¹⁹ Ver: Comunicazione Della Commissione “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, cit., p. 3, y pp. 8 y ss.

²⁰ Ver TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, Valencia, 2002, pp. 15-17, de donde se han extraído también las expresiones *modelo reglamentarista*, basado sobre imperativos y prohibiciones, y *modelo de instrumentos económicos*, como primer nivel de actuación pública por sí solo insuficiente.

²¹ TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., pp. 16-17.

II. LA CUESTIÓN DE LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PENAL, ENTRE PRESENTE Y FUTURO. ASPECTOS GENERALES

1. Puesto que en el momento actual no se puede renunciar al recurso a instrumentos punitivos para tutelar los bienes individuales y supraindividuales vida, salud e incolumidad de los trabajadores, procede verificar –en consideración a la evidente europeización del sector– las connotaciones que la intervención sancionatoria en esta materia recibe en razón de su relevancia supranacional.

Se trata, obviamente, de un problema más amplio, referido a la posibilidad y a los límites de un *Derecho penal europeo*. Ello aconseja detener nuestra atención por un momento –aunque de forma esquemática– sobre los actuales mecanismos y fenómenos de “europeización” del Derecho penal mismo: un proceso lento y progresivo, que últimamente parece haber sufrido, al menos a nivel de proyectos, una aceleración nada despreciable.

2. Como es sabido, la materia penal no entra dentro de las competencias “comunitarias”: y ello por varias razones, entre las que hay que destacar, por ejemplo, las relativas al carácter esencialmente “nacional” del propio Derecho penal, que ha sido entendido tradicionalmente como una prerrogativa esencial de la soberanía estatal; pero también por la necesidad de garantizar los derechos fundamentales y de respetar los principios constitucionales de los países miembros, principalmente el principio de legalidad. En esencia, la materia penal, en un primer momento “ignorada” por los Tratados de la Comunidad, ha adquirido más tarde, con la creación de la Unión Europea, un papel no secundario, sobre todo en el ámbito de los esfuerzos dirigidos a la construcción de un espacio único de “libertad, seguridad y justicia”, convertido en materia del Tercer Pilar, es decir, a regular mediante el denominado “método intergubernativo” (y no con el “método comunitario”): no por medio de directivas y reglamentos, sino mediante actos carentes de efectos directos en el derecho interno, como las “acciones comunes” y, posteriormente, las “decisiones marco”.

Sin embargo, la inexistencia de un verdadero y propio Derecho penal europeo común no ha impedido a la doctrina especializada de distintos países señalar distintas líneas de europeización del Derecho penal; o, dicho en términos generales, las distintas vías que tiene el Derecho comunitario para influir en los sistemas penales nacionales²². Pero no sólo eso: se puede también observar, al lado de las *políticas*

²² La literatura sobre el tema es muy rica. En Italia, se remite, por todos, a las profundas argumentaciones y a las referencias actualizadas contenidas en BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, en particular, pp. 11 y ss. En general, sobre las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho penal, véase, sin tener la intención de hacer aquí una relación exhaustiva de la bibliografía existente: RIZ, *Diritto penale e diritto comunitario*, Padova, 1984; del mismo, “Unificazione europea e presidi penalistici”, en *RTDPE*, 2000, p. 179; GRASSO, *Comunità europee e diritto penale*, Padova, 1989; del mismo (coord.), *Prospettive di un diritto penale europeo*, Milano, 1998; SGUBBI, “Diritto penale comunitario”, en *DDP*, IV/1990, p. 89; MANACORDA, “L’efficacia espansiva del diritto

normativas comunitarias, la presencia de una *política (sancionadora y lato sensu) criminal europea* en algunas materias sometidas a un nivel elevado de armonización, como por ejemplo la salud y la seguridad en el trabajo.

Sobre todo –dejando de lado por el momento algunas iniciativas de proyectos dirigidos a la *armonización del Derecho penal* en el espacio jurídico europeo (*Corpus Iuris*, Eurodelitos, Libro Verde), hay que destacar que también en materia penal existe una sólida armonización *de facto*, por así decirlo, operada continuamente a través de los actos de la normativa derivada europea (reglamentos y directivas), que inciden inevitablemente, al regular muchos ámbitos de nuestra vida cotidiana, en la identificación del ilícito en relación con diversas infracciones: por ejemplo, “relleando” de contenido regulador los elementos normativos de figuras incriminadoras “estatales”.

Por otro lado, se advierten signos de una “política criminal europea” en ésta y en otras materias, por ejemplo, en la actividad interpretativa desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, además de en los actos del Derecho comunitario “derivado”.

Limitándonos ahora a las observaciones de tipo esquemático, se recordará que, según una consolidada jurisprudencia del Tribunal europeo, desarrollada sobre la base de la denominada “*obligación de fidelidad comunitaria*”²³ para tutelar intereses de nivel comunitario, el derecho nacional (principio de “confianza”) debe establecer

comunitario sul diritto penale”, en *FI*, 1995, parte IV, p. 55; del mismo, “Unione europea e sistema penale”, en *SI*, 1997, p. 952; RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996; PICOTTI (coord.), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999; del mismo (coord.), *Il Corpus Iuris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004; MAUGERI, “Il regolamento n. 2988/95: un modello di disciplina del potere punitivo comunitario”, en *RTDPE*, 1999, p. 527 y p. 929; PALIERO, “La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea”, en *RIDPP*, 2000, p. 466; SOTIS, “Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?”, en *RIDPP*, 2002, p. 171; G. SAMMARCO, *Interessi comunitari e tecniche di tutela penale*, Milano, 2002; DONINI, “Sussidiarietà penale e diritto comunitario”, en *RIDPP*, 2003, p. 141; GRASSO y SICURELLA (coords.), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003. En la doctrina alemana, por ejemplo: SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln, 2001; TIEDEMANN (coord.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik*, Köln, Berlin, München, 2002; SCHÜNEMANN (coord.), *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, Köln, Berlin, München, 2004. En lengua española, entre otros: SILVA SÁNCHEZ, SCHÜNEMANN, y DE FIGUEIREDO DIAS, *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995; CARVENALI RODRÍGUEZ, *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*, Granada, 2001; y, también para encontrar referencias actualizadas ver: BLANCO CORDERO, “El derecho penal y el primero pilar de la Unión Europea”, en *RECPC*, 2004, (núm. 06/2004), disponible en la página web <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-05.pdf>. En lengua francesa, véase, por ejemplo: DELMAS-MARTY, y VERVAELE (coords.), *La mise en oeuvre du Corpus Juris dans les États membres*, I, Antwerpen, Groningen, Oxford, 2000.

²³ La obligación de fidelidad comunitaria se deduce, como es sabido, del art. 10 del Tratado CE, según el cual los Estados miembros están obligados a adoptar todas las medidas adecuadas para asegurar la ejecución de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario.

sanciones análogas a las previstas para las violaciones similares del derecho nacional (principio de “asimilación”) que en general, sean “*eficaces, proporcionales y disuasorias*” (principio de “eficacia-proporcionalidad”)²⁴.

3. Más allá de la posibilidad de identificar, por un lado, diversas formas de incidencia del Derecho comunitario sobre el Derecho penal de los Estados miembros y, por otro, líneas de política criminal o sancionadora propias en muchas materias objeto de procesos de armonización, se puede afirmar correctamente que no existe un verdadero Derecho penal común, al menos con referencia al orden normativo actual: un orden que aún es susceptible de sufrir modificaciones relevantísimas, cuando entre en vigor el Tratado que instituye una Constitución para la Unión Europea²⁵.

Si el Tratado, superando las notables –y, en parte, desalentadoras– dificultades políticas que actualmente lo rodean, llegase alguna vez a la conclusión de los procedimientos internos de ratificación, se produciría un cambio de época para la creación del Derecho penal europeo, es decir, la superación de la estructura de los “Pilares” y, en consecuencia, la atribución de una competencia penal a la Unión Europea, que podrá desarrollarse mediante actos legislativos directamente aplicables en el derecho interno (“leyes europeas” y “leyes marco europeas”)²⁶.

²⁴ Nótese que en el ámbito de la protección de la salud y seguridad en el lugar de trabajo, la habitual fórmula contenida en los actos comunitarios con referencia a las sanciones a adoptar es utilizada, además de en algunas directivas, también –como se decía anteriormente– en la mencionada Comunicación de la Comisión “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e dalla società: una nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, cit., p. 12, donde, a propósito del reforzamiento de los instrumentos jurídicos dirigidos a la prevención, se precisa que los “*controles desarrollados por los servicios de inspección deben conducir a sanciones homogéneas que sean al mismo tiempo disuasorias, proporcionadas y aplicadas de forma eficaz*”.

²⁵ En general, sobre las posibles repercusiones del Tratado constitucional sobre la formación de un derecho penal europeo, ver, entre otros: BERNARDI, “*Eupeizzazione del diritto penale e Costituzione europea*”, en *DPP*, 2004, p. 5 (con referencias al proyecto); PICOTTI, “*Diritto penale comunitario e Costituzione europea*”, en vías de publicación en CANESTRARI y FOFFANI, *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, 2005, p. 325, especialmente, pp. 346 y ss (con referencia al texto definitivo suscrito por los Estados miembros y actualmente sometido a los diferentes procedimientos de ratificación previstos por los ordenamientos nacionales). Para analizar algunas propuestas alternativas a las normas del (Proyecto de) Tratado constitucional en materia de derecho penal europeo, véase SCHÜNEMANN [coord.], *Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung*, cit., en particular pp. 10 y ss.

²⁶ Ver artículos I-33 y ss de la Constitución UE. En particular, la “ley marco” es un acto legislativo de carácter general, que –al igual que los actuales reglamentos comunitarios– es obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en todos los países miembros. La “ley marco europea” es un acto legislativo que –en términos similares a las actuales directivas comunitarias– vincula a todos los Estados miembros por lo que se refiere al resultado, dejando libertad en orden a la elección de la forma y de los medios (art. I-33 Constitución UE). Se trata, por tanto, de actos legislativos adoptados, según un procedimiento ordinario de co-decisión, conjuntamente por el Parlamento Europeo y por el Consejo a propuesta de la Comisión (art. I-34 Constitución UE): ello podría colmar, al menos en buena medida, el así denominado “déficit de democraticidad” y reducir las resistencias hacia un Derecho penal europeo fundamentadas sobre la exigencia del respeto al principio de legalidad de los delitos y de las penas.

En particular, la Unión podría fijar con ley marco europea normas mínimas para la definición de delitos y de las sanciones en ámbitos de criminalidad particularmente graves y con una dimensión transnacional (art. III-271, párrafo 1)²⁷. Pero no sólo.

Limitándonos a lo que especialmente interesa en esta sede²⁸, es oportuno resaltar, que el art. III-271 párrafo 2 de la Constitución UE, dispone:

“Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, la ley marco europea podrá establecer normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate”.

Es evidente que dentro del grupo de las materias respecto de las cuales la Unión podría legislar, para prever “normas mínimas” relativas a la definición de los delitos y de las sanciones, entra de lleno –junto a otras materias distintas– nuestro objeto de estudio: es decir, la tutela de la salud y de la seguridad en el trabajo, en cuanto, como se recordaba anteriormente, dicha materia está sometida desde hace tiempo a un proceso de intensísima europeización mediante numerosas medidas de armonización. Se trata, en sustancia, de un núcleo de intereses, ciertamente difuso, que –aun no siendo “propios” de la Comunidad, y ahora de la Unión (como por el contrario lo son los relativos a las finanzas de la Unión Europea, al euro, etc.)– asumen el papel de “intereses de relevancia europea”, entendidos como merecedores de tutela penal a este nivel supranacional²⁹.

4. Siempre sobre el plano de los posibles escenarios futuros del Derecho penal europeo, en el marco de los proyectos de armonización ha de resaltarse el Proyecto denominado “Eurodelitos”, por su relevancia en el sector de la tutela de la salud y seguridad en el trabajo³⁰.

²⁷ Es decir, en materia de terrorismo, trata de seres humanos y abuso sexual de mujeres y niños, tráfico de estupefacientes, tráfico de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, criminalidad informática y criminalidad organizada. Por otro lado, en función de la evolución de la criminalidad, el Consejo puede adoptar una “decisión europea” que individualice posteriores ámbitos de criminalidad que se correspondan con los criterios de la gravedad y del carácter transnacional (art. III-271, párrafo 1, Constitución UE).

²⁸ El Tratado constitucional, además de las normas generales sobre la cooperación internacional (artículos III-270 y siguientes), el Eurojust (art. III-273) y Europol (art. III-276), prevé, si bien sólo en materia de protección de los *intereses financieros de la Unión* (con eventual extensión a formas de criminalidad grave de dimensión transnacional), la posibilidad de crear un verdadero sistema (sectorial) de derecho penal y procesal penal, con la creación de la Fiscalía europea, competente para ejercer las acciones penales por dichos delitos ante los jueces nacionales (ver art. III-274 y art. III-415). Sobre este punto específico, ver PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, cit., pp. 357 y ss (párrafo 3).

²⁹ Para la distinción entre intereses de la Comunidad o de la Unión e intereses de relevancia comunitaria o europea, ver: PICOTTI, *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, cit., p. 332 (párrafo 3) (así como las referencias que allí se hacen).

³⁰ Publicado en TIEDEMANN (coord.), *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, cit.; y en la versión española: TIEDEMANN y NIETO MARTÍN (coords.), *Eurodelitos. El Derecho penal económico de la Unión Europea*, Cuenca, 2003.

Se trata de un proyecto privado, dirigido por Klaus Tiedemann, de armonización europea con carácter sectorial, es decir, con referencia al “Derecho penal económico”, y compuesto de una Parte general (que contiene normas, por ejemplo, sobre el principio de legalidad, de territorialidad, de imputación subjetiva, etc.) y de una parte especial (tutela de los trabajadores y del mercado de trabajo, de los consumidores, de la competencia, del ambiente, de la bolsa, del crédito y del mercado financiero, delitos societarios y relativos a la quiebra, etc.).

El Proyecto contiene, como se ha dicho, indicaciones indirecta o directamente relevantes en materia de responsabilidad en el sector de la seguridad en el trabajo, en particular: en la parte general, con referencia a la previsión de una cláusula general sobre la responsabilidad por omisión impropia y sobre la delegación de responsabilidad en las organizaciones empresariales (art. 15); en la parte especial, a los delitos en materia de seguridad en el trabajo y tutela de los trabajadores (art. 25).

En particular, el art. 25, situado significativamente en el Título I de la parte especial (*Schutz der Arbeitnehmer und des Arbeitsmarkts*), prevé una *Versto gegen die Arbeitssicherheit*, que castiga al que, en el ejercicio o dirección de una actividad mercantil con inobservancia de las normas europeas o nacionales sobre seguridad, ocasione un peligro para la vida o un grave peligro para la salud de sus trabajadores o de los trabajadores por los que responde. Tal hipótesis dolosa (punto 1) se regula junto a dos infracciones castigadas a título de imprudencia grave (*Leichtfertigkeit*), de forma distinta según que la culpa grave afecte sólo a la causación del peligro o también a la conducta peligrosa (punto 2). Finalmente contiene un tipo cualificado por el resultado muerte o lesiones personales, ocasionado culposamente como consecuencia de la inobservancia de las normas sobre seguridad en el trabajo (punto 3).

III. EN PARTICULAR: LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO PENAL DE LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO

1. Aunque los anteriores son escenarios institucionales y normativos futuros, en este momento pueden identificarse –de manera directa– líneas de política criminal en materia de tutela de la salud y seguridad en el trabajo en la actividad interpretativa desarrollada por el Tribunal de Justicia de la CE.

El análisis de esta jurisprudencia, más exactamente de las sentencias –dictadas en *recursos de anulación, en demandas de decisión prejudicial o en procedimientos por infracción* (por transposición defectuosa)– que tienen por objeto las directivas en materia de salud y seguridad en el trabajo, aunque no afecten nunca directamente a la estructura de los delitos o a la tipología de las sanciones, confirma por lo general la existencia de una influencia directa sobre el Derecho penal nacional de la actividad interpretativa del Tribunal: en todo caso, podemos afirmar, de forma

resumida, que en diversos pronunciamientos surge una (prevalente) tendencia a la *maximización* de los instrumentos jurídicos de protección contenidos en el Derecho comunitario convencional y derivado.

2. Entre los pronunciamientos más significativos en la materia, considérese, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de noviembre de 1996 (el Consejo contra Reino Unido), que tiene su origen en un recurso de nulidad, presentado por el Reino Unido, en relación con la Directiva núm. 93/104/CE, relativa a algunos aspectos de la organización de la jornada de trabajo³¹. El Tribunal desestima el recurso, afirmando que el art. 118-A (ahora art. 137) del Tratado CE “*constituye el ‘fundamento jurídico adecuado’ para la adopción por parte de la Comunidad de procedimientos que tengan por objeto principal la tutela de la seguridad y de la salud de los trabajadores, ello a pesar de la influencia accesorio que semejante medida puede ejercer sobre la instauración y sobre el funcionamiento del mercado interno. Ello constituye, en efecto, cuando es necesario garantizar la tutela de este tipo, una disposición más específica que la de los artículos 100 y 100-A del Tratado, cuya existencia no comporta una restricción de su ámbito de aplicación*”. De ahí, concluye la Corte, que el art. 118-A “*debe ser objeto de una interpretación amplia ‘en relación al ámbito de acción que atribuye al legislador comunitario en materia de salud y seguridad de los trabajadores (...)*”.

Por otro lado, es expresión de la tendencia a reclamar cumplimientos específicos y puntuales de las disposiciones comunitarias en la materia la fundamentación de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2003 (Comisión contra la República italiana), que tiene por objeto el recurso dirigido a constatar la transposición incompleta en el ordenamiento interno de la Directiva núm. 89/655/CEE, relativa a los requisitos mínimos de seguridad en el uso de los equipos de trabajo por parte de los trabajadores³². Los jueces europeos han establecido que no cumple la obligación de trasponer “*con la claridad y precisión reclamada*” la mencionada directiva una legislación nacional que se limita a imponer “la necesaria adecuación al progreso de las reglas de seguridad”: si bien esto se corresponde con el contenido de la directiva, resulta insuficiente, por lo que es necesaria, en su lugar, la adopción de las específicas “obligaciones mínimas” que reclama³³.

³¹ Tribunal de Justicia CE, sentencia 12 de noviembre de 1996, causa C-84/94, Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra el Consejo, que puede ser consultada en la página *web* del Tribunal de Justicia: <http://curia.eu.int>.

³² Más exactamente, Directiva núm. 89/655/CEE, relativa a los requisitos mínimos de seguridad y salud por el uso de los equipos de trabajo por parte de los trabajadores durante la jornada de trabajo (“según Directiva particular” en el sentido del art. 16, párrafo 1, “Directiva marco” núm. 89/391/CEE, modificada por la directiva núm. 95/63/CE).

³³ Tribunal de Justicia CE, Sección VI, sentencia de 10 de abril de 2003, causa C-65/01, Comisión contra la República italiana, en <http://curia.eu.int>.

3. En suma, en la jurisprudencia comunitaria en materia de salud y seguridad en el trabajo, se pueden confirmar distintas influencias indirectas sobre el Derecho penal nacional. Diversos pronunciamientos, en efecto, parecen expresión de una tendencia a la interpretación extensiva o amplia de las normas de los Tratados y de las Directivas que imponen exigencias de protección; otros reclaman una actuación puntual y específica de las singulares obligaciones establecidas por la Directiva, no contentándose con trasposiciones genéricas o mediante cláusulas generales; y, en todo caso, con la finalidad de alcanzar un “elevado nivel de tutela” de la salud y seguridad en el trabajo. Todo ello tiene inevitables repercusiones sobre el Derecho penal nacional, al incrementar el número y ampliar el contenido de los preceptos preventivo-cautelares en la materia; así sucede, –al menos en el sistema italiano– ya respecto a las contravenciones de peligro, enmarcadas en la legislación complementaria, ya respecto a la definición de la culpa, en el caso de los delitos de resultado (homicidio culposo y lesiones personales culposas)³⁴.

Un claro ejemplo de esta tendencia de política criminal europea “indirecta” en materia de seguridad en el trabajo ha sido ya resaltada especialmente por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 15 de septiembre de 2001 (Comisión contra la República italiana), en la que, admitido a trámite un “recurso por infracción”, ha declarado que Italia no ha respetado las obligaciones comunitarias en la transposición al derecho interno de la Directiva marco 89/391/CEE, efectuada con el Decreto legislativo núm. 626/1994³⁵.

En particular, entre los distintos incumplimientos identificados, el reproche del Tribunal se ha basado especialmente en el art. 4, punto 1, del mencionado Decreto Legislativo núm. 626/1994, puesto que tal norma no establece la obligación para el empresario de valorar “todos los riesgos” para la salud y la seguridad existentes en el lugar de trabajo³⁶.

La inobservancia de las disposiciones del art. 4, punto 1 del Decreto Legislativo 626/1994, sobre “valoraciones de los riesgos del trabajo”, no está directamente sancionada como delito. Y sin embargo, dicha norma asume generalmente, desde un punto de vista “sistemático”, un importante relieve penal: de

³⁴ Sobre el sistema italiano, ver *infra* apartado 4.3.

³⁵ Tribunal de Justicia CE, sec. V, 15 de septiembre de 2001, causa C-49/00, Comisión contra la República italiana, en *CP*, 2002, p. 3.225. Para un análisis más detallado de las consecuencias de la sentencia del Tribunal europeo, permítanme que me remita a CASTRONUOVO, “Le “dimensioni parallele” del diritto penale tra codice e leggi complementari”, en *CP*, 2002, p. 3231 (en particular, pp. 3.235 y ss.). Sobre las modificaciones adoptadas como consecuencia de esta sentencia ver RICCI, G., *La legge comunitaria 2001: l'Italia prova ad adeguarsi ai “diktat” della Corte di Giustizia in materia di salute e sicurezza dei lavoratori e orario di lavoro*, in *FI*, 2002, parte IV, 432.

³⁶ El art. 4, punto 1, del Decreto Legislativo núm. 626/1994 ha sido posteriormente modificado, tras la sentencia europea, por el art. 21 de la Ley de 1 de marzo de 2002, núm. 39.

hecho, la valoración de los riesgos representa “*el presupuesto racional de cualquier programación de la seguridad, y de la identificación de las medidas cautelares pertinentes*”³⁷. Más exactamente, la posible relevancia penal de la norma sobre “valoración de riesgos” es apreciable, en el plano sistemático, en dos direcciones:

- a) como elemento normativo reclamado –explícita o implícitamente– por muchos preceptos del Decreto Legislativo núm. 626/1994 que contiene obligaciones de seguridad castigadas penalmente como contravenciones;
- b) como presupuesto del juicio de imprudencia con referencia a las figuras delictivas previstas por los artículos 589 (homicidio culposo) y 590 (lesiones personales culposas) del *Codice penale*, en caso de producción del resultado muerte o lesiones (derivadas, por ejemplo, de una errónea o incompleta valoración de los riesgos por parte del empresario y de los otros sujetos destinatarios de la obligación).

Ahora bien, si se considera que la norma sobre valoraciones de los riesgos era ya entendida, junto a otras normas sobre obligaciones de seguridad, como una disposición de contenido amplio y genérico, la adecuación impuesta por los jueces comunitarios, de restituir dicho precepto tan amplio, deberá tener reflejo penal³⁸: no sólo sobre el coeficiente de determinación del tipo contravencional del Decreto Legislativo 626/1994, sino también sobre el plano de la responsabilidad por los delitos culposos de resultado (homicidio y lesiones), puesto que un deber de prudencia de tal amplitud (es decir, referido a la valoración de todos los riesgos presentes en el lugar de trabajo) influirá sobre los mecanismos de identificación de las (concretas y específicas) reglas cautelares derivadas de la actividad de valoración de los riesgos y transpuestas en el “documento (o plano) para la seguridad” (previsto por el Decreto Legislativo citado).

La intervención de la Corte europea dirigida a redefinir el concepto de “valoración de los riesgos” nos parece característica de la tendencia “expansiva” de tal presupuesto fundamental de la seguridad en el desarrollo de la actividad laboral –sobre todo en lo relativo a los tipos culposos de homicidio y lesiones–. Y es síntoma de la influencia general del Derecho comunitario en el Derecho penal nacional, especialmente en materia de tutela de un elevado nivel de seguridad de las personas contra los daños o los peligros relacionados con el ejercicio de la actividad empresarial.

³⁷ PULITANÒ, “Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)”, en *DDP*, vol. Agg., Torino, 2000, p. 390.

³⁸ Sobre este punto, en el mismo sentido, VENEZIANI, “I delitti contro la vita e l’incolumità individuale. I delitti colposi”, en MARINUCCI y DOLCINI (dirs.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, tomo II, Padova, 2003, pp. 396 y ss.

IV. PERSPECTIVA COMPARADA DE LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN EXISTENTES EN ALGUNOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Si hasta aquí se han ilustrado las perspectivas actuales y futuras de la europeización de la tutela penal de la salud y seguridad en el trabajo, pasando desde el plano supranacional al interno, es interesante realizar a partir de ahora un análisis –aunque sintético y esquemático– de los sistemas de protección existentes en algunos de los países miembros de la Unión³⁹.

Por otro lado, la comparación parece facilitada, al menos en parte, precisamente en función de la común procedencia de las fuentes europeas de las regulaciones nacionales sobre seguridad: por ello, el análisis comparado resulta particularmente interesante, pues permite comprobar las distintas opciones legislativas seguidas en los singulares Estados miembros a partir de una idéntica base de Derecho comunitario.

IV.1. El sistema francés

1. En Francia, gran parte del *Droit pénal annexe* está contenido en leyes sectoriales⁴⁰: en este caso, existen numerosas disposiciones penales “especiales” de naturaleza legislativa y reglamentaria en materia de salud y seguridad en el trabajo, diseminadas en el *Code du travail*⁴¹.

En este Código existen delitos y contravenciones contruidos como delitos de peligro (en la forma más abstracta posible) y que presentan una estructura “sancionadora”: se trata, en efecto, de normas “en blanco” que prevén una sanción penal por la inobservancia de las disposiciones reclamadas mediante varias técnicas de reenvío. La incriminación más importante parece estar contenida en el art. L 263-2 del *Code du travail*, que castiga, como delito, a quienes hayan violado las (numerosas) disposiciones legales a las que se remite expresamente o las normas reglamentarias adoptadas para su ejecución. Dicho delito está además rodeado de otra serie de infracciones, y, sobre todo, de contravenciones situadas en la “parte reglamentaria” del *Code du travail*.

2. También el *Code pénal* de 1992 (en vigor desde 1994) contiene normas generales, es decir, relativas a delitos “comunes”, que potencialmente tienen su rele-

³⁹ Por razones obvias, mientras nos detendremos en el sistema italiano y se harán referencias al francés y al alemán, se prescindirá aquí de hacer indicaciones específicas sobre el sistema español, bien conocido para los lectores, salvo algunas breves referencias que se harán en los próximos apartados.

⁴⁰ Sobre el derecho penal complementario francés, véase, FRONZA, “La riforma del diritto penale complementare in Francia”, en DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, p. 119.

⁴¹ Sobre el sistema francés de protección de la seguridad en el trabajo, véase, por ejemplo, la reconstrucción de DELMAS-MARTY y GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, 4ª ed., París, 2000, pp. 587 y ss; COEURET y FORTIS, *Droit pénal du travail*, 3ª ed., París, 2004, pp. 227 y ss, pp. 233-270.

vancia en esta materia: en particular –entre los delitos que castigan las ofensas involuntarias a la vida y a la integridad de las personas– los tipos de homicidio involuntario y de lesiones involuntarias cometidos por una genérica negligencia o imprudencia o bien por la inobservancia de las obligaciones de seguridad previstas por la ley o por el reglamento (artículos 221-6, 222-19, 222-20 del *Code pénal*)⁴². La pena es más grave en caso de *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence* impuesta por la ley o por un reglamento.

Por otro lado, el sistema de protección penal debió resultar reforzado con la introducción, en el nuevo *Code pénal*, de las nuevas figuras incriminadoras construidas sobre el criterio de la *mise en danger*, en particular el *délit de risques causés à autrui* previsto por el art. 223-1 del *Code pénal* que castiga el hecho de haber expuesto a otros directamente a un peligro inminente de muerte o de lesiones graves (es decir, capaz de comportar una mutilación o una enfermedad permanente) mediante la violación manifiestamente deliberada de una obligación particular de seguridad o de prudencia impuesta por la ley o por el reglamento. A pesar de que la intención del legislador fue la de intentar convertir esta figura novedosa en un instrumento de prevención y de lucha contra la violación de las reglas de seguridad en el trabajo, la disposición, al menos hasta hoy, no parece haber encontrado en esta materia una aplicación práctica significativa.

3. Resulta necesario recordar, por su posible relevancia en nuestra materia, que en el ordenamiento francés, como es sabido, está prevista, en ciertas condiciones establecidas en el art. 121-2 del *Code pénal*, la responsabilidad de las personas jurídicas⁴³ con relación a los delitos no dolosos contra la vida y la integridad, en particular el homicidio involuntario (art. 221-7 *Code pénal*), las lesiones involuntarias (artículos 222-212 *Code pénal*) y la exposición a riesgo de otra persona (223-2). Por otro lado, el sector del Derecho penal de la seguridad en el trabajo, el ámbito más general de la responsabilidad de la empresa, parece ser uno de los principales ámbitos de elección de esta nueva forma de responsabilidad⁴⁴.

Además, la importancia de esta forma de responsabilidad en el sector de las infracciones laborales parece acrecentada por una reciente reforma, de carácter más general, del Derecho penal francés. Hay que precisar, en efecto, que el art. 121-2 del *Code pénal* al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, había limitado su incidencia a los “*casos previstos por la ley o por el reglamento*”, circunscribiéndola así a aquellos *delitos para los que estuviese prevista por*

⁴² Así como algunas hipótesis menos graves de lesiones castigadas como contravenciones: artículos R 622-1, R 625-2, R 625-3 del *Code pénal*.

⁴³ En la doctrina italiana, que ha prestado cierta atención a este aspecto de la reforma del *Code pénal*, véase en particular: DE SIMONE, “Il nuovo codice francese e la responsabilità penale delle personnes morales”, en *RIDPP*, 1995, p. 211; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, pp. 187 y ss.

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, COEURET y FORTIS, *Droit pénal du travail*, cit., p. 4.

la norma legislativa o reglamentaria de parte especial o del Derecho penal complementario. Sin embargo, el art. 54 de la Ley núm. 2004-202 de 9 de marzo de 2004 (*Loi Perben II*), ha suprimido a partir de 31 de diciembre de 2005 (art. 207, cap. IV) el inciso relativo a la limitación a los casos de expresa previsión normativa: por tanto el art. 121-2 establecerá, a falta de posteriores intervenciones del legislador, la extensión implícita de la responsabilidad de los entes colectivos con referencia a *todos los delitos*, suprimiendo, así, el conocido “principio de especialidad” en relación con las figuras criminalizadoras implicadas⁴⁵.

Por tanto, la reforma hará posible el recurso a dicho instrumento represivo también en relación con los delitos en materia de higiene y seguridad contenidos en el *Code du travail*, hasta ahora excluidos del radio de acción de la responsabilidad de las personas jurídicas: en consecuencia, se superarán las incoherencias denunciadas por la doctrina francesa en relación al “principio de especialidad”, en base al cual, por ejemplo, parece difícil comprender por qué, actualmente, una empresa puede ser declarada culpable de homicidio imprudente en el trabajo (art. 221-7) pero no de la inobservancia de las reglas de seguridad (sancionada penalmente) que configuran la imprudencia en ese mismo delito⁴⁶.

Por otro lado, en el *Code pénal* se establece la aplicación de una serie de penas accesorias para las personas físicas responsables de los delitos, aunque de carácter no doloso, contra la vida y la integridad de las personas (artículos 221-8, 221-10, 222-44, 222-46, 223-18, 223-20 del *Code pénal*) entre las cuales, en el sector de la responsabilidad de la empresa, es muy significativa la inhabilitación para el ejercicio de una actividad profesional o social o bien la difusión o publicación de la sentencia de condena.

4. En conclusión, se puede observar que en el sistema francés de protección penal de la salud y seguridad en el trabajo –que se articula, como se ha visto, entre el *Code pénal* y el Código laboral– junto a algunos aspectos sistemáticos valorables positivamente –como la ubicación de la materia en una ley sectorial– y junto más bien a algunos mecanismos interesantes desde el punto de vista represivo y preventivo –como la responsabilidad de la empresa en cuanto ente colectivo o las hipótesis agravantes en caso de violación manifiestamente deliberada de las normas de seguridad⁴⁷–, existen también algunos aspectos criticables: entre ellos, el más importante es el de la frecuente complejidad de los reenvíos, de carácter cruzado,

⁴⁵ Sobre el significado de la reforma prevista en 2004, ver: DESPORTES y LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, París, 2004, pp. 533 y ss, en particular, pp. 559 y ss y 569 y ss (con ulteriores referencias).

⁴⁶ En este sentido, casi literalmente, DESPORTES y LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, cit., p. 568.

⁴⁷ En verdad, un dato ahora emergente en la praxis de este sector de responsabilidad es el del posible conocimiento y voluntad de la inobservancia, pero sin dolo respecto al resultado: en ciertos casos, las violaciones pueden hasta ser reconducidas a una política de empresa orientada a obtener reducciones de gastos, por los que la eventualidad de un resultado dañoso asume, desde el punto de vista económico, el significado de una “externalidad negativa”, de un “coste” ligado al “riesgo de empresa”.

hacia fuentes legislativas o reglamentarias anquilosadas a través del paso de los años, en las que se basan sobre todo los delitos y las contravenciones del *Code du travail*⁴⁸.

Este último dato de técnica legislativa, además de incidir sobre la dimensión del principio de legalidad, bajo la perspectiva de la reserva de ley y de la determinación, termina por debilitar, en el ámbito de la culpabilidad, el efectivo conocimiento de los preceptos sancionados penalmente.

Es oportuno recordar que en Derecho penal francés, el principio de culpabilidad se refiere sólo a crímenes y a delitos, y no a las contravenciones (a las que se imponen sanciones distintas a la prisión)⁴⁹. Incluso después de la entrada en vigor del nuevo *Code pénal*, que ha establecido (art. 121.3) que sólo existen crímenes y delitos en caso de dolo (*intention*), sólo cuando exista una previsión expresa, los delitos son castigados también en su forma imprudente (*imprudence*, etc.) o por la puesta en peligro de otras personas de forma deliberada; para las contravenciones, por el contrario, el elemento subjetivo parece “tomar cuerpo” con el elemento objetivo, o bien se presume en la misma violación: en realidad, el art. 121-3 *Code pénal* se limita a afirmar que las contravenciones no se castigan sólo en los casos de fuerza mayor⁵⁰.

Así que, actualmente, los delitos son punibles sólo si se comenten con dolo, a título de *mise en danger* o de *imprudence*: en efecto, en virtud del art. 339 de la “*Loi d’adaptation*” de 16 de diciembre de 1992, ha sido finalmente “abolida” la categoría de los así denominados *délits matériels*, esto es, aquellos delitos punibles (como las contravenciones) prescindiendo del *élément moral*, en los que para la consumación de aquél bastaba exclusivamente con el *élément matériel*⁵¹.

Como es sabido, finalmente, también el principio de legalidad conoce una cierta “atenuación” en este ordenamiento, donde, con carácter general, para las contravenciones –que, como se decía, son infracciones punibles con pena distinta a la

⁴⁸ Sobre este punto, COEURET y FORTIS, *Droit pénal du travail*, cit., p. 230. Para perspectivas críticas de este tenor sobre el sistema francés, ver, entre otros, DONINI, “I delitti contro l’incolumità e la salute pubbliche: banco di prova per la riforma del codice”, inédito, texto de la conferencia pronunciada en el Congreso: *Verso un codice penale europeo. Spunti da Francia, Germania e Gran Bretagna per il nuovo codice penale italiano*, Torino, 20-21 de febrero de 2003.

⁴⁹ Sobre la configuración del principio de culpabilidad en el ordenamiento penal francés, véase, en la literatura italiana, con oportunas referencias a la doctrina transalpina, la cuidada reconstrucción de SICURELLA, “L’impervio cammino del principio di colpevolezza nel sistema penale francese”, en *RIDPP*, 2001, p. 946.

⁵⁰ Sobre el controvertido concepto de *faute contraventionnelle*, ver, por ejemplo, MERLE y VITU, *Traité de droit criminel*, I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, 7ª ed., Paris, 1997, pp. 744 y ss.

⁵¹ Entre los tipos interpretados en la jurisprudencia como *délits matériels*, existen también delitos en materia de higiene y seguridad en el trabajo, como, por ejemplo, el previsto en el anteriormente mencionado art. L 263-2 del *Code du travail*. Sobre el problema del *élément moral* en los tipos del Derecho penal del trabajo, ver COEURET y FORTIS, *Droit pénal du travail*, cit., pp. 249 y ss.

prisión (artículos 131-12 y siguientes *Code pénal*)– su regulación se lleva a cabo a través de reglamentos, mientras la ley se exige sólo para los crímenes y para los delitos (ver artículos 34 y 37 Constitución y artículos 111-2 y 111-3 del *Code pénal*)⁵².

IV.2 El sistema alemán

1. Pasando al ordenamiento alemán, se puede observar fácilmente que el *StGB* no contiene incriminaciones específicas en materia de seguridad en el trabajo: por tanto, el Código penal sólo entrará en juego en este sector del Derecho penal de la empresa cuando se verifique un resultado de daño, con relación, en particular, a los tipos penales generales de tutela de la vida y de la incolumidad individual: lesiones culposas (§ 229 StGB) y homicidio culposo (§ 222 StGB).

En ausencia, por otro lado de un Código único del sector –como por el contrario se ha visto que sucede en Francia con el *Code du travail*– la materia se encuentra regulada en diversos textos normativos, algunos de los cuales son muy antiguos en el tiempo, aunque han sido continuamente modificados: *Gewerbeordnung (GewO)*, *Sozialgesetzbuch (SGB)*, *Arbeitssicherheitsgesetz*, *Atomgesetz*, *Gerätesicherheitsgesetz*, *Bundesberggesetz*, *Chemikaliengesetz*, etc. Actualmente, por lo demás, el texto fundamental en materia de seguridad en el trabajo es la *ArbSchG*, a través de la que se ha transpuesto al Derecho alemán la Directiva-Marco 89/391/CEE.

Por otro lado, muchas de estas normas repiten una serie de características estructurales que representan modelos constantes de intervención en materia sancionadora en el *Arbeitsschutzrecht* alemán, esto es, esquemáticamente:

- i) el empleo frecuente de normas sancionadoras “finales” o en términos generales “en blanco”, que se remiten a normas contenidas en los Decretos del Gobierno federal o a normas administrativas”.
- ii) la previsión, como regla general, de ilícitos administrativos por la inobservancia de las obligaciones en materia de seguridad, que sólo asumen relevancia penal en los casos de peligro concreto para la vida o la integridad de los trabajadores, o bien, en algunas hipótesis de reiteración de las transgresiones⁵³.

⁵² Ver, por ejemplo, J.H. ROBERT, *Droit pénal général*, 5ª ed., París, 2001, pp. 106 y ss.

⁵³ Sobre la regulación alemana, permítanme reenviar a la reconstrucción efectuada en CASTRO-NUOVO, “La tutela della sicurezza del lavoro nel sistema del diritto penale complementare tedesco”, en *RTDPE*, 2001, p. 787 (en particular, pp. 798 ss.). Recientemente, en la doctrina transalpina, para encontrar una fundamentación de las cuestiones político criminales ligadas a la oportunidad o no de una protección penal en la materia: SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität –am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrechts in europäischer Perspektive–”, en *FS Rudolphi*, Neuwied, 2004, p. 297; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (directores), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p. 253. El claro autor se muestra –como se dirá mejor posteriormente (V)– en sentido contrario a la utilización del Derecho

2. Como se decía, la *ArbSchG* desempeña el papel de texto fundamental en materia de seguridad en el trabajo, de aplicación general, con la única exclusión de los sectores productivos y económicos que se regulan por normativas autónomas. El legislador alemán, con la finalidad de permitir una adecuación constante de la normativa sobre seguridad, ha atribuido al Gobierno federal un poder de aprobar decretos con valor general y abstracto (*Rechtsverordnungen*) sobre las prescripciones en materia de prevención de los riesgos laborales (§ 18 *ArbSchG*). La autorización para dictar tales decretos se extiende a la actualización de los actos supranacionales –de procedencia europea o internacional o bien por obligaciones derivadas de tratados internacionales– que afecten a la seguridad en el trabajo (§ 19 *ArbSchG*). Por otro lado, se ha conferido poder a la autoridad administrativa competente para aprobar ordenanzas (*Anordnungen*), en las que se imponen al empresario particular medidas sobre las leyes en examen o los decretos emanados sobre la base de aquélla; así como las medidas que sean obligatorias para evitar un peligro para la vida o la salud de los trabajadores (§ 22.3 *ArbSchG*).

Por tanto, las disposiciones sancionatorias (§§ 25 y 26 *ArbSchG*) están estructuradas como clásicas “normas en blanco”: constituyen, según los casos, delitos o infracciones administrativas, la violación de las disposiciones en materia de seguridad contenidas en la *Rechtsverordnungen* o *Anordnungen* aprobadas sobre la base de la Ley de 1996.

En particular, el § 25 (*Bussgeldvorschriften*) establece que comete un ilícito administrativo (*Ordnungswidrigkeit*) quien contravenga las obligaciones de seguridad contenidas en las ya mencionadas normas del Gobierno federal (*Rechtsverordnungen*) o bien por la violación de un procedimiento ejecutivo (*vollziehbare Ordnung*) adoptado por la autoridad competente.

El § 26 (*Strafvorschriften*) prevé, por el contrario, una figura de delito (*Vergehen*), castigada con penas de prisión de hasta un año o de multa, para los casos de reiteración persistente (*beharrschliche Wiederholen*) de conductas trasgresoras de prescripciones contenidas en los procedimientos ejecutivos de la autoridad competente; o bien para los casos en los que, a través de una violación dolosa de reglas de seguridad contenidas en decretos del gobierno (*Rechtsverordnungen*) o en un procedimiento ejecutivo de la autoridad competente (*Anordnungen*), se ponga en peligro la vida o la salud de un trabajador.

Asumen, por tanto, el papel de “*elementos accidentales de agravación del tipo*”⁵⁴, es decir, criterios de selección de lo penalmente relevante, por un lado, la

penal como instrumento de tutela anticipada en este sector, proponiendo limitar su intervención solo a los casos de producción de resultado de daño, mediante la previsión de una *Qualifikationstatbestand*, es decir, de un tipo cualificado de los tradicionales delitos culposos de homicidio y lesiones, ligado a la inobservancia de las reglas de prevención.

⁵⁴ AMBS, “Gesetz über die Durchführung von Massnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit”, en ERBS y KOHLHASS, *Strafrechtliche Nebengesetze*, I, noviembre de 2004, München, 2005 (A181) pp. 40 y ss.

reiteración persistente de las inobservancias y, por otro, la producción de un *resultado de peligro* derivado de una conducta dolosa de violación de normas de seguridad. El *dolo*, también como criterio de selección “transversal”, debe abarcar tanto la inobservancia-base constitutiva de ilícito administrativo, como los elementos de selección objetivo-ofensivo de la ilicitud penal, es decir el peligro concreto y la persistente reiteración de la trasgresión: ésta última, en efecto, supone una especie de “obstinación” en el contraventor a una misma prescripción, no siendo suficiente la mera violación repetida. El dolo puede configurarse también bajo la forma de dolo eventual. Por el contrario, las modalidades culposas no adquieren relevancia penal, ni si quiera bajo la forma de *Leichtfertigkeit* (culpa grave), pudiendo constituir todo lo más un ilícito administrativo⁵⁵.

Más detalladamente, el elemento de peligro se entiende como “inminente perjuicio para la salud” (o la vida), es decir, un resultado de *peligro concreto* causalmente unido a la inobservancia. El dolo –que como se ha señalado, debe abarcar no sólo la conducta inobservante, sino también el resultado de peligro– se configura como “dolo de peligro” (*Gefährdungsvorsatz*): “*el autor, según su nivel de representación (Vorstellungsbild), conoce o aprueba las circunstancias de las cuales deriva el peligro*”; en definitiva, “*tiene en cuenta que la producción o no del resultado dañoso depende sólo del caso*”⁵⁶.

3. Una vez examinada la tutela sancionatoria ofrecida por la *ArbSchG*, es el momento de señalar, con carácter general, que el sistema alemán de protección de la seguridad en el trabajo se presenta, a juicio al menos de una parte de la doctrina alemana, como un modelo de protección dual (“*duale Arbeitsschutz*”): en el sentido de que la tutela pública –es decir, la representada por leyes, decretos y procedimientos administrativos– se complementa con una tutela paralela confiada a las cooperativas reconocidas (*Berufsgenossenschaften*), especialmente con referencia a los entes privados de aseguración contra los accidentes. Ciertamente, las cooperativas reconocidas desempeñan varias tareas en el control y emanación de normas contra los accidentes (*Unfallverhütungsvorschriften*), con diversas formas de coordinación con las competencias de las autoridades públicas, según lo establecido en el § 21 de la misma *ArbSchG* y en general por el *Sozialgesetzbuch*⁵⁷.

En sentido parcialmente parecido, Schünemann ha sostenido recientemente que el sistema de protección llevado a cabo por el ordenamiento alemán en materia de prevención de los riesgos laborales está constituido por un amplio *Interventionsrecht*, que hace innecesario el recurso al Derecho penal, por lo menos como instrumento de tutela anticipada sin resultado dañoso para los trabajado-

⁵⁵ Para encontrar un examen actualizado de la relevancia penal de las inobservancias laborales en el § 26 *ArbSchG*, ver: ABMS, “Gesetz über die Durchführung von Massnahmen des Arbeitsschutzes”, cit., pp. 40-43.

⁵⁶ AMBS, “Gesetz über die Durchführung von Massnahmen des Arbeitsschutzes”, cit., p. 43.

⁵⁷ AMBS, “Gesetz über die Durchführung von Massnahmen des Arbeitsschutzes”, cit., pp. 1 y ss.

res⁵⁸. Según este autor, en Alemania se habría creado un sistema de protección estructurado a través de “una red extraordinariamente densa de controles y de normas” (extra penales), subdivididas éstas últimas en tres grupos: normas estatales de rango legal (*Gesetz*) y reglamentario (sobre todo con referencia al poder confiado al ejecutivo de emanar *Rechtsverordnungen*)⁵⁹; reglas vinculantes de prevención (*Unfallverhütungsvorschriften*) emanadas de las cooperativas reconocidas a las que el Estado atribuye tal poder; reglas técnicas más minuciosas, emanadas de organizaciones privadas (por ejemplo, las normas DIN, elaboradas por el *Deutsche Institut für Normung*)⁶⁰. De otro lado, el modelo alemán también suscita algunas dudas en relación con las garantías del Estado de Derecho, especialmente en lo referido al enorme cuerpo normativo que emana de los tres grupos de fuentes arriba indicados, que influye inevitablemente en la cognoscibilidad del mismo; así como en relación a la posible violación de los espacios de libertad del ciudadano ligados a los intensos mecanismos de control (y a los costes relativos desde el punto de vista de la economía nacional); y finalmente, se plantearían otros problemas de constitucionalidad si se reconociese un carácter vinculante a las reglas técnicas de fuente privado (es decir, aquellas dictadas sin una autorización estatal)⁶¹.

El mismo autor ha contrapuesto, sobre el plano comparativo, el “modelo español” de prevención de riesgos laborales, que estaría basado en primer lugar sobre el Derecho penal, al “modelo alemán”, fundado, por el contrario, sobre un más amplio conjunto de normas jurídicas y, por ello, sobre un *Interventionsrecht*: más bien, el propio sistema alemán de tutela de la seguridad en el trabajo podría representar un buen ejemplo práctico para la definición, que de otra forma sería vaga e indistinta, del *Interventionsrecht* propuesta, como es sabido, por varios representantes de la *Frankfurter Schule*⁶².

Aun compartiendo la importancia de la intensa red normativa y de controles presentes en el ordenamiento alemán, se podría observar sin embargo, en verdad, que el modelo español, que sobre todo se contrapone al italiano (ver *infra* apartado IV.3), no se presenta del todo como un modelo que privilegie en tan gran medida la tutela penal, porque los delitos de los artículos 316 y 317 CP están estruc-

⁵⁸ SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, cit., pp. 299 y ss; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., p. 254 y ss.

⁵⁹ Ver §§ 18 y 19 *ArbSchG*.

⁶⁰ SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, cit., p. 300; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., pp. 255 y ss.

⁶¹ SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, cit., pp. 301 y ss; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., p. 257.

⁶² SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, cit., pp. 299 y ss; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., pp. 254 y ss, en particular, p. 258.

turados en definitiva como tipos de peligro concreto, igual, por lo demás, que las generalmente más numerosas infracciones penales presentes en la legislación penal complementaria alemana en esta materia (por ejemplo, *ArbSchG* de 1996, *Sicherheitsfilmgesetz* de 1957, *Bundesberggesetz* de 1980, *Chemikaliengesetz* de 1980, *Seemannsgesetz* de 1957)⁶³.

Ciertamente, como señala Schünemann⁶⁴, las infracciones españolas están contenidas en el CP, asumiendo así una posición y una visibilidad de *Kernstrafrecht*, mientras que las alemanas están distribuidas en el *Nebenstrafrecht*, lo que contribuye a la escasa atención que reciben en la *praxis* aplicativa; aunque tal diferencia (si bien es entendida como “esencial” por parte del autor) no tiene gran relevancia –a mi modo de ver–, sobre todo si se produce en el sistema fundamentalmente “codigocéntrico” o “pancodicístico” del ordenamiento español, en el que se ha reconocido históricamente un papel muy marginal al Derecho penal complementario⁶⁵.

Quizás más decisiva resulta la diferencia basada en la amplitud de las normas penales en blanco sobre la que se configura la estructura de estos delitos tanto en España como en Alemania: mientras que los artículos 316 y 317 CP describen un tipo penal en blanco de contenido general, es decir, que reenvían a la generalidad de las prescripciones preventivas (*genereller Blankett-Tatbestand*), los tipos en blanco de la legislación alemana en esta materia –como por ejemplo, el del § 26 *ArbSchG*– contienen reenvíos sólo a las disposiciones reglamentarias singulares (*Verordnungen*) o a los procedimientos administrativos (*Anordnungen*) emanados sobre la base la singular ley especial (*spezielle Blankett-Tatbestände*)⁶⁶.

⁶³ Sobre el sistema vigente de protección español, véanse: AGUADO LÓPEZ, *El delito contra la seguridad en el trabajo: Artículos 316 y 317 del Código penal*, Valencia, 2002; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Barcelona, 2001; de la misma, “Relaciones derecho penal-derecho administrativo sancionador en materia de seguridad en trabajo”, en esta misma obra colectiva; HORTAL IBARRA, “Legitimación y eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, en MIR PUIG y CORCOY BIDASOLO (dirs.), *La política criminal en Europa*, Barcelona, 2004, p. 237; TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit.; del mismo, “Los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores: diez años de vigencia (Diez cuestiones controvertidas en los tribunales)”, en esta misma obra colectiva. Sobre las características especiales de las infracciones penales del *Arbeitsschutzrecht* alemán mencionadas en el texto, permítanme que me remita a CASTRONUOVO, “La tutela della sicurezza del lavoro nel sistema del diritto penale complementare tedesco”, cit., pp. 800 y ss.

⁶⁴ SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, cit., p. 302; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., 257.

⁶⁵ Sobre esta cuestión: FOFFANI y PIFARRÉ DE MONER, “La legislazione penale speciale in Spagna (Codice penale e principio di “universalità””, en DONINI (coord.), *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Padova, 2000, p. 189; MUÑOZ CONDE, “Luci e ombre del modello spagnolo”, en DONINI (coord.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, p. 101; TERRADILLOS BASOCO, “Per un modello pancodicistico: l’esperienza spagnola”, en DONINI (coord.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, cit., p. 113.

⁶⁶ En este sentido, SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, cit., p. 302; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., p. 257.

También son importantes otras diferencias señaladas por el mismo autor: por un lado, la tipificación en la regulación alemana exclusivamente de la comisión dolosa, entendiéndose que la culposa sólo tiene relevancia en el ámbito administrativo, mientras que en el art. 317 CP nos encontramos un supuesto castigado a título de imprudencia grave; así como, por otro lado, la menor pena del § 26 *ArbSchG* (privación de libertad de hasta un año) respecto a la prevista en el art. 316 CP (de seis meses a tres años)⁶⁷.

IV.3 El sistema italiano

1. También en Italia, existen normas relativas a la tutela de la salud y seguridad en el trabajo en el CP, especialmente entre los delitos contra la incolumidad individual (artículos 589 y 590). No obstante, se trata de una materia regulada fundamentalmente por el Derecho penal complementario, donde se encuentran una treintena de leyes, que contienen, todas ellas, sin excepción, disposiciones sancionadoras penales en la forma de contravenciones⁶⁸.

De un total de 5.431 delitos (normas-preceptos) regulados fuera del *Código penale* (y de los Códigos penales militares), a fecha de diciembre de 1999, 3.194 se referían al bien jurídico de la incolumidad pública (69.3%), dentro del que se incluía un número absolutamente mayoritario de contravenciones –estructuradas por lo más común como delitos de peligro abstracto– en materia de anti-sinietralidad y de la salud y seguridad en el trabajo: se calcula en torno a las 3.192 unidades (lo que se corresponde con el 81% de los delitos del Derecho penal económico)⁶⁹.

A pesar de este “monumental” aparato normativo de protección, los éxitos en términos de prevención de los accidentes y de las enfermedades profesionales no son mayores que en otros lugares. Hasta el punto de que un eminente laboralista italiano ha concluido afirmando que ello termina por intimidar hasta el “rugido de un ratón”⁷⁰.

2. En particular, la tutela de la seguridad y de la incolumidad en el trabajo, desde la perspectiva de la protección sancionatoria meta-individual o colectiva, encuentra asiento en el *Código penale* en los delitos de “*remoción u omisión dolo-*

⁶⁷ SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, cit., p. 302; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., pp. 257 y ss.

⁶⁸ Para un examen de conjunto sobre la ordenación y sobre las principales cuestiones del derecho penal del trabajo en Italia, PADOVANI, “Diritto penale del lavoro”, en PERA, *Diritto del lavoro*, 6ª ed., Padova, 2000 (capítulo XXXV), p. 591.

⁶⁹ Tales resultados, fruto de una investigación sobre derecho penal complementario llevado a cabo por las Universidades de Bologna, Macerata y Teramo, se exponen y se someten a discusión en PERA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 591.

⁷⁰ ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995, p. 184.

sa de medidas cautelares contra accidentes laborales” (art. 437) y de “omisión imprudente de medidas cautelares o defensas contra desastres o accidentes laborales” (art. 451)⁷¹.

A estos delitos, siempre desde una perspectiva de tutela meta- o supra-individual, les rodean numerosas contravenciones reguladas en la legislación complementaria: en particular, entre las múltiples normas en la materia, revisten carácter general las contravenciones contenidas en el Decreto del Presidente de la República de 27 de abril de 1955, núm. 547 (referido a normas para la prevención de los accidentes en el trabajo) y en el anteriormente mencionado Decreto legislativo de 19 de septiembre de 1994, núm. 626 (de actuación de directivas comunitarias referidas a la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores durante el trabajo). A estas dos leyes de carácter general le rodean otras de carácter específico, con referencias a las particulares profesiones, lugares de trabajo o situaciones de riesgo.

3. Por tanto, en el sistema italiano, la amenaza de pena es el instrumento más relevante para la tutela anticipada de la salud y de la seguridad en el trabajo, esto es, incluso cuando no se produzca un resultado de daño para un trabajador.

De hecho, no obstante las estratificaciones normativas de los últimos cincuenta años y del “cambio de paradigma teleológico” que se observa en la superposición entre la legislación *anti siniestralidad y sobre prevención de enfermedades profesionales* de los años cincuenta⁷² y la *de la salud y seguridad*, emanada a partir de finales de los años ochenta del siglo XX⁷³, en general se repite de forma constante el criterio del castigo autónomo en la forma de contravenciones de las normas preventivas, todas ellas contemporáneamente vigentes, aunque muy distintas en el plano de los criterios inspiradores y de la estructura de los preceptos.

Entre las dos regulaciones media, ciertamente, una distancia estructural y teleológica: las primeras están centradas en una enumeración minuciosa de normas de prevención, tendencialmente dirigidas a la eliminación del riesgo; las segundas, por el contrario, fruto del cumplimiento del Derecho comunitario, están orientadas a la (eliminación o) “reducción al mínimo de los riesgos” y se basan en

⁷¹ Sobre dichos delitos, y sobre su tormentosa relación con las contravenciones anti-siniestralidad, ver: ALESSANDRI, “Cautele contro infortuni o disastri sul lavoro”, en *DDP*, 1988, vol. II, p. 145; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, 3ª ed., Milano, 1990, P. 121 y ss., 156 y ss., en particular, pp. 181 ss.; RIONDATO, “Art. 437 e Art. 451”, en CRESPI, STELLA y ZUCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, 4ª ed., Padova, 2003, pp. 1.294 ss. y pp. 1.410 y ss.; CORBETTA, “Delitti contro l’incolumità pubblica. I delitti di comune pericolo mediante violenza”, en MARINUCCI y DOLCINI (dirs.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, Padova, 2003, pp. 699 y ss.; MUSCATIELLO, *La tutela altrove. Saggio sulla tutela dell’uomo faber nel codice penale*, Torino, 2004, pp. 78 ss.

⁷² Esto es, de forma particular, la normativa surgida en torno al Decreto del Presidente de la República núm. 547/1955.

⁷³ O bien, la normativa emanada, especialmente en los años 90, en actuación de las directivas comunitarias: en particular, el Decreto legislativo núm. 626/1994.

el paradigma de la “valoración de riesgos”, con la implicación de los distintos “actores” de la seguridad, en particular, los empresarios, en la individualización de las reglas cautelares específicas relativas a los peculiares factores de riesgos conexos a las diferentes actividades laborales⁷⁴.

Las contravenciones en materia laboral representan generalmente una estructura específicamente “sancionadora”, es decir, se tipifican, utilizando una técnica legislativa constante mediante pocas normas-sanciones “de cierre” –colocadas en las disposiciones finales de las distintas normas– que se remiten a distintas normas-preceptos (algunas veces centenarias) diseminadas por el interior del texto legislativo. Desde el punto de vista de la estructura ofensiva, como ya he dicho, se trata fundamentalmente de delitos de peligro abstracto (o, con menor frecuencia, de peligro concreto).

4. Digno de mención es, por otro lado, el mecanismo extintivo de las contravenciones en materia de seguridad en el trabajo, introducido por el Decreto Legislativo núm. 758 de 1994, sobre la base de la denominada “prescripción”: se trata de prescripciones de adecuación impuesta por los órganos administrativos competentes de vigilancia en virtud de la verificación de la inobservancia de una obligación de seguridad específica establecida por la ley. En caso de cumplimiento por parte del destinatario, el mecanismo conduce, mediante el pago de una oblación, a la extinción del delito y al archivo de la *notitia criminis*⁷⁵.

5. La producción de un resultado de muerte o lesiones como consecuencia de la violación de la norma preventiva, es decir, en un cierto sentido, cuando se produce el fracaso de las normas orientadas teleológicamente a la eliminación o disminución de los riesgos laborales, supone la entrada en juego del CP, especialmente en el interior de los clásicos delitos culposos de homicidio y lesiones (artículos 598 y 590 del CP, respectivamente).

⁷⁴ Sobre los cambios aportados por las disciplinas de nueva inspiración, ver: PADOVANI, “Il nuovo volto del diritto penale del lavoro”, en *RTDPE*, 1996, pp. 1.160 y ss.; del mismo, “Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia”, en DONINI (coord.), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, cit., pp. 166 y ss. Sobre contenidos de innovación y de continuidad en las superposiciones de las regulaciones en este sector de tutela, ver también PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, (2000), pp. 389 y ss.; SOPRANI, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Milano 2001; VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” e “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, pp. 141 y ss.; del mismo, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale. I delitti colposi*, cit., pp. 363 y ss.; permítanme me remita, por otro lado, a CASTRONUOVO, “Le “dimensioni parallele” del diritto penale tra codice e leggi complementari”, cit., pp. 3.238 y ss.

⁷⁵ Para profundidades sobre el tema, INSOLERA, “L’estinzione delle contravvenzioni in materia di sicurezza e di igiene del lavoro”, en MONTUSCHI, *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, pp. 307 y ss. Ver además: PADOVANI, “Diritto penale del lavoro”, en PERA, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 625 y ss.; PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro*, (2000), pp. 398 y ss.

Además, en el *Codice penale*, a las violaciones de normas anti-siniestralidad se les reconoce un papel peculiar en el ámbito de los delitos contra las personas: así, por un lado, tales violaciones asumen la función de circunstancias agravantes especiales para los delitos de homicidio culposo y de lesiones culposas⁷⁶; por otro, constituyen presupuesto para un régimen más riguroso de procedibilidad con relación al previsto para el delito de lesiones imprudentes⁷⁷.

En estas hipótesis de “múltiple” relevancia penal de la violación de la norma sobre prevención de riesgos (que constituye generalmente, en primer lugar, una contravención, pero que también pueden ser relevantes en relación al delito de resultado) la jurisprudencia admite el concurso entre las contravenciones en materia laboral y el delito culposo de resultado (lesiones y homicidio)⁷⁸.

6. Las heterogéneas regulaciones preventivas establecidas por la legislación en vigor están destinadas inevitablemente a incidir entre todas, de modo diverso, sobre la configuración de la imprudencia, en el caso de producción del resultado muerte o lesiones.

Como en parte se señalaba anteriormente, por un lado, en la normativa más antigua se establecen reglas de conducta que configuran un modelo de comportamiento tendencialmente rígido, reconducible a la “culpa específica”, y por tanto, sobre la inobservancia de normas jurídicas sobre medidas cautelares. Por otro, por el contrario, en la legislación de inspiración europea, encontramos con una cierta frecuencia cláusulas generales sobre la “reducción del riesgo”, respecto a las que es posible la identificación de las reglas de conducta haciendo referencia sólo (según el esquema de la “culpa genérica”, o por negligencia, imprudencia o impericia) a un modelo de agente (*Massfigur*) y más especialmente al modelo de la actividad lícita (desarrollo, en el interior del área del riesgo permitido, según criterios de prudencia, de una determinada actividad de empresa): esto es válido sobre todo en relación al deber general de “reducción al mínimo de los riesgos”, al que se liga también un “deber de continua actualización” en base a las estruc-

⁷⁶ Más exactamente, son las circunstancias agravantes especiales previstas por los artículos 589.2 y 590.3 del *Codice penale* para las hipótesis en las que el homicidio o las lesiones sean cometidas con violación de las normas para la prevención de los accidentes laborales.

⁷⁷ El art. 590 *in fine* establece el régimen de procedibilidad de oficio (en vez de querrela de la persona ofendida) para las lesiones graves o gravísimas cometidas en violación de normas para la prevención de los riesgos en el trabajo o relativas a la higiene del trabajo o que hayan determinado una enfermedad profesional.

⁷⁸ Así, la Sentencia del Tribunal de Casación, sec. IV, de 6 de junio de 2001, núm. 35773, Vizioli, en *CP*, 2002, p. 3771. La relevancia de una misma violación en materia anti-siniestralidad puede por añadidura asumir un “valor triple”, en presencia de un resultado: en primer lugar un título de contravención anti-siniestralidad, después como contenido de la inobservancia cautelar de la conducta delictiva culposa y, finalmente, como circunstancia agravante. Véase sobre este punto en sentido crítico: MUSCATIELLO, *La tutela altrove. Saggio sulla tutela dell'omo faber nel codice penale*, cit., pp. 62 y ss, que dibuja una especie de “*ter in idem*”.

turas organizativas y productivas, o en general con relación a todos los deberes de prevención basados en el paradigma de la “máxima seguridad tecnológicamente disponible”⁷⁹.

7. Uno de los problemas fundamentales de la protección de la seguridad y de la salud laboral, desde el punto de vista sancionatorio, es que se trata de una protección de tipo fundamentalmente “dinámica”, es decir, que se refiere directamente a los procesos productivos internos a la organización compleja de la empresa. Así que se debería combinar el aspecto necesariamente individual y personalístico, con el carácter necesariamente colectivo y dinámico del sistema empresarial de producción; es más: con el sistema necesariamente colectivo y dinámico de la misma regulación de la seguridad, que afecta a otros agentes, también se sitúa al empresario en el centro de este sistema de responsabilidad. Por otro lado, la seguridad no es absoluta, sino relativa, y no se puede determinar siempre *a priori* con carácter general y abstracto, refiriéndose a la particular organización empresarial: en efecto, “*no se trata de diseñar la empresa sobre la ley, sino de concretar los principios normativos en la organización empresarial*”⁸⁰.

Estas características de la prevención conllevan una visión dinámica, procedimental y colectiva de la responsabilidad penal (una responsabilidad a través del Derecho penal del riesgo o de la prevención, menos “estática” que la tradicional del Derecho penal “clásico”). Es pues, la misma fenomenología de la responsabilidad en este sector la que obliga a prestar atención a la posible identificación de formas de responsabilidad de empresa en cuanto ente colectivo.

También en Italia, especialmente bajo el impulso de los actos internacionales, se ha reabierto a finales de los noventa la discusión sobre los “costes” ligados a la conservación del viejo dogma *societas delinquere non potest*. Así, con el Decreto Legislativo núm. 231/2001, se ha introducido en el ordenamiento italiano una

⁷⁹ Es importante en esta materia el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en Sentencia núm. 312/1996 (en *GCost*, 1996, p. 2.575), en materia de suficiente determinación del art. 41 del Decreto legislativo núm. 277/1991, que impone la reducción al mínimo, en relación al conocimiento adquirido en base al progreso técnico, de los riesgos por el ruido, mediante medidas técnicas, organizativas y procedimentales (la violación referida está castigada como contravención). Según el Tribunal se debe hacer referencia a las “*medidas que, en diversos sectores (productivos), corresponden a la aplicación tecnológica generalmente practicadas e ingenios organizativos y procedimentales de la misma forma adquiridos*”. Sobre la sentencia ver: GUARINIELLO, “Il principio della massima sicurezza tecnologicamente fattibile”, en *ISL*, 1997, p. 339; DE ANTONIIS, “La definizione delle regole cautelari nelle attività lavorative pericolose”, en *DPP*, 1999, p. 753; PULITANÒ, “Art. 43”, en CRESPI, STELLA y ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, 4^a ed., Padova 2003, pp. 202 y ss.; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, cit., pp. 387 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, pp. 115 y ss.

⁸⁰ TACCONI, *Le responsabilità penali in materia di sicurezza sul lavoro*, Torino, 2005, p. 3.

regulación general de la responsabilidad por el delito (de carácter “administrativo”) de las personas jurídicas, sociedades y asociaciones⁸¹.

Aunque el art. 11 de la Ley núm. 300/2000, esto es, la disposición que ha delegado al gobierno la emanación de normas en la materia, haya previsto un elenco más amplio de delitos-presupuesto de la responsabilidad de los entes colectivos, el Decreto legislativo núm. 231 de 2001 presenta un catálogo mucho más reducido de infracciones. En efecto, en la fase final de aprobación del Decreto, se han excluido no sólo los delitos ambientales, sino también tipos relevantes para la seguridad en el trabajo: en particular, los *delitos contra la incolumidad pública* del Título VI del *Codice penale* (así como los previstos por los ya mencionados artículos 437 y 451) y, por otro lado, los *delitos culposos de homicidio y lesiones* (artículos 589 y 590 del *Codice penale*) cometidos con violación de las normas de prevención de riesgos laborales o relativos a la tutela de la higiene y de la salud en el trabajo. En suma, al menos en un primer momento, ha prevalecido una posición minimalista, en virtud de la cual se ha previsto la responsabilidad de los entes sólo para los delitos de corrupción y concusión y para varias tipologías de fraude; a estos casos se han añadido progresivamente otros, mediante modificaciones posteriores del Decreto legislativo núm. 231/2001: falsedad de moneda, delitos societarios, delitos de terrorismo, algunos delitos contra la persona (como, por ejemplo, sometimiento a la esclavitud, prostitución de menores, pornografía con abuso sexual de menores, etc.). Aún puede producirse una posterior ampliación del catálogo, sobre todo hacia otros sectores de la criminalidad de empresa, y por lo tanto, es probable además de ausplicable, que también se produzca la ampliación hacia delitos en materia de salud y seguridad en el trabajo.

8. En el complejo sistema de protección penal representado por el ordenamiento italiano, debería realizarse una tendencial “escala gradual” de la tutela de los bienes jurídicos implicados: desde los bienes instrumentales supraindividuales tutelados de forma anticipada (contravenciones en materia de salud y seguridad en el trabajo), al bien intermedio supraindividual (delitos contra la salud pública), hasta el bien final individual (delitos contra la vida y la salud individual).

⁸¹ Sobre la introducción en el ordenamiento italiano de la responsabilidad de los entes colectivos, y sobre criterios de imputación objetiva y subjetiva previstas por el Decreto Legislativo núm. 231 de 2001, la literatura ha sido muy copiosa rápidamente. Ver, por ejemplo, COCCO, “L’illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione”, en *RIDPP*, 2004, p. 90; DE MAGLIE, “L’etica e il mercato”, cit., pp. 396 ss.; DE SIMONE, “I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231”, en GARUTI (coord.), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 57; DE VERO H., “La responsabilità dell’ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica”, *ibidem*, p. 3; GARGANI, “Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell’intra-neo: due piani irrelati?”, en *DPP*, 2002, p. 1.061; PALIERO, “La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione”, en ALESSANDRI, *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, p. 47; PULITANÒ, “La responsabilità degli enti: i criteri di imputazione”, en *RIDPP*, 2002, p. 415.

Se trata sin duda de un sector de la criminalidad de empresa que tiene caracteres propios del denominado Derecho penal de la prevención o del riesgo, es decir, ámbitos en los que desde siempre se han utilizado técnicas de tutela como las del peligro abstracto o el “modelo contravencional” de sanciones⁸².

El excesivo número de disposiciones así como las heterogéneas superposiciones normativas del sistema sancionatorio italiano en la materia llevan a afirmar que es indispensable un replanteamiento profundo, al amparo, por lo demás, de los cambios de la misma filosofía de la prevención que inspira las múltiples normas emanadas en diversas épocas.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

Como ya se ha dicho (IV.2), recientemente se han planteado dudas en torno a la necesidad político criminal de emplear el instrumento penal en este sector de la criminalidad de empresa. Especialmente, Schünemann ha señalado con autoridad lo que podría ser definido como una especie de “límite socio-criminológico”, en términos generalmente objetivos, al funcionamiento del Derecho penal en el sector de la salud y seguridad en el lugar de trabajo: en este contexto el instrumento penal no puede desempeñar un papel efectivo de tutela anticipada, en tanto en cuanto se trata de transgresiones y de situaciones de peligro que se desarrollan en el interior de la empresa y que implican como víctimas a los trabajadores. Sigamos el desarrollo argumentativo, reproduciendo el pasaje principal: *“un tipo penal (como el formulado por el art. 316 CP) que consista en la combinación de una infracción abstracta de una regla y un mero resultado de peligro interno a la empresa, no puede llegar a ser eficaz político criminalmente. Una combinación similar es practicable en el Derecho penal de la circulación vial (como en la hipótesis de Gefährdung des Strassenverkehrs del § 315.c StGB y de conducción temeraria del art. 381 CP), porque aquí el peligro se verifica en la realización ‘externa’ de los ciudadanos, así como, normalmente, la víctima de tal conducta peligrosa, en base a ello, es motivada y también está en condiciones de permitir que la realización del tipo acabe en un procedimiento penal mediante denuncia. Por el contrario, en el caso de violación de las disposiciones dirigidas a la prevención de los riesgos laborales, el mero surgir de una situación de peligro no conducirá, por lo general, a un procedimiento penal, porque el interno desenvolvimiento de ésta se desarrolla al interior, es decir, en*

⁸² Ver DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 97 y ss. (en particular, pp. 99-103), pp. 123 y ss (en particular, p. 126).

*el entorno del mismo contexto social (im sozialen Nahbereich), y además porque los trabajadores interesados tienen como regla buenos motivos para no arruinar sus chances profesionales en la empresa*⁸³.

Además, partiendo objetivamente de este “límite socio-criminológico” se puede recurrir por un lado, a la escasa eficacia preventiva del art. 316 CP, a la vista del elevado número de resultados dañosos para los trabajadores en España, y también, por otro, a la escasa aplicación práctica que dicho delito conoce, así como del ya derogado art. 348 bis.a del viejo Código penal español⁸⁴.

Por tanto –desde un punto de vista político criminal– también en relación con un ordenamiento que, como el alemán, ha puesto en marcha un bastísimo *Interventionsrecht* mediante una adecuada red normativa y de controles, al Derecho penal sólo le quedaría una parcela residual de tutela de los bienes jurídicos en juego en materia de seguridad en el trabajo (que, nunca según la doctrina aquí analizada, constituiría un verdadero bien jurídico colectivo, “sino solo una indicación de la clase de todos los bienes jurídicos individuales, de la seguridad de todos los singulares trabajadores”)⁸⁵.

En definitiva, el autor está en contra de la intervención del Derecho penal como instrumento en la lucha anticipada en este sector, proponiendo limitarla sólo a los casos de producción de resultado daño, mediante la previsión de un *Qualifikationstatbestand*, es decir, de una circunstancia agravante de los tradicionales delitos culposos de homicidio o lesiones ligada a la inobservancia de una regla sobre prevención de los riesgos laborales establecida por una ley, un reglamento o una autoridad administrativa⁸⁶.

2. Intentaremos pues formular algunas conclusiones, tomando como punto de partida el interesante análisis político criminal acabado de realizar.

Ante todo, sobre la propuesta de un tipo cualificado (agravado) basado en un tipo de *conducta inobservante* –infracción entendida como instrumento exclusivo de protección penal en la materia, renunciando del todo a instrumentos de intervención anticipada, es decir, a incriminaciones que prescindan del resultado lesión o muerte– se levantan, desde mi punto de vista, algunas posibles contraindicaciones, que se pueden resumir así:

i) vistas las dimensiones cuantitativas que tiene actualmente en Europa el fenó-

⁸³ SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität, cit., p. 303; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., p. 259.

⁸⁴ SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität, cit., pp. 303 y ss.; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., p. 259. Un estudio empírico-criminológico sobre la materia: ACALE SÁNCHEZ, “Análisis criminológico de la siniestralidad laboral en el ámbito de la construcción en la provincia de Cádiz”, en esta misma obra colectiva.

⁸⁵ SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität, cit., p. 304; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., p. 265.

⁸⁶ SCHÜNEMANN, “Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität, cit., p. 304; del mismo, “Prevención de riesgos laborales”, cit., pp. 266 y ss; p. 269.

meno de los accidentes y de las enfermedades profesionales⁸⁷, y teniendo en consideración la importancia de los bienes generalmente en juego (colectivos y/o individuales), no parece recomendable atender a la producción del resultado: en el sentido de que, en este sector de la criminalidad de empresa, al menos en muchos contextos socio económicos del continente europeo, una correcta aplicación del principio de subsidiariedad del Derecho penal, sobre la base de las debidas valoraciones en términos de merecimiento y necesidad de pena, parece exigir, junto a un necesario sistema integrado de intervenciones institucionales y económicas, una intervención de carácter penal, que se limite al menos a las infracciones en el ámbito anticipado a las que acompaña la situación de peligro;

- ii) el sistema italiano (como se ha indicado anteriormente, IV.3) ya conoce “tipos cualificados” similares a los propuestos por Schünemann, es decir, circunstancias agravantes especiales aplicables a los supuestos en los que los delitos culposos de homicidio y lesiones sean cometidos mediante la violación de normas de prevención de los accidentes laborales (artículos 589.2 y 590.3 del *Codice penale*). Además, en la medida en que se trata, precisamente, de circunstancias agravantes, estos tipos implican la aplicación de la correspondiente disciplina, con el posible efecto de una “vanificación en la práctica” (en el Derecho penal italiano, por el mecanismo del *bilanciamento*, el juez puede “compensar” las circunstancias agravantes y atenuantes). Por lo demás, la experiencia italiana referida a las agravantes especiales en cuestión no ha sido precisamente entusiasta, desde distintas perspectivas: por ejemplo, por el carácter “anfibiológico” de las reglas preventivas en este tipo, en tanto en cuanto asumen el doble papel de elemento de la circunstancia agravante y de elemento del deber objetivo de cuidado violado, es decir, de “contenido regulador” del tipo imprudente⁸⁸.

3. No obstante, el argumento de tipo socio-criminológico que está en la base de la propuesta anteriormente criticada de un *Qualifikationstatbestand* como única instancia penal, merece ser tomado en serio. Es indudable que, respeto a otros sectores del Derecho penal económico, la tutela de la salud y seguridad en el trabajo se caracteriza por una notable “diferenciación criminológica”, en especial en el ámbito victimológico, por la peculiar posición de sujeción de las potenciales víctimas (el trabajador, al menos como víctima tendencial y principal).

⁸⁷ Ver los datos estadísticos aportados en la ya mencionada Comunicazione della Commissione “Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società: una nuova strategia per la salute e la sicurezza 2002-2006”, cit., pp. 3 y ss.

⁸⁸ Para ver algunas particularidades puestas de manifiesto por la doctrina italiana, sobre la posición mencionada en texto, ver SUPRA IV.3.5.

Este dato criminológico y objetivo no representa sin embargo, en opinión de quien escribe, un obstáculo absoluto e insuperable a la predisposición de un sistema de protección “integrado”, de tipo penal y punitivo-administrativo, de los importantes bienes jurídicos implicados. La mencionada peculiaridad criminológica pone en evidencia por el contrario, la insuficiencia de un sistema de protección exclusivamente penal, es decir, no rodeado de un adecuado y eficiente aparato público de inspección y de control, con la intervención sólo eventual y subsidiaria del Derecho penal.

En presencia de adecuados instrumentos de control (es decir, de instrumentos idóneos para hacer observables los riesgos y los peligros *intra-empresariales*, y por ello, perceptibles en una dimensión social e institucional *externa*), la opción sancionadora, en la forma de tutela *anticipada* respecto a la producción del resultado dañoso, resulta posible, si se estructura mediante diferentes grados de *intervención subsidiaria*:

- i) sobre una línea más avanzada y próxima al resultado dañoso, debería aceptarse la existencia de un delito configurado sobre la base de la estructura de la ofensividad como tipo de *peligro concreto* para la vida, la incolumidad y la salud de los trabajadores; y sobre la base de la estructura subjetiva, exigiendo al menos la *culpa grave* (más allá, ciertamente, de una difícil definición y gestión judicial entre las dos categorías que funcionan por criterios selectivos). La producción del resultado dañoso, podría ser relevante como elemento de cualificación. La cuestión acerca de la ubicación de dicho precepto en el Código o en la legislación complementaria, debería depender de la opción tradicionalmente seguida en los singulares ordenamientos o particularmente seleccionada en sede de reforma en este caso. También en función de la importancia de los bienes implicados, parece oportuno ubicar una infracción similar de peligro concreto en el interior del Código, entre los delitos contra la incolumidad pública o la salud colectiva o bien entre los delitos en materia de relaciones laborales;
- ii) por el contrario, sobre una línea más lejana y menos próxima respecto al daño, en virtud de las exigencias del principio de *extrema ratio*, deberían preverse ilícitos menos graves, esto es, de mera conducta o de peligro abstracto, sancionados *a priori* sólo como ilícitos administrativos. Pero dicho conjunto de ilícitos administrativos debería estar rodeado de un modelo paralelo “de intimidación” (*parallelo modello ingiunzionale*), fundamentado sobre prescripciones de adecuación impuestas por la autoridad inspectora o de control para eliminar la situación de riesgo creada por la violación de las normas. El ilícito penal (bajo la forma de contravención) se fundamentaría en la constatación de la falta de adecuación a las prescripciones de la autoridad o de la verificación de la reiteración de la violación de normas: por tanto, en presencia también de un peligro no concreto o de una culpa no grave.

Dicho sistema de protección integrado –que como se ha dicho implica una intervención más amplia que la meramente sancionatoria– podría tener también el efecto ulterior de no incentivar ciertas interpretaciones “forzadas” del peligro concreto reclamado por la estructura ofensiva del delito contra la seguridad en el trabajo⁸⁹: existiría siempre una previa instancia de control y de sanción administrativa para los casos (de peligro abstracto) sobre la base de la mera inobservancia de las medidas de seguridad; así como, de forma eventual, una sanción también penal, pero a título de contravenciones, para los casos de reiteración o de falta de cumplimiento. De esta forma, los tipos de delito fundados sobre el peligro concreto y sobre el dolo o sobre la culpa grave, no serían los únicos instrumentos represivos y sancionatorios a disposición de los órganos de control y del ministerio público.

Finalmente, es imprescindible en esta materia, al igual que sucede en otras del Derecho penal de la empresa, la previsión de la responsabilidad en materia de sanciones de los entes colectivos, en relación con los ilícitos penales y administrativos realizados por las personas físicas destinatarias de la obligación en materia de seguridad. Es decir, una responsabilidad de la empresa ejercitada en forma societaria para los delitos culposos de resultado (homicidio y lesiones personales); por otro lado, para los delitos de peligro concreto para la vida o la salud de los trabajadores; así como para las contravenciones construidas sobre la base de la inobservancia de las prescripciones administrativas de seguridad o bien sobre las reiteraciones de las violaciones; y, finalmente, por las violaciones sancionadas como meros ilícitos administrativos.

⁸⁹ Se hace referencia, por ejemplo, a ciertas interpretaciones “amplias” y “formales” del requisito de peligro grave reclamado por el art. 316 CP. Se remite a los argumentos críticos formulados por TERRADILLOS BASOCO, *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., pp. 87 y ss.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS CRIMONOLÓGICO DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL EN LA PROVINCIA DE CÁDIZ.

DRA. MARÍA ACALE SÁNCHEZ, PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

I. FACTORES CONDICIONANTES

A diario, los medios de comunicación se hacen eco de noticias referidas a trabajadores muertos o heridos en su lugar de trabajo (o cuando se dirigen al mismo) o sobre enfermedades profesionales. Esta cotidianeidad con la que casi se enfrenta el ciudadano ante el fenómeno de la siniestralidad laboral no es vieja. En efecto, hasta hace unos años, esas muertes, lesiones o enfermedades –que siempre han existido– pasaban desapercibidas para la opinión pública. La conversión en noticia de estos siniestros ha provocado que la sociedad se conciencie sobre la gravedad de este problema, que puede afectar a cualquier trabajador, si bien, según los concretos ámbitos de trabajo, los índices de siniestralidad pueden ser muy elevados o no llegar a existir apenas.

Este es el primer paso para emprender una lucha eficaz contra los que por su gravedad terminan convirtiéndose en verdaderos problemas sociales¹. En efecto, hasta hace no mucho tiempo, otra de las lacras de la sociedad actual, el fenómeno de la violencia doméstica, tampoco estaba presente en los medios de comunicación. Reformas legales –unas más simbólicas que efectivas–, intervención educativa, formación de los profesionales, etc., han contribuido finalmente a que la sociedad se sensibilice con una situación que a partir de ese momento dejó de ser privada. Hoy, los vecinos denuncian, las asociaciones de mujeres asesoran y cobijan a las víctimas, las Administraciones públicas ofrecen medios económicos, formativos y psicológicos a las personas que los necesiten, es decir, existe una verdadera respuesta social frente al fenómeno de esta clase de violencia. Y todo ello antes de que alguien resulte muerto a consecuencia de la misma.

Las diferencias sin embargo entre el problema de la siniestralidad laboral con éste otro son grandes: así, mientras que hoy es noticia el hecho de que en un determinado seno familiar se someta a una o a varias personas a actos de violencia, aquélla sólo es noticia cuando un trabajador acaba en el hospital o en el cementerio. Hasta el punto de que puede decirse que si bien el rechazo hacia la pérdida de

¹ Resaltan el dato de que es ahora cuando los medios de comunicación han convertido en noticia los accidentes laborales, mientras que años atrás no sucedía BESTRATÉN BELLIV, M., y PUJOL SENOVIOLA, L., “Responsabilidad social y condiciones de trabajo”, www.mtas.es (sin paginar).

vidas humanas es unánime, no es tan grande el rechazo frente a aquellas conductas de los empresarios que por ahorrar costes, y por ende, por ampliar sus beneficios, disminuyen gastos, no en salarios –por ejemplo (opción que podía hacer poco atractivo el empleo)–, sino en medidas de prevención, lo que convierte al empleo en una trampa para el trabajador. Con ello se quiere decir que la siniestralidad laboral no es problema y por tanto no es noticia hasta que se produce el siniestro: el incumplimiento de las normas en materia de prevención de riesgos laborales es un dato que pasa hasta entonces desapercibido.

¿Por qué los trabajadores no denuncian en mayor número estas situaciones en las que son sus vidas y sus saludes las que se encuentran entre la espada y la pared? Porque existe una serie de factores que condicionan su actitud.

En primer lugar, el hecho de que el empleo actual sea un empleo temporal, en el que el trabajador está acostumbrado a ocupar un puesto en las listas de desempleados y a dejar de ocuparlo cuando se le presenta el contrato laboral, les condiciona a la hora de reivindicar sus derechos. Por otro lado, puede comprenderse que a menor tamaño de la empresa, menor representación sindical exista en su seno y, por ende, mayor desprotección de los trabajadores que tienen que afrontar solos estas situaciones: no sin razón son estas empresas pequeñas las que mayores índices de siniestralidad presentan, como se analizará posteriormente.

Pero además, ha de tenerse en consideración que actualmente las empresas contratan y a la vez subcontratan a una o a varias empresas que pueden volver a subcontratar de nuevo, y así sucesivamente. Hasta el punto de que en muchos casos los trabajadores desconocen para quién trabajan, incumpliendo de esta forma lo dispuesto en el art. 42 ET que obliga a la empresa que concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista a informar a los trabajadores sobre su nombre y razón social. La empresa que subcontrata necesita sacar su beneficio para lo que tiene que reducir costes y no es extraño que lo haga en seguridad de los trabajadores. Entre otras vías, para alcanzar este objetivo, estas subcontratas recurren cada vez con mayor frecuencia a la contratación de trabajadores extranjeros², que no tienen –todos ellos– permiso de trabajo. Este colectivo de trabajadores es doblemente vulnerable al incorporarse a un mercado de trabajo victimario en el que por definición existe esta disparidad de fuerzas entre el empresario y los trabajadores, y al que añade su condición de trabajador en muchos casos sin permiso de trabajo. Con ellos, en efecto, sí es fácil ahorrar costes y, por tanto, es fácil aumentar los beneficios, al precio de poner en peligro sus vidas y saludes.

Puede afirmarse pues que el empleo actual en España es un empleo precario.

² Ver *Diario El País*, sección Andalucía, jueves 10 de marzo de 2005.

³ CC.OO., “Aproximación de los costes de la siniestralidad laboral en España”, www.istas.net/portada/costes.pdf (sin paginar).

Los costes de la siniestralidad en el ámbito laboral son amplios y se traducen en pérdidas de vidas humanas y dolor por parte de las familias afectadas, atención médica y jornadas de trabajo perdidas, sanciones, gastos relativos a seguridad social, etc., costes que se reparten en distinta medida entre el trabajador, la empresa y la sociedad: la peor parte se la llevan los trabajadores y sus familias, sin duda alguna. El Sindicato CC.OO. ha intentado calcular el coste de la siniestralidad laboral: la cifra total asciende a 12.000 millones de euros: *“estos costes ponen de manifiesto que la prevención de accidentes y enfermedades profesionales tiene un componente indiscutible de ahorro en recursos tanto al empresario como a la sociedad en su conjunto”*³.

El Sindicato se plantea por qué los empresarios no invierten en prevención y destaca que, de esta forma, se produce una externalización de los gastos que generan los accidentes y las enfermedades, mientras que los costes en materia de prevención son vistos como costes de la propia empresa sin que *a priori* reporten beneficio tangible alguno al empresario: bajo este razonamiento subyace una concepción del trabajador como mero recurso económico (esto es, *“como instrumento productivo o receptor pasivo de instrucciones”*⁴), de forma que su condición personal y, con ello, su dignidad, se traduce a valores económicos. Junto a ello, se señala que la posibilidad real de ser sancionado es insuficiente, pues depende –fundamentalmente, como se verá– de la labor de la Inspección de Trabajo que no cuenta precisamente, con medios suficientes: se calcula que frente a los 12.000 millones de euros del coste total de la siniestralidad, sólo 103 millones correspondieron a las sanciones pagadas por los empresarios. Así las cosas, deciden correr el riesgo.

Todo ello sitúa a la siniestralidad en la médula espinal del mercado de trabajo actual y, *a priori*, existe un cúmulo de causas que la generan: por ello, como corrobora el *“Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España”* (datos referidos a 2002) realizado en el seno del MTAS⁵, el accidente de trabajo no puede ser entendido si no es desde una perspectiva *“multicausal”*.

Para luchar contra la siniestralidad, es necesario que el ordenamiento jurídico disponga de medios de control y de sanciones disuasorias. En el ámbito laboral, es la LPRL la que viene a regular las actividades preventivas que han de llevarse a cabo por parte de los empresarios con la participación de los trabajadores; el incumplimiento de lo allí dispuesto, se sanciona a través de la LISOS.

Ahora bien: si se tiene en consideración la importancia de los bienes jurídicos en juego –vida y salud de los trabajadores– podrá afirmarse que la intervención del Derecho penal en este ámbito imponiendo sanciones que priven de libertad y que inhabiliten para el ejercicio de su profesión, oficio o cargo (aunque sólo sea a través

⁴ BESTRATÉN BELLOVI, M. y PUJOL SENOVILLA, L., “Responsabilidad Social y condiciones de trabajo”, cit., (sin paginar).

⁵ Puede encontrarse dicho informe en www.mtas.es.

del juego de las penas accesorias) al empresario que incumpliendo las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, ponga en peligro grave a aquél, es un mecanismo de indudable eficacia. Esto es lo que pretenden hacer los artículos 316 y 317 CP: velar por esos bienes jurídicos de tanta relevancia social.

II. LA INVESTIGACIÓN EMPÍRICA

II.1. Sus limitaciones

La investigación criminológica parte siempre del handicap de que es difícil encontrar los datos a examinar. La cifra total de personas muertas en el ámbito de las relaciones laborales es más o menos fácil de averiguar⁶. Ahora bien, cuando el dato investigado es el número de trabajadores que ha visto su vida y su integridad puestas en peligro, la tarea se complica porque hasta entonces en muchos casos ni siquiera los propios trabajadores afectados, se reconocen víctima de un grave suceso. Ello pone de manifiesto que las cifras que se conocen muestran sólo la punta de un iceberg⁷.

Semejante bolsa oculta de siniestralidad impide a las instancias oficiales realizar un estudio real sobre las características de esta clase de delincuencia –y por ende, de criminalidad– y con ello ofrecer soluciones eficaces según la dimensión del problema para erradicarlo. Sobre todo si se tiene en cuenta que no existen en España unas estadísticas oficiales únicas a las que recurrir. Como consecuencia de lo anterior, las cifras manejadas no coinciden nunca: el policía recurre a los datos del Ministerio del Interior; el Inspector de Trabajo, a los que le proporciona el MTAS; el Juez, a los del Consejo General del Poder Judicial, etc. Y ello a pesar de que objetivamente existe una evidente razón para que no coincidan nunca: ni todos los delitos se denuncian, ni todos los denunciados dan lugar a la apertura de diligencias previas, ni todos éstos dan lugar a sentencia, ni éstas –en su caso– son todas condenatorias y no todos los condenados son castigados a penas privativas de libertad que supongan el ingreso en prisión, por lo que desde los datos relativos al número de delitos denunciados hasta los que proporciona Instituciones penitenciarias, habrá siempre una gran diferenciación. En este sentido, y como afirma STANGELAN, es necesario *“que el Instituto Nacional de Estadística asuma la responsabilidad de realizar encuestas de victimización perió-*

⁶ STANGELAN, P., “La delincuencia en España. Un análisis crítico de las estadísticas judiciales y policiales”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 5/1995, p. 808, analiza las causas que provocan la falta de coincidencia de los datos sobre la criminalidad en España, así como las dificultades existentes para unificar estadísticas.

⁷ STANGELAN, P., “La delincuencia en España. Un análisis crítico de las estadísticas judiciales y policiales”, cit., p. 808.

dicamente, preferiblemente cada año. Las preguntas sobre delitos sufridos pueden ser incorporadas en entrevistas sobre indicadores sociales, en su serie de estudios sobre calidad de vida”⁸.

Pero además, como se decía, no todos los delitos se denuncian: por ello, la cifra negra de criminalidad se queda siempre al margen del estudio. Para conocer –o aproximarse– a esta cifra se utilizan las encuestas de victimización, en virtud de las cuales se pregunta a un colectivo de personas si han sido o no víctimas de delito.

Estos problemas de partida propios de las investigaciones criminológicas en España no son óbice sin embargo para tener en consideración los datos que arrojan las estadísticas oficiales, sobre todo si se complementan con los resultados que se obtienen a través de otro método de investigación criminológica: las encuestas sobre victimización.

II.2. Objeto de estudio

Recientemente la prensa ha venido a confirmar que España, incluso después de las últimas incorporaciones, sigue estando por encima de la media de la Unión Europea en materia de siniestralidad laboral⁹.

Por Comunidades Autónomas, Andalucía es la Comunidad con más accidentes con muerte de toda España¹⁰; no obstante, si se suman el conjunto de accidentes, incluyendo junto a los mortales, los leves y graves, cede el primer puesto a Cataluña, y pasa a ocupar el segundo lugar:

Accidentes en jornada de trabajo con bajas según gravedad por Comunidades Autónomas

	Leves	Graves	Mortales	Total 2003	Total 2002
Andalucía	138.581	2.697	164	141.442	151.905
Cataluña	167.812	1.626	151	169.589	183.850

⁸ STANGELAN, P., “Encuestas de victimización”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., y CERESO DOMÍNGUEZ, A.I., (coordinadores), *Los problemas de la investigación empírica en Criminología: la situación española*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 21; ver: RUIZ OLABUENGA-ARISTEGUI-MELGOSA, *Cómo elaborar un proyecto de investigación social*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

⁹ Ver *Diario El País*, sección de Andalucía, 10 de marzo de 2005. BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCÓJ., “Responsabilidad Penal del empresario en seguridad y salud”, en *Alcor de MGD. Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales*, 2004 pp. 43 y 44.

¹⁰ Fuente: Sindicato UGT. Los datos que se analizan en este informe sobre “Siniestralidad laboral en España enero-diciembre 2003” le han sido facilitado al Sindicato por el MTAS. El informe puede encontrarse en www.ugt.es/slaboral/siniestro.pdf (sin paginar).

Llama la atención que Comunidades Autónomas que tienen un índice de accidentes laborales inferiores a Andalucía, le superen en enfermedades profesionales:
Enfermedades profesionales con baja durante la jornada

	Leves	Graves	Mortales	Total 2003	2002/2003
Andalucía	1.660	46	0	1.706	14.19
Castilla-León	1.946	7	0	1.953	18.65
Cataluña	6.311	16	0	6.323	0.7
Navarra	2.340	3	0	2.343	3.39
País Vasco	2.609	1	0	2.610	10.78

De ambos cuadros se deduce que si se suman accidentes y enfermedades, y se calcula la cifra de “daños derivados del trabajo” la posición de Andalucía cae en el “ranking”:

Daños derivados del trabajo

	Accidentes	Enfermedades	Total daños
Andalucía	141.442	1.706	142.148
Cataluña	169.589	6.323	175.912

Si se analizan ahora los datos hechos públicos por la Consejería de Empleo de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹¹, se pone de manifiesto que la primera provincia andaluza en accidentes y enfermedades profesionales es Málaga, seguida de Sevilla. Cádiz ocupa el tercer lugar, y ello a pesar de ser la provincia con mayor desempleo de toda Andalucía –y de España–.

¹¹ Fuente: Junta de Andalucía “Evolución de la accidentalidad con baja en jornada de trabajo en Andalucía datos comparativos periodo avance enero-diciembre 2003-2004. Estimaciones. Avance cierre de año 2004”. Puede encontrarse en la dirección:
http://www.juntadeandalucia.es/empleo/emp/tyss/condiciones/estadisticas/Informes_pdf/2004_Acum_12_E_Diciembre_03-04.pdf.

	Accidentes Años	LEVES		GRAVES		MORTALES	
		2003	2004	2003	2004	2003	2004
PROVINCIAS	Almería	3.317	4.031	43	71	5	7
	Cádiz	5.691	6.418	96	89	4	5
	Córdoba	3.140	3.432	62	67	2	2
	Granada	4.571	4.788	175	118	3	7
	Huelva	2.971	3.285	58	56	1	1
	Jaén	2.318	2.421	57	52	4	1
	Málaga	11.417	12.603	225	219	21	13
	Sevilla	9.201	10.223	176	172	15	11
	Total	42.626	47.201	892	844	55	47

Pues bien: según las estadísticas oficiales el sector de actividad laboral con mayor índice de siniestralidad es el de la construcción¹².

	2002	2003
Agricultura, ganadería casa y selvicultura	34.154	30.021
Ind. De Alimentos, bebidas y tabaco	35.013	32.893
Fabr. Pro. Caucho y materias plásticas	11.815	11.074
Construcción	245.176	231.801

Ambos datos (ubicación geográfica y sector de actividad) han servido para delimitar el objeto de la investigación empírica: la puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores en el sector de la construcción en la provincia de Cádiz.

Para llevar a cabo el estudio se ha acudido, en primer lugar, a los datos que se extraen de las estadísticas del MTAS; y, en segundo lugar, se ha realizado un estu-

¹² Se entiende por construcción según el art. 2 RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el se establecen Disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción: "cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil", tales como (Anexo I) "excavaciones, movimientos de tierras, construcción, montaje o desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamiento o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación o saneamiento".

dio de victimización a partir de las encuestas realizadas en la provincia de Cádiz. Ciertamente, esta clase de encuestas preguntan si se ha sido “víctima” –en el sentido de sujetos pasivos– de algún delito¹³ como hurtos, robos, agresiones sexuales, amenazas, violencia en su ámbito familiar, etc. Se trata en todas ellas de analizar la existencia de delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales. La singularidad que presenta la encuesta sobre la que hemos levantado este estudio es que se trata de averiguar si se respetan en los lugares en los que trabajan los encuestados la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, cuyo incumplimiento es elemento del tipo de los delitos tipificados en los artículos 316 y 317, y si a su vez han visto sus vidas o salud en peligro. En la medida en que dichos tipos penales protegen un bien jurídico de carácter colectivo –vida y salud de “los trabajadores”– cada una de las encuestas, –en sí mismas consideradas– no puede ser entendida como una encuesta de victimización, pero sí el conjunto de ellas, en tanto en cuanto se ha preguntado a un grupo de trabajadores si han visto los bienes jurídicos mencionados en situación de peligro, que es precisamente lo que previenen los artículos 316 y 317 CP; el trabajo responde pues al patrón de las encuestas de victimización que, en este caso, se ciñen a analizar un ámbito muy concreto: el de la construcción en el ámbito geográfico de la provincia de Cádiz. Posteriormente se analizará si se puede hacer una lectura estadística de las encuestas realizadas.

II.3. Hipótesis

De la propia delimitación del objeto de estudio, surgen una serie de interrogantes: ¿Hasta qué punto los propios trabajadores se dejan influir por su situación de inestabilidad laboral a la hora de exigir sus derechos en materia de prevención de riesgos laborales? ¿Cómo influye la precariedad laboral en las decisiones de trabajadores y empresarios? ¿Se aplican con rigor las normas en materia de prevención de riesgos laborales? ¿Cuáles son los factores que incrementan el riesgo de que se produzca un siniestro?

De este estado de la cuestión, se deducen las hipótesis que antecedieron a la realización de este trabajo:

- el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales es antesala de los siniestros que se producen en dicho ámbito, por lo que si se constatan sus causas, podrán evitarse los accidentes incidiendo en la prevención de los mismos;

¹³ Sobre las técnicas de investigación en Criminología, véase: ROLDÁN BARBERO, H., *Introducción a la investigación criminológica*, ed. Comares, Granada, 2004, pp. 41-76; STANGELAN, P., “Encuestas de victimización”, cit., pp. 11 y ss; HERNÁNDEZ LORES, M., “Estadísticas policiales”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., y CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I., (coordinadores), *Los problemas de la investigación empírica en Criminología: la situación española*, cit., pp. 25 y ss.

- los trabajadores no exigen el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales; por lo menos, no lo hacen por los cauces oficiales;
- “pocos accidentes ocurren”;
- la mayoría de los accidentes “menores” o incidentes en el ámbito laboral se solventan en el seno de la propia empresa: la cifra negra de criminalidad ha de ser elevada;
- en España se abusa de la subcontrata; en estos casos, los derechos de los trabajadores disminuyen tanto en calidad como en cantidad y, por ende, las medidas de seguridad en el trabajo se ven seriamente menoscabadas;
- cada vez es mayor el número de trabajadores inmigrantes afectados por la siniestralidad en el ámbito laboral.

II.4. Fases de la investigación

El trabajo de investigación criminológico realizado ha tenido varias etapas. La primera de ellas, ha consistido en examinar los estudios estadísticos realizados por el MTAS relativos a muertes producidas en el sector de la construcción. Se trata pues de encuestas oficiales, de las cuales se extraen una serie de conclusiones sobre las causas de las muertes objeto de estudio.

Posteriormente se ha llevado a cabo un análisis de los resultados reflejados en las encuestas de victimización en el ámbito de la construcción en la provincia de Cádiz.

Ambos estudios tienen, como se observa, un objeto de investigación distinto: en el primero, se trata de analizar las muertes en el ámbito laboral, señalando sus causas. En el segundo, se trata de averiguar si se cumplen o no en la provincia gaditana las normas que previenen la producción de muertes o lesiones en el ámbito laboral.

El objetivo que se pretende alcanzar con la realización de sendos estudios es comprobar si las causas que han generado las muertes en el ámbito nacional están controladas o no en la provincia de Cádiz.

Es necesario resaltar que las “fechas” de los distintos estudios estadísticos analizados y de la encuesta de victimización son distintas; los primeros se refieren a los años 2002-2003; la segunda, se ha realizado entre los meses de septiembre y octubre de 2004. El hecho de que no se manejen datos relativos al mismo año tiene la virtualidad de poner de manifiesto que en el momento de realizar la encuesta de victimización, ya eran conocidos los datos nacionales sobre las causas de los accidentes mortales, por lo que había pasado el tiempo suficiente como para haber prestado atención a las conclusiones que de las mismas se extraen.

III. PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS AL ESTUDIO CRIMINOLÓGICO

El art. 316 CP castiga con penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a quien, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligado, no facilite los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física. Por su parte, el art. 317 señala que cuando el delito del artículo anterior se cometa por imprudencia grave, se impondrá la pena inferior en grado.

No es éste el lugar ordenado para realizar un análisis dogmático de los preceptos señalados¹⁴. Sin embargo, es necesario establecer una serie de precisiones conceptuales para posteriormente poder analizar los datos que se ponen de manifiesto a través de las estadísticas oficiales y de las encuestas de victimización.

Y la primera cuestión sobre la que se ha de tomar partido es la referida a la estructura del delito contenido en el art. 316.

Se trata de un delito especial del que sólo puede ser sujeto activo el obligado por las normas de prevención de riesgos laborales a facilitar a los trabajadores los medios necesarios para que éstos desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas: las normas sobre prevención de riesgos laborales 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”¹⁵: esto es, son indisponibles para empresario y trabajadores y, por tanto, son de obligado cumplimiento en todo caso. Como afirma APARICIO TOVAR, es obligación del empresario reducir al mínimo, según los criterios de nuestra civilización y cultura y los medios tecnológicos que una y otra ofrecen, tanto la insalubridad como la peligrosidad del medio, reduciendo los riesgos del trabajo a los mínimos “aceptables” según estos criterios y adaptando de esta forma su conducta al paradigma del empresario prudente, más exigente que el de la persona media o normal¹⁶.

A su vez, el tipo penal examinado es una ley penal en blanco, pues se exige el incumplimiento de las normas de prevención de dichos riesgos que, a través de esta técnica, pasan a ser elementos del tipo y a fundamentar por tanto la antijuricidad de la conducta. Y en la LPRL se define el concepto de “riesgo laboral” como la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo. Para calificar el riesgo desde el punto de vista de su gravedad se valorarán conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo

¹⁴ Véase por todos: TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit. pp. 37 y ss.; BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, M., “Responsabilidad penal del empresario en seguridad y salud”, cit., pp. 43 y ss.

¹⁵ ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del trabajo*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 249.

¹⁶ APARICIO TOVAR, J., “Artículo 42”, en APARICIO TOVAR-GONZÁLEZ ORTEGA, *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 267.

(art. 4.2). Ello significa que a mayor probabilidad de que se produzca el daño y a mayor severidad de éste –caso que se produzca–, más grave será el riesgo laboral prevenido. La dilución en torno a ambos parámetros –probabilidad y severidad– es pues básica para constatar si existe o no un riesgo a efectos laborales pero al configurarse la norma penal como ley penal en blanco, también es básica para constatar si existe o no puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos en los artículos 316 y 317 CP. Estos mismos parámetros son los utilizados para definir a efectos penales el concepto de “peligro”, caracterizado por la concurrencia de los elementos probabilidad lesiva y eventualidad de producción de un mal –que se identifica con la destrucción o deterioro de un bien jurídico¹⁷–.

Antes de pasar a analizar ambos conceptos, es necesario señalar que en el ámbito laboral, el sector de la construcción es considerado como una actividad peligrosa en términos objetivos, esto es, sin necesidad de que concurra ninguna situación especial. Así, el Anexo II del RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen Disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, valora objetivamente como trabajos con riesgos especiales, aquéllos “*cuya realización exponga a los trabajadores a riesgos de especial gravedad para su seguridad y salud*”, entre los cuales, se pueden destacar: trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo; trabajos en la proximidad de líneas eléctricas de alta tensión; obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos; así como los trabajos realizados en cajones de aire comprimido. Ello determina que el cumplimiento de las normas sobre prevención de riesgos laborales ha de ser escrupuloso, si no se quiere actualizar el daño prevenido.

La “probabilidad” –primer elemento que gradúa la gravedad del riesgo– es un juicio que se realiza *ex ante* a la vista de las veces en las que se ha actualizado el daño prevenido en virtud de unas concretas causas. Según se constata a través de los datos que se desprenden del “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*” (datos referidos a 2002), los colectivos de trabajadores cualificados (103) y de peones de la construcción (66)¹⁸ son los grupos que mayor índice de siniestralidad presentan; hasta el punto de que son actividades clasificadas por el “*Análisis*” como “*ocupaciones de especial peligrosidad*”. Se constata así en datos objetivos la probabilidad de que se actualice el daño es elevada si se violan las medidas de seguridad correspondientes a este sector que desempeña sus faenas en condiciones físicas arriesgadas.

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Peligro abstracto y garantías penales”, en QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., (coordinadores), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 789.

¹⁸ Junto a conductores, operadores de maquinaria móvil –50–; trabajadores cualificados de extractivas, metal y construcción de maquinaria –38–, así como los operadores de instalaciones industriales y maquinaria fija –23–.

Por otro lado, respecto al segundo –y último– parámetro tenido en consideración para calificar como grave o menos grave el riesgo laboral, es preciso señalar que el riesgo prevenido no es otro –en la mayoría de los supuestos– que la caída de un trabajador desde la altura, lo que sin duda alguna es suficiente para generar su muerte o lesión: por eso es necesario incorporar la prevención durante toda la andadura de esta concreta actividad empresarial que se caracteriza por la proliferación de fuentes de riesgo¹⁹.

La LPRL define el concepto de prevención como “*el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos del trabajo*”. De lo que se deduce que se parte de la existencia de determinados riesgos que se pueden evitar; otros, sin embargo, no pueden serlo, aunque sí es posible disminuirlos con una correcta política preventiva. Luego si no se cumplen dichas medidas, se estará constatando la posibilidad de que se actualicen y con ello, se estará poniendo en peligro al colectivo de trabajadores que tiene que trabajar en dichas condiciones. En definitiva, estas medidas son las que contrarrestan estos riesgos.

La lectura conjunta de los conceptos de riesgo laboral y de prevención adelanta que el incumplimiento de la normativa preventiva supone *per se* la creación de un riesgo laboral en un sector de actividad que es considerado *a priori* como de especial peligrosidad. Ahora bien, para que exista delito, es necesario que de ahí se derive la puesta en peligro grave de la vida y la salud de los trabajadores.

En efecto, el delito contenido en el art. 316 se consuma cuando a raíz del incumplimiento de dichas obligaciones se ponga en peligro grave la vida, salud o integridad física de los trabajadores, esto es, del colectivo de trabajadores, como ha señalado la mejor doctrina y la mejor jurisprudencia²⁰. Por ello, si el incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales provoca la lesión o muerte de un concreto trabajador al actualizarse el riesgo prevenido, habrá que recurrir a las reglas del concurso de delitos, castigando ambos separadamente.

Ahora bien, ¿Siempre y en todo caso es necesario para aplicar el delito de peligro para la vida y la salud de los trabajadores que un concreto trabajador resulte siniestrado? Esto es, ¿Se puede aplicar el tipo cuando se constate que se ha puesto en peligro la vida o la salud del colectivo de trabajadores sin nece-

¹⁹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La posición del Ministerio Fiscal en la tutela de los intereses de los trabajadores”, conferencia pronunciada en el Curso “Protección penal de los derechos de los trabajadores”, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, el 22 de noviembre de 2004, publicada en www.ugtgalicia.org (sin paginar).

²⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Delitos contra la vida y la salud de los trabajadores*, cit., pp. 103 y ss; entre otras muchas, la STS núm. 1233/2002, de 29 de julio [RJ 2002/8826]. Véase el análisis jurisprudencial que realiza TERRADILLOS BASOCO en: TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M., y GALLARDO GARCÍA, R.M., *Siniestralidad laboral análisis criminológico y jurisprudencial*, Cádiz; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006.

sidad de esperar a que uno de ellos caiga de un andamio o inhale gases tóxicos? ¿Cómo calificar jurídicamente la conducta del empresario que incumple la obligación de adoptar medidas de protección colectivas, no instalando, por ejemplo, redes de protección, a consecuencia de lo cual le pasa a un trabajador junto a su cuerpo un objeto contundente que cae desde la altura y que si le hubiera dado de lleno, le hubiera provocado la muerte? No cabe ninguna duda de que en la producción del resultado muerte, lesión grave, leve o mero susto existe un componente de azar²¹ que escapa de las manos del trabajador y de la empresa; el control sobre la fuente de peligro se pierde cuando –dolosa o imprudentemente– el empresario incumple las normas de prevención de riesgos laborales: esta es la esencia de los delitos de peligro y el responsable de dicho incumplimiento ha de responder por la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, que es lo que sanciona el tipo penal. Por ello, en el caso en el que además se produzca la muerte o lesión de un concreto trabajador, si sobre ésta existe imprudencia del empresario, nada impedirá establecer el correspondiente concurso entre el delito de puesta en peligro de la vida o salud de los trabajadores (en su modalidad dolosa o imprudente) y el delito o falta de homicidio o lesiones imprudentes causado.

Siendo por tanto objetiva la peligrosidad de las actividades relacionadas con la construcción, en relación al número de fallecimientos que en las mismas se producen, el parámetro a tener en consideración entonces es la concreta norma de prevención de riesgos laborales incumplida. Así, el incumplimiento de una norma alejada del bien jurídico protegido, no tiene por qué determinar inmediatamente su afección a efectos penales. Sin embargo, cuando se trata de violación de las normas básicas de prevención de riesgos laborales en un ámbito tan sensible –“tan peligroso”– como el de la construcción, la mera omisión de las mismas supone ya puesta en peligro del bien jurídico salud y vida del colectivo de trabajadores en tanto en cuanto se consideren que dichas normas de carácter laboral están dirigidas a la prevención de los riesgos laborales. Si por ejemplo, se incumplen las obligaciones relativas al estado de limpieza de los lugares de trabajo, el bien jurídico “salud y vida de los trabajadores” no se verá afectado con la intensidad exigida por el tipo penal, pues es exigencia típica que el peligro sea grave. Ahora bien, si la normativa laboral que se incumple –estando obligado a ello– es básica, por ejemplo, la de proporcionar a los trabajadores a su servicio medidas de protección individual o colectivas, su mera omisión está ya poniendo en peligro directamente la vida y la salud de los trabajadores.

²¹ ZIMMERMANN VERDEJO-DE LA ORDEN RIVERA-MAQUEDA BLASCO, *Mortalidad y años potenciales de vida perdidos por accidente de trabajo en España*, ed. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 1996, p. 7.

Ello significa que constatada la violación de las normas básicas en materia de prevención de riesgos laborales, debería dar lugar ya en los casos de peligro grave a la intervención penal²², sin necesidad de tener que esperar a que el trabajador resulte muerto o lesionado; piénsese en los trabajadores que realizan sus faenas sin haber recibido un curso idóneo sobre prevención de riesgos laborales, sin medidas de protección individuales ni colectivas, subidos en andamios, realizando constantemente un gran esfuerzo físico y sin la preparación profesional suficiente para desarrollar esas precisas tareas: la situación de riesgo en la que se encuentra no puede ser calificada más que como grave. Sin embargo, la mayoría de las sentencias dictadas en el orden penal en aplicación de los delitos examinados esperan hasta ese momento, pues como afirma CONDE-PUMPIDO TOURÓN: “*únicamente reacciona cuando el resultado fatal ya se ha producido. E, incluso entonces, se actúa con excesiva lentitud y lenidad*”²³.

IV. MÉTODOS CUANTITATIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

IV.1. Estadísticas del MTAS sobre siniestralidad laboral²⁴

En el “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*” (datos referidos a 2002) realizado por el MTAS se constata que en España se produjeron en dicho periodo un total de 1.101 accidentes mortales en jornada de trabajo. El estudio que allí se hace se limita a examinar sin embargo sólo 332 muertes: esta disparidad de datos –los reales, con los examinados– se debe al método de investigación empleado, que ha consistido en recabar la información de las Comunidades Autónomas de los accidentes investigados por sus respectivos órganos técnicos y, ni todas ellas tienen el mismo control, y ni todas ellas han colaborado en el estudio estadístico de la misma forma.

²² *Diario El País*, 11 de diciembre de 2003: CC.OO. interpone la primera denuncia por un delito contra la vida y salud de los trabajadores contra una constructora por poner en peligro a su plantilla. La denuncia se basa en el siguiente argumento: “*las condiciones de grado y peligro en que se ven obligados a trabajar los operarios*” y adjunta un informe que señala que “*el riesgo de caída a distinto nivel es un riesgo que se ha venido manifestando a lo largo del tiempo sin que, a pesar de la extrema gravedad de sus consecuencias, se hayan tomado medidas de seguridad*”.

²³ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La posición del Ministerio Fiscal en la tutela de los intereses de los trabajadores”, cit., sin paginar. Entienden que la lesión absorbe la puesta en peligro: ALONSO OLEA, A., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del trabajo*, cit., p. 256.

²⁴ Las estadísticas analizadas pueden encontrarse en www.mtas.es.

En él se señalan como los colectivos con mayor índice de mortalidad los siguientes:

	Núm. Accidentes	Porcent.
Trabajadores cualificados de la construcción	103 ²⁵	31%
Peones	66 ²⁶	19.9
Conductores. Operadores maquinaria móvil	50	15%
Trabajadores cualificados de extractivas, metal y construcción maquinaria	38	11.45%
Operadores de instalaciones industriales y maquinaria fija	23	6.93%
Total		(84.3%)

El cuadro anterior refleja una cifra bastante elevada de muertos en el sector de la construcción: de los 332 fallecimientos investigados, 103 se produjeron entre trabajadores cualificados y 42 entre peones de la construcción. Esto significa que en este sector se concentró un total de 145 de los 332 casos: esto es, el 43.67%. De este dato se concluye que los dos colectivos que se están examinando –junto al de “conductores. Operadores máquinas móvil”– *“tienen una representación en el estudio mucho mayor que la que tienen en la población trabajadora. Esto indica que en dichas profesiones la siniestralidad es más elevada a la que cabría esperar según el número de trabajadores de las mismas, por lo que este elevado porcentaje de accidentes mortales puede estar relacionado con características propias de las ocupaciones”*.

²⁵ Dentro de este colectivo, el de “albañiles y mamposteros”, con 46 casos de muertes y un total del 44.66%, es el más castigado.

²⁶ Dentro de este colectivo, se distingue:

	Número accidentes	Porcent
Peones de la construcción	42	63.64%
Peones de industrias manufactureras	9	13.64%
Peones agrícolas	8	12.12%
Peones agropecuarios	2	3.03%
Peones forestales	2	3.03%
Peones ganaderos	1	1.52%
Peones de la minería	1	1.52%
Peones del transporte y descargadores	1	1.52%
Total	66	100%

En relación con los trabajadores cualificados de la construcción, se señalan como causas fundamentales de los siniestros deficiencias que se consideran características del propio sector de la construcción, tales como la falta de protecciones frente a caídas y las aberturas desprotegidas, unidas a otras generales como el método de trabajo, la formación y la información, la identificación y evaluación de los riesgos e incluso la retirada o anulación de protecciones. Frente a esta pluralidad de causas para este colectivo, sin embargo, se señala como factor determinante de las muertes producidas dentro del colectivo de peones de la construcción, el de las deficiencias formativas.

En particular, las causas más comunes de los accidentes en el ámbito de la construcción son las caídas de personas a distinto nivel y las caídas de objetos por desplome (49.3% y 12.5%, respectivamente), ambas debidas a las deficiencias de protecciones colectivas y al lugar de trabajo en el que con mayor frecuencia se producen los accidentes: andamios y huecos de escaleras²⁷.

Además de ellas, el estudio tiene en consideración la influencia de otras variables, como el tipo de contrato, distinguiendo según se trate de contratos indefinidos o temporales: llama la atención que en el ámbito de la construcción, el 90%²⁸ de los contratos son temporales; la antigüedad en el puesto de trabajo es también factor que influye pues se ha constatado que cuanto mayor sea ésta, menor es el número de siniestros²⁹; la edad de los trabajadores: el de los más jóvenes, es el colectivo más afectado por su inexperiencia y por carecer de la formación adecuada; la subcontratación en cadena³⁰: se subrayan las importan-

27

Caídas de personas a distinto nivel	48.7%
Caídas de objetos por desplome o derrumbamiento	12.34
Atropellos o golpes con vehículos	7.79
Atrapamiento por o entre objetos	5.84

²⁸ "En el sector de la construcción, donde el porcentaje de asalariados con contrato de duración determinada es de 56.4%, ha presentado en este estudio un porcentaje similar de fallecidos con contrato de duración determinada (58.4%)".

²⁹ "Se puede decir que parece existir una cierta relación entre la mortalidad y el hecho de llevar menos de un año de 'antigüedad' en el puesto de trabajo". Si bien se afirma que por sí solo el dato de la antigüedad en el puesto no es válido para analizar la "experiencia en la ocupación", pues como se ha puesto de manifiesto, se trata de un colectivo con duraciones de contrato cortas, y por tanto, han sido contratados en muchas ocasiones previamente.

³⁰ "En construcción, donde el peso de la subcontratación es muy elevado, se observa que las causas distintivas de los accidentes sufridos por trabajadores de subcontratas son razones organizativas como "deficiencias en la programación de las medidas preventivas propuestas" y "deficiencias en los procedimientos de coordinación de trabajadores de una o varias empresas", así como la "falta de cualificación o experiencia para la tarea realizada".

tes deficiencias existentes en las relaciones entre empresa principal y subcontratada, especialmente en lo que a coordinación y control se refiere; el tamaño de la empresa, estableciendo la siguiente relación: cuanto menor es el número de trabajadores, mayor es el número de los siniestrados, hasta el punto de que afirma que *“podría existir una relativa mayor importancia de la mortalidad en las empresas pequeñas”* –entendiendo por tales las de menos de 50 trabajadores en las que se produjeron el 76.2% de los accidentes examinados–; finalmente, se analiza la aplicación de medidas de prevención en las empresas en las que se produjeron las 332 muertes, destacando, en relación con las dedicadas a la construcción, que el 49.1% no había previsto ninguna modalidad de prevención de riesgos de donde se concluye *“el reducido cumplimiento de ciertas actividades preventivas fundamentales, como la evaluación de riesgos, unido a la reducida eficacia de la misma, por falta de calidad y de aplicación de sus resultados. Pudiera pensarse en la existencia de un cumplimiento meramente ‘formal’ de la evaluación de riesgos sin que sus resultados cristalicen suficientemente en la aplicación de medidas concretas”*.

De este estudio habría que concluir que la búsqueda de soluciones al problema de la siniestralidad tiene que incidir sobre estas variables: lugar de trabajo, protecciones individuales y colectivas, tipo de contrato, edad y antigüedad en el puesto, subcontratación, tamaño de la empresa y medidas de prevención.

IV.2. Encuestas de victimización sobre la puesta en peligro de la vida y la salud del colectivo de trabajadores

La encuesta consta de un total de 43 preguntas de las que 40 tienen una única respuesta y 3 son de respuesta múltiple. Con carácter previo, se elaboró el correspondiente protocolo de actuación al que se ajustaron las personas que han diseñado las encuestas y las que posteriormente entrevistaron a los trabajadores.

Su contenido se ha distribuido en 8 bloques relativos a:

- datos personales (edad, sexo, nacionalidad, estudios, antigüedad).
- sector de trabajo.
- cargo en la obra.
- situación laboral (tipo de contrato, subcontrata, empresas de trabajo temporal, número de trabajadores en la empresa).
- seguros médicos y de accidentes
- características del lugar de trabajo.
- medidas de seguridad (cursos de orientación, espacio de trabajo, iluminación, ruidos, prohibiciones de beber y fumar, posturas dañosas, instrucciones en casos de emergencias, supervisores de medidas de seguridad, verificación del material, protecciones individuales, protecciones colectivas, tablón de teléfono de urgencias).
- casos particulares: incidentes o accidentes, libro de incidentes.

La encuesta se cerraba con una pregunta abierta de respuesta múltiple en la que se le pedía a los encuestados su opinión sobre la forma de atajar los accidentes laborales.

Las encuestas se realizaron entre el 9 de septiembre y el 15 de octubre de 2004.

IV.2.1. Universo

Conjunto de trabajadores de la construcción de la provincia de Cádiz.

IV.2.2. Tamaño de la muestra

Para realizar un análisis estadístico sobre la siniestralidad en la provincia de Cádiz era necesario obtener el número exacto de personas que trabajan en el sector de la construcción. Éste es un dato, sin embargo, difícil de encontrar. Se podía haber acudido a los archivos de todas las empresas que se dedican en Cádiz a la construcción y preguntarles el número de trabajadores que tienen en plantilla. No obstante, podía llegar a duplicarse el dato, al contabilizar dos veces a los mismos trabajadores pues, como es sabido, se recurre constantemente a la subcontrata; pero además, el hecho de que en algunos supuestos desempeñen su trabajo en jornada parcial, podía provocar el mismo efecto de duplicar el número de trabajadores que aparecerían de esta forma computados dos veces. Por lo mismo, y como se verá, es común en este ámbito el recurso a los contratos por obra y servicio, con lo cual muchos trabajadores pasan a ocupar las listas del paro y en corto periodo de tiempo vuelven a ser contratados: se trata de un sector de actividad en el que el tránsito del empleo activo a la situación de desempleo es frecuente y común.

En segundo lugar, podíamos recurrir a las Oficinas de empleo y preguntar el número de trabajadores de la construcción, si bien esta vía también tenía el inconveniente de confundir trabajadores en activo y trabajadores en situación de desempleo. Pero además, se corría el riesgo de computar dentro de la cifra a personas clasificadas por las propias Oficinas dentro de la categoría de "peones de la construcción", por carecer de formación profesional alguna conocida, en los supuestos de búsqueda del primer empleo.

La otra posibilidad con la que se contaba consistía en acudir directamente a pie de todas las obras de la construcción que se estuvieran realizando en la provincia de forma simultánea, para obtener así una foto fija del número de trabajadores de la construcción en activo en ese momento, labor que en sí misma requería de unos medios personales y económicos de los que no disponíamos.

Por todas estas limitaciones, dirigimos nuestra investigación hacia los trabajadores sindicados a los sindicatos mayoritarios en nuestra provincia: UGT y CC.OO. Sin embargo, el primero, receloso con la intimidad de sus afiliados, no facilitó el

acceso a los mismos, a pesar de que se les señaló que no se iba a hacer público dato personal alguno. Finalmente, el estudio se ha limitado a los trabajadores afiliados al Sindicato de CC.OO. que se mostró abiertamente partidario a colaborar en nuestro estudio.

En el año 2004 no está todavía cerrado el número de trabajadores afiliados al Sector de la Construcción, Maderas y Afines (FECOMA), si bien se encuentra en torno a los 1.800 (en 2003, había 1.717; y en 2002, 1.750)³¹ en la provincia de Cádiz.

La muestra finalmente ha sido la siguiente: 100 trabajadores de la construcción afiliados al sindicato de CC.OO., lo que representa el 5.5% de los afiliados.

La técnica utilizada para la realización de las encuestas justifica el hecho de que el 48% de los encuestados afirme ser escayolista: en relación con este dato hay que partir de que no es que el 48% de los trabajadores de la construcción en la provincia de Cádiz sean “escayolistas”, sino que las encuestas se realizaron, como se ha advertido, en las sedes del Sindicato de CC.OO., y es probable que los días en los que se llevaron a cabo, fueran éstos mayoritarios. Por los sectores de trabajo, con independencia de lo que posteriormente se dirá en relación con los lugares de trabajo, se trata de personas que *per se* realizan actividades en posiciones arriesgadas. Puede decirse pues que es innata la cantidad de riesgo a la propia realización de la actividad. El 99% afirma ser oficial de primera: este cargo es equivalente a “trabajadores cualificados de la construcción”, y, como se ha visto, uno de los más afectados por la siniestralidad laboral.

El primer dato que llama la atención es la reticencia por parte de los trabajadores a participar, pues muchos de ellos se negaron a llenar el cuestionario. Sobre todo si se tiene en cuenta que las encuestas no se hicieron a pie de obra, precisamente para que no se sintieran presionados al contestar a las preguntas, sino en las sedes del Sindicato. Hubo que realizar distintas visitas para poder obtener trabajadores dispuestos a participar en el estudio: quizás con ello se está poniendo de manifiesto que la precariedad en el ámbito laboral es tal y el miedo a perder el puesto de trabajo tan real, que los trabajadores prefieren guardar silencio antes que denunciar –incluso de forma anónima– la situación en que se encuentran y ello a pesar de hacerles saber que en la publicación de los resultados de la encuesta se iba a respetar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal y que, por tanto, se imposibilitaba su identificación.

Todos estos problemas surgidos a la hora de obtener el universo real al que se dirigía la investigación han restado valor estadístico a la muestra: por ello, el trabajo realizado no puede ser calificado más que como un sondeo. Ello no impide en absoluto realizar el análisis criminológico, esto es, valorativo, sobre el problema de la salud laboral y –por ende– de la siniestralidad laboral en la provincia de Cádiz, teniendo en consideración que si bien estadísticamente no representan al total del

³¹ Fuente: Sindicato de CC.OO., Delegación de Cádiz.

universo, criminológicamente sí lo representan pues los 100 trabajadores encuestados tienen “todos” ellos “todos” los requisitos del universo, lo que nos permite hacer aproximaciones valorativas al problema analizado y, además, nos permite generalizarlas³².

IV.2.3. Descripción de la muestra

IV.2.3.1. Datos personales (características sociodemográficas de las personas entrevistadas)

a) Sexo y nacionalidad

De las 100 encuestas realizadas, el primer dato que se desprende es que todos los encuestados son hombres de nacionalidad española. Sin embargo, *a contrario sensu*, no puede afirmarse que en el sector de la construcción de Cádiz ni existan mujeres, ni existan inmigrantes (ni con permiso de trabajo, ni sin tal clase de permiso).

En efecto, según los datos que diariamente proporcionan los medios de comunicación, el sector de la construcción (junto al de servicios y empleados del hogar) es el que mayor número de trabajadores inmigrantes –con y sin permiso de trabajo– recibe³³, aumentando su número en tanto en cuanto aumenten las sucesivas subcontrataciones en cadena³⁴; y su presencia en este ámbito se refleja a través de las cifras sobre trabajadores siniestrados: en el “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*” (datos referidos a 2002), el 8.4% de los trabajadores muertos eran inmigrantes (sin que se especifique si tenían o no permiso de trabajo). Ciertamente, es difícil obtener números reales sobre la representación del colectivo de trabajadores inmigrantes sin permiso de trabajo, ni en la construcción, ni en ningún otro ámbito, pues se trata de personas que viven y trabajan en España en el mundo de la clandestinidad³⁵. Por ello, su situación es particularmente precaria, y necesitan permanecer endémicamente ocultos: forman parte de un colectivo de trabajadores invisibles.

³² RUIZ OLABUENGA-ARISTEGUI-MELGOSA, *Cómo elaborar un proyecto de investigación social*, cit., pp. 72 y ss.

³³ *Diario El País*, Sección Andalucía, 10 de marzo de 2005.

³⁴ www.granadadigital.com, de 21 de noviembre de 2005.

³⁵ El dato aproximado sobre el número de trabajadores inmigrantes sin permiso de trabajo en el sector de la construcción en la provincia de Cádiz se podrá extraer del número de solicitudes de regularización de inmigrantes sin permiso de trabajo que se hará público por las instancias oficiales en breve. Hasta el día 10 de marzo pasado, se habían presentado en Cádiz 357 solicitudes de regularización, de las cuales, 83 (66%) fueron admitidas y 43 (34%) denegadas. Por Sectores, 35 son para empleados del hogar (43%), 18 (22%) para dependientes, almacenistas y personal de mantenimiento de comercio, empresas y servicios, 16 (19%) para trabajos en hostelería; 10 (12%) para la construcción –albañiles, pintura y fontanería–, 2 (2%) para agricultura y otros 2 para trabajar en aserradero y carpintería. Según las nacionalidades de las personas que han solicitado la regularización, 127 son marroquíes, 66 colombianos y 51 ecuatorianos. Fuente: *La Voz de Cádiz*, 10 de marzo de 2003.

Todo ello pone de manifiesto la situación especialmente vulnerable de este colectivo: en qué medida van a exigir que se cumplan las condiciones de seguridad e higiene en el trabajo si ni siquiera tienen contrato de trabajo; cómo van a reivindicar por ejemplo, que se les someta a análisis clínicos, o que se les proporcionen medios de protección individual idóneos para las tareas que realizan, si a todos los efectos no computan como trabajadores de la obra. Es como si no existieran.

En relación con la falta de mujeres en el ámbito de la construcción, puede decirse que éste sí parece ser un dato que representa al universo, pues no es éste un sector en el que su presencia sea precisamente abrumadora: según la “*V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*” (datos referidos a 2003), sólo el 1% de trabajadores de la construcción es de sexo femenino, frente al 99% de varones³⁶. De esta forma, quedan fuera del marco de estudio los especiales problemas de siniestralidad laboral que se presentan en relación con este colectivo en los sectores en los que se encuentran completamente integradas.

b) Edad y antigüedad

El grupo de edad al que pertenece el mayor número de trabajadores encuestado es el de entre 26 y 35 años (34%), desde donde podía deducirse que se trata de un colectivo joven, si bien esta conclusión no es representativa de la propia muestra –ni, por tanto, del universo– porque si se suma el número de trabajadores de edades comprendidas entre 36 y 45 años y el de 46 a 55 años, la cifra es el 55% (más 4 personas que tienen entre 56 a 59 años). Esto es, se trata de un sector de actividad que se caracteriza porque las personas a él dedicado en un 59% tienen más de 36 años.

La edad es una variable que también influye en las cifras sobre siniestralidad laboral, en la medida en que en la producción de los accidentes es muy importante el estado físico del trabajador no ya sólo en relación con la puesta en peligro de la vida o la salud del colectivo de trabajadores, sino también para analizar los casos en los que se producen resultados lesivos contra la salud o la vida de ese concreto trabajador y la concreta evolución del trabajador accidentado³⁷ que –sin duda– está condicionada por la misma. No puede olvidarse que la LPRL en su art. 15.d señala como un principio de la acción preventiva “*adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción*”, lo que supone que el empresario tendrá que destinar a los trabajadores a la realización de faenas que sean acordes con sus posibilidades físicas y psíquicas.

³⁶ Puede verse en www.mtas.es/insht/statistics/enct_5.htm.

³⁷ ZIMMERMAN VERDEJO-DE LA ORDEN RIVERA-MAQUEDA BLASCO, *Mortalidad y años potenciales de vida perdidos por accidente de trabajo en España*, cit., p. 7.

Ahora bien, como se destacaba anteriormente con relación al “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*” (datos referidos a 2002), los trabajadores muertos suelen ser jóvenes. Y probablemente, aunque no se puede deducir del análisis, los más jóvenes de cada obra. En el “*Análisis*” mencionado, se recurre a la falta de experiencia de los trabajadores siniestrados para justificar la cifra. Sin embargo, y al margen de ello, también es posible entender que la situación de paro existente en España dentro del colectivo de los trabajadores-jóvenes, la precariedad laboral, el miedo a la pérdida del puesto de trabajo, la todavía escasa relación que tienen estos trabajadores con los sindicatos, etc., todo ello determina que se “esfuercen”, que se “arriesguen”; en definitiva, se trata de un colectivo de trabajadores aún más vulnerable que la media por la necesidad que tiene de demostrar su valía en el trabajo cada día si quieren ver prorrogados sus respectivos contratos. Esta situación se prolonga hasta el momento en el que por el transcurso del tiempo, adquieren seguridad en sí mismos.

Con relación a la antigüedad, el 44% de los encuestados dicen llevar entre 16 y 25 años dedicados a la construcción. Téngase en consideración que según los grupos de edades de estas personas, el de 36 a 60 años, representaba el 59%. Este dato ha de ser interpretado en el sentido de que se trata de un colectivo con una gran experiencia en el ámbito de la construcción, lo que también favorece la prevención de riesgos.

Sí resulta llamativo que no haya ninguno de ellos que afirme llevar menos de 5 años en el sector de la construcción, esto es, incluso el 7% de trabajadores de edades comprendidas entre 23 y 25 años, lleva más de 5 años, lo que significa que no conoce otro sector de actividad que no sea el de la construcción: la experiencia sin duda les convierte en expertos trabajadores, si bien ello no impide que estén sometidos a situaciones de riesgo. Este dato de la antigüedad pone de manifiesto que la construcción es lo único que conocen y que por tanto el temor al despido, con las edades que tienen, es muy elevado.

Por ello, y si lo anterior se relaciona con los datos sobre trabajadores muertos del “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*” (datos referidos a 2002) a mayor antigüedad en el sector de la construcción, menor será el número de muertes, con independencia de la juventud del trabajador.

Y en la medida en que en el estudio de campo realizado, los encuestados tienen más de 25 años, quizás ello haya determinado el número final de trabajadores que afirma haber sido víctimas de un accidente o incidente, como se examinará posteriormente.

c) Estudios

El 76% tiene estudios primarios, frente sólo al 7% que afirma tener formación profesional. A pesar del elevado porcentaje que carece de esta clase de formación,

se trata sin embargo de trabajadores perfectamente preparados: en estos casos, el lugar de trabajo se convierte en escuela de formación y es allí donde con el paso de los años se convierten en profesionales de la construcción.

Si se cruza esta variable con la de la edad de los trabajadores se pone de manifiesto que el 5% que afirma tener formación profesional pertenece al grupo de entre 23 y 25 años. Como es sabido, en España desde hace unos años se está fomentando la formación profesional como una opción válida frente a los estudios universitarios. Y este dato puede ser la base de la siguiente conclusión: la juventud de los trabajadores como factor de riesgo causante de accidentes así como la escasa antigüedad en el puesto se contrarresta con la formación profesional de los mismos.

IV.2.3.2. Situación laboral

a) Tipo de contrato

Por las características personales de los trabajadores encuestados, no hay ninguno de ellos que se encuentre en situación de contrato formativo en prácticas, pues carecen de la cualificación profesional exigida (estudios universitarios o formación profesional “superior”: art. 11.1 ET). Tampoco tienen contratos de aprendizaje porque son mayores de 25 años y, como es sabido, el número 2 del art. 11 ET restringe esta clase de contratos a personas que tengan entre 16 y 21 años.

Se trata en el 98% de trabajadores con contrato de trabajo de una duración determinada por obra o servicio (art. 15 ET)³⁸, en un 99% a través de subcontratas sin que ninguno de ellos haya alcanzado su trabajo mediante Empresas de trabajo temporal. Se confirma pues uno de los datos de los que se partía en este estudio: la omnipresencia de las subcontratas en el sector de la construcción.

La “*V Encuesta Nacional de Condiciones de trabajo*” (datos referidos a 2003)³⁹ puso de manifiesto que el riesgo de accidente es mayor en los trabajadores con contrato temporal que entre los trabajadores con contrato indefinido y en particular destaca dentro de los temporales los contratos por obra y servicio como aquellos que soportan prácticamente todos los riesgos de accidentes estudiados. Se está pues ante un colectivo –el de los trabajadores de la construcción de Cádiz– especialmente vulnerable.

³⁸ Que según el RD 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 15 ET en materia de contratos de duración determinada, el contrato para obra o servicio podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial (art. 5) y será siempre por escrito. Y se extinguirá por la realización de la obra o servicio.

³⁹ Puede encontrarse en www.mtas.es/insht/statistics/5enct_obj.htm. Los datos de esta encuesta se refieren al año 2003.

Y en el “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*” (datos referidos a 2002) se concluye que el 54% de los trabajadores muertos pertenecían a una subcontrata en el ámbito de la construcción; las causas de los accidentes en estos ámbitos son “factores individuales” como la no utilización de los equipos de protección individual puestos a disposición por la empresa y de uso obligatorio; la falta de cualificación o experiencia para la tarea realizada y otros factores individuales. Además se destacan en este sentido “*causas ligadas a la gestión de la prevención como deficiencias en la programación de las medidas preventivas propuestas así como en los procedimientos de coordinación de trabajadores de una o varias empresas*”; termina afirmando que también existen deficiencias importantes en las relaciones entre empresa principal y subcontratada, especialmente en lo que a coordinación y control se refiere. Todo ello desemboca en un incremento del riesgo de padecer accidente en el ámbito profesional.

Si se pregunta por qué se recurre en tan alto porcentaje a la subcontratación, puede que se termine afirmando, como hace el Sindicato UGT, que las empresas contratistas, para desarrollar gran parte de los trabajos con alto riesgo, prefieren transferir operativamente las empresas titulares⁴⁰. Como es sabido, el régimen de subcontratación está regulado en el art. 24 LPRL, y a pesar de que el número 3 de este art. expresamente establezca que “*las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales*”, se constata que el fenómeno de la subcontratación repercute negativamente en materia de prevención. En efecto, piénsese en una obra de construcción en la que trabajen distintas personas que pertenezcan a su vez a distintas subcontratas: el desconocimiento sobre el trabajo del otro, la imposibilidad de coordinar el trabajo y de controlar en cada momento el número de trabajadores presentes en la obra, hace que el propio trabajador actúe inseguro pues no sabe cuál va a ser la respuesta del otro en una situación de peligro. El número 6 del mismo art. establece, tras la reforma operada por la Ley 54/2003, que “*las obligaciones previstas en este artículo serán desarrolladas reglamentariamente*”, desarrollo que todavía no se ha producido.

b) Número de trabajadores en la obra

El 63% trabaja en obras de construcción de más de 50 trabajadores, mientras que el 34% restante lo hace en obras de menores dimensiones⁴¹. Como es sabido, la existencia de organismos dentro de la empresa en los que se vele por los

⁴⁰ Ver: *Noticias profesionales*, en www.belt.es/noticias/2004/enero/16/riesgos.htm.

⁴¹ El 3% no sabe o no contesta.

derechos de los trabajadores en general y, en particular, en materia de prevención de riesgos laborales, está relacionada con el tamaño de la empresa. De esta forma, cuanto más pequeña sea ésta, menos posibilidades tienen los trabajadores de hacerse oír y de controlar el cumplimiento del deber del empresario de velar por la seguridad de aquéllos.

Por ello, puede apuntarse que quizás sea éste último uno de los motivos por los que se producen las subcontrataciones del trabajo: al fragmentarse la realización del trabajo en distintas subcontratas, los trabajadores se dividen en tantas empresas pequeñas como subcontratas haya y es en relación a cada una de ellas, según el número de trabajadores con que cuente, respecto a las que se establecerán los mecanismos de representación sindical, lo que provoca como consecuencia que los trabajadores estén menos protegidos con independencia del número de los que finalmente trabajen juntos bajo “el mismo techo”. A esta conclusión conducen también los análisis nacionales. En efecto, según el *“Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España”* (datos referidos a 2002) el tamaño de la empresa es un factor determinante del índice de siniestralidad: *“cuanto menor es el número de trabajadores, mayor es el número de trabajadores siniestrados”*, hasta el punto de que se concluye que *“podría existir una relativa mayor importancia de la mortalidad en las empresas pequeñas en las que se produjeron el 76.2% de los accidentes examinados”*. Posteriormente se examinará el dato relativo a los órganos dentro de la empresa que se encargan de llevar a cabo funciones de prevención y a la valoración que de los mismos hacen los encuestados.

IV.2.3.3. Seguros médicos, de accidentes y vigilancia de la salud

Este apartado en una encuesta sobre victimización en el ámbito laboral no podía faltar: con ello se pretende saber qué cobertura médica tiene el trabajador y a partir de ella deducir la situación en la que se encuentra la protección del colectivo que todos ellos conforman. Así, como es sabido, el art. 15.5 LPRL prevé el concierto de operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, y hace responsable de los mismos a la empresa respecto de sus trabajadores, a los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y a las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de trabajo personal. Pues bien, el 97% de los encuestados responde tener un seguro médico pagado por la empresa, siendo así que al 38% sólo le cubre durante el tiempo en el que permanecen en la obra. Ha de resaltarse que el 17% no sabe o no contesta qué eventualidades le cubre su seguro, por lo que están poniendo de manifiesto que la mayoría de las veces, no lo han utilizado si quiera.

Respecto al cuadro relativo al seguro de asistencia sanitaria, es de destacar que hay 2 trabajadores que afirman no tener ningún tipo de seguro médico (ni público, ni privado), con lo que se trata de 2 trabajadores que no han sido dados de alta en la seguridad social en los años que llevan trabajando.

El art. 22 LPRL obliga al empresario a garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Pues bien: el 98% responde que se le somete a controles de salud periódicos. Esta es también la actividad preventiva más utilizada para la vigilancia de la salud en el ámbito nacional en el sector de la construcción, según la “*V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*” (datos referidos a 2003). No obstante, si se cruzan los datos de la encuesta de victimización relativos al seguimiento de la salud laboral y a las posiciones que tienen que adoptar los trabajadores durante la jornada de trabajo, se pone de manifiesto que si bien se lleva a cabo en tan elevado porcentaje el seguimiento de la salud de los trabajadores, sin embargo, se hace de forma desenfocada, pues parece que se trata de controles de salud general, más que de análisis específicos sobre salud laboral.

En efecto, el colectivo de trabajadores de la construcción adopta posturas que pueden resultar perjudiciales para su salud; en particular, el 87% responde adoptar posturas dañinas para su cuello o espalda, pues se trata de actividades que requieren un gran esfuerzo físico (por ejemplo, trabajar en cuclillas, o de rodillas, o con estiramiento constante de las extremidades superiores). Este es otro dato inherente a la propia profesión de la construcción (como contestó expresamente un escayolista: “*son causas del trabajo, eso no se puede evitar ya que no hay escayolista que no padezca de la espalda*”). Por ello, son tan importante en este caso las medidas de control y sobre ellas se les ha preguntado a los encuestados, siendo así que el 94% afirma que no existe ningún tipo de control médico sobre esta concreta cuestión en su centro de trabajo: las posibilidades de sufrir enfermedades profesionales son pues elevadas. De aquí se deduce que los controles médicos que les realiza no son los idóneos en función de los riesgos inherentes al trabajo por lo que, a pesar de que el 98% afirme que se les realizan análisis médicos, se incumple por parte del empresario la obligación establecida en el art. 22 LPRL.

Por otro lado, el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen Disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, señala en su Anexo IV que “*los trabajadores no deberán estar expuestos a niveles sonoros nocivos ni a factores externos nocivos*”. El 78% responde que su lugar de trabajo es ruidoso, frente al 22% que afirma que no lo es. El ruido es un factor que distorsiona el trabajo realizado porque produce pérdida de la concentración. Hay que tener en consideración que, como se analizará a continuación, se trata de trabajadores que han respondido en un 51% que realiza su trabajo sobre andamios y en un 28% en huecos de escaleras: la combinación del riesgo derivado del concreto lugar del trabajo y de los ruidos, puede producir resultados fatales.

Pues bien, el 96% de los trabajadores responde afirmativamente a la pregunta sobre si los informes médicos que se les realizan incluyen audiometrías. Téngase en consideración que la pérdida de audición puede ser causa de accidentes graves y, además, que el equilibrio depende del oído y, en relación con trabajadores que realizan su trabajo en la altura, éste –el equilibrio– es un dato

determinante. Así, según datos de la “V Encuesta Nacional sobre Condiciones de Trabajo” (datos referidos a 2003), los trabajadores sometidos a altos niveles de ruido afirman que éste es la causa de los accidentes que padecen.

IV.2.3.4. Características del lugar y de la obra

La pregunta que en relación con el lugar de trabajo se le hizo a los encuestados no podía ser formulada de forma más clara: “¿exige tu trabajo la estancia en lugares potencialmente peligrosos?” Y a ella respondió el 92% que sí, destacando entre dichos lugares fundamentalmente andamios (55.4%) y huecos de escaleras (30.4%).

El concreto lugar en el que se realiza el trabajo es sin duda alguna una variable determinante de los riesgos de sufrir un accidente. En efecto, se trata de trabajadores que realizan su trabajo en la altura, siendo éste considerado trabajo que implica “riesgos especiales para la seguridad y la salud de los trabajadores”, según el Anexo II del RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen Disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

La realización del trabajo en un lugar –que además– es reducido puede ir acompañada de limitaciones en los movimientos físicos y le exige al trabajador un mayor nivel de concentración, no ya sólo sobre la tarea que realiza, sino sobre el propio riesgo de perder el equilibrio.

Como se decía anteriormente, a mayor peligrosidad de la conducta realizada por el trabajador, mayor es también la posibilidad de que se actualice el riesgo prevenido. Por lo tanto, la violación de la obligación de proporcionar a los trabajadores medidas (individuales o colectivas) que efectivamente les protejan en caso de siniestro, supone la creación de una gravísima situación de riesgo, tanto por la gravedad del siniestro en el caso de que éste se produzca, como por la peligrosidad de la acción que realizan.

También el espacio de trabajo es otra de las variables de indudable influencia en los riesgos laborales. En este caso, se hace referencia al lugar en el que se encuentran trabajando, esto es, a la obra, no ya al concreto lugar, como pueden ser los andamios en los que se encuentra realizando sus concretas labores, y de las características del mismo también depende en sentido muy preciso la prevención de los riesgos laborales. Así, hay que distinguir entre “espacio de trabajo”⁴² y “lugar de trabajo”.

En este sentido, los encuestados han respondido en un 98% que disponen de suficiente espacio en la obra.

⁴² El RD 1627/1997 establece en su Anexo IV que “las dimensiones del puesto de trabajo deberán calcularse de tal manera que los trabajadores dispongan de la suficiente libertad de movimientos para sus actividades, teniendo en cuenta la presencia de todo el equipo y material necesario”.

El RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen Disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, establece en su Anexo IV disposiciones “mínimas” de seguridad y de salud que deberán aplicarse en las obras: es necesario resaltar que se trata de disposiciones de carácter mínimo, lo que las convierte en imprescindible –en esos mínimos– para velar por la seguridad de los trabajadores. En este sentido se establece que *“el acceso a cualquier superficie que conste de materiales que no ofrezcan una resistencia suficiente sólo se autorizará en caso de que se proporcionen equipos o medios apropiados para que el trabajo se realice de manera segura”*. Posteriormente se analizará si, en efecto, se han proporcionado en los casos examinados los “equipos o medios” referidos.

IV.2.3.5. Medidas de seguridad

El apartado relativo a las “medidas de seguridad” adoptadas ha sido el más amplio y variado, pues de otra forma, difícilmente podrá aclararse las condiciones de seguridad y salud en este concreto ámbito laboral. A mayor número de medidas de seguridad adoptadas, menor será el riesgo de accidente.

a) Cursos sobre prevención

La primera de las preguntas realizadas se refería a los cursos de orientación recibidos sobre prevención de accidentes laborales. Como es sabido, el art. 19.3 ET impone al empresario la obligación de facilitar formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores y la obligación que tienen éstos de seguir dichas enseñanzas y de realizar las prácticas cuando se celebren dentro de la jornada de trabajo o en otras horas, pero con el descuento del tiempo invertido en las mismas. Obligación que, en cumplimiento del deber de protección del empresario, reproduce el art. 19 LPRL: *“el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva...”*. El párrafo 2º del mismo artículo aclara que la formación tiene que ser además de la adecuada, la específica para el puesto de trabajo o función de cada trabajador.

La pregunta en particular que se les hizo a los trabajadores ha sido la siguiente: *“¿has recibido antes de comenzar algún curso de orientación sobre prevención de accidentes laborales?”*, pues en efecto, los preceptos mencionados imponen dicho deber al empresario en el momento de la contratación o cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe el trabajador o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en el equipo de trabajo. El 4% de los encuestados respondió haber recibido dichos cursos pero tarde, después de empezar a trabajar, por lo que también en este caso se está incumpliendo la obligación y, por ende, se está poniendo en situación de riesgo a los trabajadores.

El 40% no sólo declara haber recibido cursos de orientación, sino que está satisfecho con lo que les han enseñado. Ahora bien, el 14% afirma que recibieron una especie de “curso estándar” sobre prevención de riesgos laborales, al reconocer que aunque han recibido el curso, no le enseñaron lo que necesitaba saber. En estos supuestos, es claro el incumplimiento del deber del empresario contemplado en los artículos 19 ET y 19 LPRL: no se satisface el mismo ofreciendo cualquier clase de formación, sino la idónea para el trabajo que va a desempeñar o que desempeña el concreto trabajador.

También incumple el empresario su deber cuando en vez de ofrecer el curso de formación teórico práctico, pone en manos del trabajador “un manual”, como ha ocurrido en el 2% de los casos examinados.

Pero la cifra que más llama la atención es la del 39% de los trabajadores que afirman que no han recibido curso de orientación alguno.

Pueden comprobarse pues la violación de esta obligación básica del empresario: en un 59% de los casos no se había recibido un curso de orientación sobre prevención de accidentes laborales adecuado y específico para el puesto de trabajo o función de cada trabajador.

Ha de resaltarse que los trabajadores tienen la obligación de asistir a dichos cursos: sólo uno de los encuestados respondió que si bien la empresa le ofreció la posibilidad de realizarlo, no lo cursó “*porque después no te dan lo necesario*”. En este caso, se observa como la obligación es recíproca y que también puede influir en la generación del riesgo el comportamiento de los trabajadores. Ahora bien, la pregunta que en este momento ha de realizarse es si éste está obligado a seguir “cualquier” curso de orientación, incluso si se trata de uno que –por no ser específico– no sirva para nada: parece que en este caso no habría responsabilidad por su parte, aunque sí por parte del empresario, pues, como se ha dicho, no se trata de cumplir un mero trámite, ofreciendo cualquier clase de curso, sino de prevenir los riesgos laborales a través de la formación idónea de cada uno de los trabajadores.

Por otro lado, dada la peligrosidad estructural que presenta el sector de la construcción, los planes de emergencia previstos son esenciales para poder evitar males mayores: pues bien, el 76% de los encuestados afirma que no tiene instrucciones precisas sobre cómo actuar en caso de escape, derrame o incendio, frente al 23% que afirma sí tenerlas⁴³. Este dato no cuadra con el 40% de los mismos trabajadores que afirmó no sólo haber recibido antes de comenzar a trabajar algún curso de orientación sobre prevención de riesgos laborales, sino que se manifestaban “*totalmente satisfechos con lo enseñado*”. Se trata de una situación en la que se ha actualizado ya el riesgo prevenido, por lo que las normas que se dirigen a su regulación tienen un carácter básico y su cumplimiento deviene condición

⁴³ El 1% no sabe o no contesta.

esencial para evitar esos accidentes en lugares de trabajo tan sensibles. Así, el Anexo IV del RD 1627/1997 establece pautas “mínimas” sobre vías y salidas de emergencia, regulando su ubicación, las posibilidades de favorecer la evacuación de todos los trabajadores rápidamente y en condiciones de máxima seguridad, etc.

Pues bien, además de haber afirmado el 76% que no tiene instrucciones precisas sobre cómo actuar en caso de escape, derrame o incendio, sólo el 13% conoce el plan para situaciones de emergencia. El resto de trabajadores afirma en un 54% que no existe; y en un 32% que sólo tiene formación teórica (y el 1% no sabe o no contesta). Ello significa que el 87% no conoce el plan de actuación previsto en caso de emergencia; de nuevo vuelve a surgir la misma duda: cómo es posible que el 40% de los mismos afirmara no sólo haber recibido formación, sino estar completamente satisfecho con el curso recibido en materia de prevención de riesgos laborales en su lugar de trabajo, si el 87% desconoce el plan de actuación previsto en caso de emergencia.

Parece pues que el curso recibido, era de nuevo un “curso estándar”, no adaptado a las características del concreto lugar y, de esta forma, se incumple por parte del empresario la obligación que le impone el art. 19.3 LPRL y se incrementa el peligro, pues ante el caso de emergencia no se sabrá como actuar o se actuará de forma equivocada, con la elevada probabilidad de que a consecuencia de ello se incremente la gravedad de los resultados producidos por retrasarse a la vez la intervención médica en los casos en los que sea necesaria.

A pesar de que sólo el 23% tenga instrucciones precisas en caso de escape, derrame o incendio y de que exclusivamente en el 13% exista plan de emergencia, se les preguntó a los encuestados si tenían formación adecuada para afrontar una emergencia: sólo el 12% afirmó tenerla. Luego si se generalizara, el 88% de los trabajadores de la construcción de Cádiz se encontrarían en una grave situación en caso de escape, derrame o incendio.

La última pregunta que se le ha formulado a los encuestados dentro del apartado relativo a las medidas de seguridad se refiere a si existe tablón de teléfonos cerca de su puesto en el que estén anotados números de teléfonos para los supuestos de emergencias, pues como establece el punto 14.d del Anexo IV sobre Disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deberán aplicarse en las obras del RD 1627/1997 “una señalización claramente visible deberá indicar la dirección y el número de teléfono del servicio local de urgencia”. Pues bien, sólo el 12% responde que existe tablón de teléfono cerca de su puesto en el que estén anotados los números de urgencia, mientras que el 68% afirma que no existe dicho número y el 20% no sabe o no contesta.

Se vuelve a insistir que –en este caso– no sólo se trata de medidas que tienden a prevenir los riesgos en el ámbito laboral sino de medidas que, una vez actualizado el riesgo prevenido, tienden a evitar su mayor o menor efecto.

b) Supervisión de la seguridad laboral en el centro

Los servicios de prevención de riesgos vienen regulados en los artículos 30 y siguientes de la LPRL. En ellos se establece que en cumplimiento de la obligación de prevención de riesgos profesionales, el empresario debe designar bien a uno o a varios trabajadores para que se ocupen de dicha función, constituir un servicio de prevención o concertar dicho servicio con una entidad especializada ajena, estableciendo el art. 31 los criterios a tener en consideración por parte del empresario para optar por una u otra opción: el tamaño de la empresa, los riesgos a los que están expuestos los trabajadores o la peligrosidad de las actividades desarrolladas. En las empresas que cuenten en sus plantillas con menos de seis trabajadores, podrá ser el empresario el que asuma personalmente las funciones de prevención, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria para ello.

Nótese que el ámbito de la construcción en un sector *per se* peligroso y, por ende, peligrosas son también las actividades propias de la profesión: no se trata pues de generar el peligro exigido por el art. 31, sino que éste ya existe; por lo tanto, la única variable que puede determinar la constitución o no de servicios de prevención –internos o externos– es el del número de trabajadores, pues las otras dos se dan en todo caso: son fijas.

En el supuesto de que los servicios de prevención sean llevados a cabo por el propio empresario, por los trabajadores designados o por el servicio de prevención interno, el empresario deberá someter la empresa a auditoría o evaluación externa.

El art. 32 bis LPRL, tras la reforma operada por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, establece las pautas en virtud de las cuales se requiere la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos, cualquiera que sea la modalidad de organización de dichos recursos, introduciendo completamente en la empresa la cultura de la prevención. Y entre ellos establece en su letra b): “*cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales*”; el Anexo II del RD 1627/1997 contiene una relación no exhaustiva de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y la salud, dentro de los cuales se destacan los trabajos con riesgos especialmente grave de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particularidades de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo, etc.; entre ellos, se encuentran algunos de los que habitualmente realiza el colectivo de trabajadores de la construcción.

Junto a ellos, los trabajadores designarán según el tamaño de la empresa a los delegados de prevención que serán sus representantes en estas materias. En las empresas que tengan hasta 30 trabajadores, el delegado de prevención será el delegado de personal. Si se trata de empresas de entre 31 y 49 trabajadores, habrá sólo un delegado de prevención que será elegido entre los delegados de personal.

El art. 38 LPRL regula, finalmente, el Comité de seguridad, en aquellas empresas o centros de trabajo que tengan más de 50 trabajadores, Comité que estará formado por los delegados de prevención, de una parte, y por el empresario y/o sus representantes en número igual al número de los delegados de prevención, de la otra.

Todo este entramado preventivo tiene un papel decisivo. Su función no es otra que la de hacer un seguimiento de los riesgos que se puedan originar en la empresa y de velar por el cumplimiento de la normativa en materia de prevención. Nótese que a menor número de trabajadores, menores serán también las obligaciones que tiene el empresario y mayor o menor el número de órganos de prevención.

A los encuestados se les ha preguntado si existe en su centro de trabajo alguien que se encargue de supervisar la seguridad laboral. Para comprender sus respuestas es necesario volver a recordar que el tamaño de empresa más numeroso en la muestra es la de entre 50 y 100 trabajadores (51%), seguido del 34% de obras con menos de 50 trabajadores: pues bien, el 63% afirma que no existen supervisores en materia de prevención de riesgos; ello a pesar de las características de las empresas en las que trabajan. De los casos en los que se afirma que existe un responsable encargado de la supervisión, el 97% afirma que su número es insuficiente, atendiendo a los criterios de la LPRL (tamaño de la empresa, riesgos a que están expuestos y la peligrosidad de las actividades desarrolladas).

En el 92% de los casos no hay delegado de prevención. Se señala que sí existe un coordinador de seguridad y salud en el 22%, mientras que el 78% restante niega que exista tal figura, y ello con independencia de que la LPRL –por el número de trabajadores– así lo exija.

El 22% afirma que sí existe encargado de supervisar la seguridad laboral del centro y que ese puesto es desempeñado por supervisores que no son coordinadores de seguridad y salud (sino el jefe: en un supuesto; otros trabajadores un 56%; y un perito en el 1%). Es decir, que el empresario recurre a la figura de otros trabajadores sin llegar a formar servicio de prevención, a pesar de que la LPRL –por el número de trabajadores– le obligue a ello.

Teniendo en consideración además que la figura preventiva utilizada es la de representante de los trabajadores, llama la atención que los supervisores sean valorados con una media de 5.6 por sus propios compañeros. No se ha preguntado si esas personas tenían conocimientos en materia de prevención antes de ser nombrados para el cargo o si se tuvieron que formar después. Quizás sea este el motivo de la baja valoración.

De ello se deriva la violación de la LPRL pues los empresarios, si bien han nombrado a trabajadores que desempeñen estas funciones, ni han constituido servicios de prevención interno, ni han recurrido a servicios de prevención externos.

El estudio se separa en este punto de la “*V Encuesta Nacional de condiciones de trabajo*” (datos referidos a 2003) en la que se señala que el servicio de prevención más común en el ámbito de la construcción es el de servicio de prevención ajeno a la empresa.

Por su parte, en el “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*” (datos referidos a 2002) se destaca que el 16.9% de las empresas en las que se habían producido las muertes, no tenía ninguna modalidad preventiva estando la mitad de ellas en el sector de la construcción; de donde se concluye que “*se puede resaltar el reducido cumplimiento de ciertas actividades preventivas fundamentales, como la evaluación de riesgos, unido a la reducida eficacia de la misma. Pudiera pensarse en la existencia de un cumplimiento meramente ‘formal’ de la evaluación de riesgos sin que sus resultados cristalicen suficientemente en la aplicación de medidas concretas*”.

c) Verificación del material y maquinaria

El estado en el que se encuentra el material de trabajo es una variable que también influye en la producción de riesgos laborales y, por ende, la verificación de sus condiciones, tiende a reducir la posibilidad de accidentes laborales pues con ello se persigue el cambio, la mejora, o el abandono de aquello que por el uso, haya quedado obsoleto. Según la “*V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo*” (datos referidos a 2003), las máquinas son agentes responsables directos de muchos y muy graves accidentes de trabajo que es preciso controlar eficazmente. Y es obligación del empresario proceder a dicho control; en efecto, el Anexo IV del RD 1627/1997 establece que deberá procurarse, de modo apropiado y seguro, la estabilidad de los materiales y equipos y, en general, de cualquier elemento que en cualquier desplazamiento pudiera afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores. El trabajador debe tener garantías del estado en el que se encuentra el material que maneja; por ello es esencial el acceso a la ficha técnica de los mismos. Los datos que en este punto refleja el estudio realizado son alarmantes: sólo el 33% de los encuestados afirma que se verifica de forma periódica el material de trabajo. El 40% reconoce que se hace verificación periódica del material pero de forma insuficiente, mientras que el 19% afirma que no se verifica el material; y sólo el 9% reconoce que existe la ficha técnica y que puede acudir a ella fácilmente; este dato ha de ser contrastado con el del 74% que constata que no existe tal ficha⁴⁴.

Semejante pregunta se hizo en relación con el control de la maquinaria. En este caso, el 80% respondió que no tiene maquinaria y que por tanto es irrelevante el dato en torno a si están sus seguros al día. Sólo el 19% afirmó que trabajaban con máquinas y de ellos, sólo el 1% afirmó que la maquinaria con la que trabaja tiene todos los seguros al día (no sabe o no contesta el 7%).

⁴⁴ El 8% afirma que sí existe la ficha pero que no la utiliza; el 1% que sí existe tal ficha pero que no tiene acceso a ella; y el 2% reconoce que existe pero que es difícil el acceso a ella.

A mayor descontrol sobre los materiales, mayor será el riesgo de que por causa de su manejo se cause un accidente laboral: de ahí se deduce su incidencia en materia de prevención.

d) Protecciones individuales y colectivas

Los equipos de protección individuales vienen definidos en el art. 4.8 LPRL como *“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 o su salud en el trabajo, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin”*. Este precepto es desarrollado por el RD 733/1997, de 30 de mayo, sobre Disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual. En el mismo se configura como obligación del empresario el proporcionar dichos medios de protección a los trabajadores que tienen la obligación –a su vez– de hacer uso de ellos.

El empresario está obligado a ofrecer no cualquier clase de protección individual, sino la idónea para el concreto trabajo que se vaya a realizar; además debe velar porque la utilización de los medios se realice conforme a la gravedad del riesgo, el tiempo o frecuencia de exposición al mismo, las condiciones del puesto de trabajo, las prestaciones del propio equipo, así como los riesgos adicionales derivados de la propia utilización del equipo que no hayan podido evitarse.

La utilización de estos medios de protección puede entenderse que es básica para prevenir riesgos laborales y que el incumplimiento de la normativa reguladora supone un gravísimo incumplimiento en materia de prevención pues sin duda son los que directamente están dirigidos a proteger a cada uno de los trabajadores. Téngase en consideración que entran dentro de esta clasificación medios protectores de cabeza –cascos de seguridad–, auditivos –tapones, orejeras–, de los ojos y de la cara –gafas de montura universal, integral o cazoletas, pantallas faciales o pantalla para soldaduras–, de las vías respiratorias –equipos filtrantes de partículas, gases y vapores, etc.–, de manos, brazos –guantes–, de pies y piernas –calzado de seguridad, de protección, polainas, suelas amovibles–, de cuerpo y abdomen –chalecos, chaquetas de protección, termógenos, salvavidas, fajas y cinturones– así como protectores de todo el cuerpo –arneses, cinturones de seguridad–.

El RD 773/1997 establece en su art. 4 que los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando existan riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores que no hayan podido evitarse o limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectivos o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo. En particular, entre otras, en las obras de construcción, *“puede resultar necesaria la utilización de los equipos de protección individual a menos que la implantación de las medidas técnicas u organizativas comunes garanticen la eliminación o suficiente limitación de los riesgos correspondientes”*. Ello significa que para saber si los trabajadores realizan su trabajo en condiciones de

seguridad, hay que analizar conjuntamente la existencia de medios colectivos e individuales de protección.

El 47% de los encuestados afirma que existen medios de protección colectivos como plataformas, andamios, pasarelas, barandillas, redes de seguridad; mientras que el 39% afirma que si bien existen, son insuficientes y el 14% que no existen esta clase de protecciones. Esto significa pues que en el 53% no existen medios de protección colectivos idóneos para las tareas que realizan, por ello tienen tanta importancia en estos casos la existencia de medios de protección individual que en atención a lo dispuesto en el art. 4 del RD 773/1997, compensen la falta de aquéllos.

Sin embargo, sólo el 32% de los encuestados afirma que tienen suficientes medios de protección individual; frente a un 42% que afirma que si bien existen, son insuficientes (sin que se especifique si se trata de una insuficiencia cuantitativa –porque sean muchos más los trabajadores que los medios de protección individual dispuestos– o cualitativa –porque no sean los idóneos para las labores que realizan–); y el 26% restante afirma que no tienen estos medios de protección.

En total, el 68% de los trabajadores de la construcción encuestados realiza sus faenas sin medios de protección idóneos. Sólo hace falta una lectura conjunta de las actividades peligrosas que realizan y del lugar en el que las llevan a cabo para comprobar la gravedad del peligro existente.

Téngase en consideración que son los mismos trabajadores los que contestan a las dos preguntas relativas a la existencia de medios individuales y medios colectivos; ello conduce a afirmar que existen obras en las que no tienen equipos de protección individual ni tampoco colectivos: la puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores, no puede negarse en este caso.

IV.2.3.6. Casos particulares

En el último apartado de la encuesta se preguntó a los encuestados si habían sufrido algún incidente/accidente en el lugar de trabajo.

En el protocolo sobre el que se hicieron las encuestas, se distinguió entre accidente –toda lesión corporal o enfermedad que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo– e incidente –aquellos accidentes que no hayan ocasionado lesiones a los trabajadores expuestos, también denominados “accidentes blancos”–. La finalidad que se perseguía alcanzar con la inclusión de esta clase de incidentes era la de sacar a relucir situaciones de riesgos que no han llegado a consecuencias más graves por cuestiones que ya no están en manos más que del azar, y en los que por tanto la fuente de peligro no estaba controlada. En los supuestos en los que se producen los denominados “accidentes blancos” se está poniendo de manifiesto la necesidad de adoptar nuevas medidas individuales o colectivas de protección.

El 72% de los encuestados no ha sufrido ni accidente, ni incidente alguno. Reconocen haber tenido un “incidente” el 13% y el 4% que ha estado en situación

peligrosa. El 5% ha padecido un accidente grave y el 6% sufrió un accidente que no fue grave pero que podía haberlo sido. No se les ha preguntado –porque es una encuesta sobre salud laboral de los trabajadores encuestados– si en alguna ocasión han presenciado accidentes o incidentes de trabajo en los que se hayan visto involucrados otros compañeros y cuáles de éstos terminaron con la vida del trabajador.

En la encuesta se describen los concretos resultados producidos. Así, en uno de los casos, el trabajador sufrió pérdida de la visión de un ojo por un golpe; en otro, tras la caída de una cúpula, el trabajador se astilló la cadera; y finalmente debido a la existencia de una guardería en mal estado, otro trabajador sufrió rotura de tobillo, a consecuencia del cual padece pérdida de movilidad.

Es interesante destacar que en ninguno de los 11 casos en los que se produjo accidente o incidente se interpuso la correspondiente denuncia, lo que confirma la alta cifra negra de siniestralidad existente en el ámbito de la construcción⁴⁵: la solución del incidente excepto en un supuesto, se llevó a cabo mediante acuerdo con la empresa, siendo así que sólo en uno de los casos examinados, el trabajador accidentado recibió indemnización: 17.000 ptas. (no llega a 105 €) por la pérdida de la visión de un ojo que recibió vía administrativa.

También es un dato que parece poner de manifiesto la cifra negra existente en este ámbito el uso que hacen los trabajadores del denominado “libro de incidentes” –RD 1627/1997– a partir del cual se pone en conocimiento de la Inspección de Trabajo los accidentes e incidentes producidos. Este libro constituye prueba documental sobre el cumplimiento de los planes de prevención en la obra. Pues bien: sólo en 1 caso se anotó en el libro el incidente producido. Los motivos por los cuales no se produce dicha anotación van desde que no se sabe dónde está ubicado (5%); que “no es costumbre” apuntar el dato; hasta el 2% que no sabe o no contesta y el 87% de respuestas “no procede”. Difícilmente puede llevarse a cabo un estudio sobre las incidencias en el ámbito de la construcción con esta escasez de datos y sin otra clase de colaboración, se vuelve imposible la labor de los Inspectores de Trabajo.

El problema es pues el siguiente: si los trabajadores no denuncian y tampoco recurren a inscribir el suceso en el libro de incidentes, difícilmente va a poder llegar el caso a manos del Inspector de Trabajo, que es la persona encargada de poner los hechos en conocimiento del MF, si aprecia indicios de delito.

⁴⁵ Téngase en consideración además que la tendencia de la Fiscalía en este ámbito es la de no actuar si no se denuncia por parte de los interesados: como afirma CONDE-PUMPIDO TOURÓN “frente a la tendencia a la privatización de estas infracciones penales –siempre latente y que lleva a que la prosecución penal quede subordinada a no haberse alcanzado un pacto indemnizatorio entre empresario y trabajador–, el Fiscal, como promotor de la acción de la justicia y valedor del interés social debe alzarse como parte cogente, compelida a ejercitar la acción penal superando la posición de inferioridad estructural en la que la propia naturaleza de la relación laboral se sitúa el trabajador”: ver CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La posición del Ministerio Fiscal en la tutela de los intereses de los trabajadores”, cit., sin paginar.

IV.2.3.7. La opinión de los encuestados

Cada una de las encuestas realizadas terminaba con una pregunta abierta de respuesta múltiple en la que se pedía a los trabajadores su opinión sobre la solución para acabar con los accidentes laborales.

Por orden de respuestas más votadas, la sistematización es la siguiente:

1. Aplicación más dura de los tipos penales: 85
2. Mayor implicación de la Administración: 74
3. Erradicar el trabajo a destajo: 62
4. Más concienciación del problema por parte de los trabajadores: 59
5. Que la empresa ofrezca una cobertura mayor del problema: 59
6. Una verdadera implicación por parte de los sindicatos: 59
7. Aplicar la normativa de prevención de riesgos laborales: 53

Por puntuación, la primera de las soluciones apuntadas es la aplicación más dura de los tipos penales, respuesta que puede interpretarse en el sentido de perseguir con mayor intensidad estos delitos y/o de incrementar las penas –así como las conductas castigadas–. Es curioso que ésta sea la opción más votada pues en cierta medida lo que en puridad de principios ha de ser lo último –el Derecho penal es la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y sólo debe intervenir cuando hayan fracasado otros medios de control– pasa a ocupar el primer lugar: lo que es tanto como empezar a construir la casa por el tejado.

Pero junto a ello, y en segundo lugar, se exige mayor implicación a las Administraciones públicas.

Ambos datos ponen de manifiesto que los trabajadores esperan que sean terceros los que intervengan para solucionar el problema, pues como ha quedado demostrado, ellos no denuncian, por lo que sólo podrán intervenir el Derecho penal así como la Administración pública cuando a través del trabajo de los Inspectores de Trabajo, salgan a la luz los datos relativos a la puesta en peligro de sus vidas y saludes. Téngase en consideración que el libro de incidentes, como se ha señalado anteriormente, no suele ser utilizado por los trabajadores. Desde esta perspectiva, ha de afirmarse que la mayor intervención del Derecho penal y de la Administración queda subordinada a la colaboración de los directamente implicados. ¿Por qué no lo hacen ellos y por qué esperan sin embargo a que terceros lo hagan por ellos? Por la situación estructural de precariedad que padecen los trabajadores en el actual mercado de trabajo. Por ello se convierte en esencial la labor de los sindicatos.

En tercer lugar, aparece la causa “*erradicar el trabajo a destajo*”. Esta clase de trabajo, en la medida en que se deja en manos del trabajador la cantidad de trabajo a realizar, le sitúa en una posición en la que él ha de tomar la decisión de cuándo terminar la jornada: a mayor número de necesidades económicas, sociales o familiares, mayor será también la cantidad de trabajo que realizará el trabajador y, por tanto, mayor será también la posibilidad de sufrir un accidente por el cansancio acumulado (proporcional al número de horas trabajadas).

La misma puntuación conceden los encuestados a factores tan diversos como son la mayor concienciación sobre el problema por parte de los trabajadores, la mayor cobertura por parte de la empresa y la implicación “verdadera” de los sindicatos.

Al referirse a la postura del propio trabajador frente al problema de la siniestralidad están reconociendo que la prevención de los riesgos es una obligación de todos y, por lo que toca a los trabajadores, éstos deben utilizar los medios de protección que les proporcionen, pero también denunciar a las instancias oficiales la violación de las reglas por parte del empresario. Por tanto, de poco sirve “*la mayor cobertura por parte de la empresa*”, si los trabajadores no colaboran desde su posición.

En relación con el papel de los sindicatos, parece que se está haciendo referencia a la actitud que al día de hoy adoptan éstos: los trabajadores, pero también la sociedad en su conjunto, reclaman una actitud más activa por su parte, por ejemplo, interponiendo denuncias cada vez que salte a la opinión pública la noticia de un siniestro en el ámbito laboral y a su vez, ejerciendo las funciones que tienen encomendadas de representar a los trabajadores en los ámbitos colectivos. Pero también deben encargarse de que la siniestralidad laboral sea noticia con relevancia social antes de que se produzca el siniestro, proporcionando a los medios de comunicación datos sobre las empresas que incumplen las normas relativas a la prevención de riesgos laborales: como se decía anteriormente, sólo cuando la sociedad en su conjunto se conciente de la gravedad del problema del incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, se podrá empezar a luchar de forma eficaz frente al mismo.

El hecho de que los encuestados afirmen que una de las formas de acabar con el problema de la siniestralidad laboral en un 59% es la verdadera implicación de los sindicatos es un tanto llamativo: recuérdese que el 100% de los encuestados está sindicado.

La última respuesta en el ranking consiste en “*aplicar la normativa de prevención de riesgos laborales*”. Si ya llama la atención el hecho de que la primera de las respuestas haya sido la de aplicar de forma más dura los tipos penales, el hecho de que la menos votada haya sido la de aplicar la normativa sobre prevención de riesgos laborales, no lo es menos: como se decía anteriormente, se empieza a construir la casa por el tejado, pero si se observa, se termina de construir poniendo los cimientos: podrá comprenderse que no haya edificio alguno que soporte semejante técnica constructiva, pero tampoco lo soporta el sistema de prevención de riesgos laborales. La lógica impone que ésta debería ser la primera de las soluciones para acabar con la siniestralidad laboral en el ámbito laboral. Como se ha visto, la causa primera de los accidentes mortales producidos según el “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*” (datos referidos a 2002) es el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales: caso de que las previsiones contenidas en la LPRL fueran cumplidas, el número de accidentes laborales se reduciría drásticamente y, por tanto, habría que recurrir en

menor número de veces a los Tribunales y a la Administración, los trabajadores no tendrían que denunciar y los sindicatos tampoco: esta es la verdadera causa de la siniestralidad laboral y ni si quiera el colectivo de trabajadores la percibe como tal.

Quizás la respuesta lógica pase por invertir el orden de las respuestas dadas por los encuestados⁴⁶.

IV.3. EL ESTUDIO SOBRE CAUSAS DE ACCIDENTES MORTALES DEL MTAS (2002) Y LA ENCUESTA DE VICTIMIZACIÓN EN LA PROVINCIA DE CÁDIZ

Como se decía anteriormente, el estudio criminológico realizado ha tenido varias etapas. La primera ha consistido en examinar las causas de los accidentes mortales producidos en España durante el año 2002 en el “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*”; la segunda, en el estudio de los resultados de las encuestas de victimización en el sector de la construcción de la provincia de Cádiz.

Realizados ambos estudios, se planteó el siguiente interrogante: ¿y si coinciden? Esto es, ¿y si comparando las causas de las muertes, con la situación de la construcción en Cádiz se pone de manifiesto que lo que causó la muerte allí puede causarla perfectamente aquí pues se dan las mismas circunstancias?

Si se desanda el camino recorrido, se recordará que del estudio realizado sobre el “*Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España*” (datos referidos a 2002) se ha concluido que en cada uno de los supuestos examinados de muerte en la construcción han confluído una pluralidad de variables, pues se destaca que el accidente laboral tiene una base multi-causal. Y como se decía anteriormente, según las conclusiones que se alcanzan en dicho estudio, para prevenir accidentes mortales es necesario incidir sobre cada una de dichas causas-variables: sólo el control sobre éstas, conseguirá disminuir el número de accidentes mortales.

Las causas señaladas en el mismo eran las siguientes:

- falta de medios de protección colectivos frente a caídas y aberturas desprotegidas e individuales frente a trabajadores que realizan sus trabajos en superficies elevadas (andamios, huecos de ascensores, etc.) y sometidos a ruidos exteriores también elevados;
- formación;
- identificación y evaluación de los riesgos laborales;

⁴⁶ En el segundo apartado de: TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M., y GALLARDO GARCÍA, J.R., *Siniestralidad laboral análisis criminológico y jurisprudencial*, cit., pp. 55 y ss, se pone de manifiesto, a través de la técnica de investigación de las encuestas, la opinión de los “especialistas” en materia de prevención de riesgos laborales: podrá comprobarse allí cómo se invierte completamente el orden de la pirámide, pues la prevención viene a ocupar el primer lugar, desplazando con ello a la intervención del Derecho penal a un lugar más lejano.

- tipo de contrato: temporales;
- antigüedad en el puesto y edad: jóvenes con falta de experiencia;
- subcontratación en cadena: importantes deficiencias existentes en las relaciones entre empresa principal y subcontrata especialmente en lo que a coordinación y control se refiere);
- número de trabajadores de la obra: a menor tamaño de la encuesta, mayores accidentes;
- falta de sistemas de prevención de riesgos laborales.

Pues bien, del estudio realizado sobre los resultados de las encuestas de victimización en la provincia de Cádiz, se destacan fundamentalmente como características las siguientes:

- falta de medios de protección individual: el 68% realiza su faena sin medios de protección individual idóneos; el 53% afirma que o no existen medios de protección colectivos o los existentes son insuficientes. Se trata de trabajadores que desempeñan su trabajo en superficies elevadas (51% en andamios y 28% en huecos de escaleras) sometidos a ruidos también elevados (78%);
- formación (estudios): el 92% no tiene formación profesional;
- antigüedad en el puesto y edad: tienen una edad media de 36 años y 5 años de antigüedad en la construcción;
- tipo de contrato: 98% contrato de trabajo de duración determinada por obra o servicio;
- subcontratación en cadena: el 99% afirma que trabaja a través de una subcontrata;
- tamaño de la obra: más de 50 trabajadores, el 63%; el 34% menos de 50 trabajadores;
- sistemas de prevención de riesgos laborales: el 59% no ha recibido un curso idóneo sobre prevención de riesgos laborales; un 76% afirma no tener instrucciones para casos de emergencia, aunque además parece que el curso recibido era uno estándar, esto es, se trata de un cumplimiento meramente formal; el 63% afirma que no existen supervisores en materia de prevención.

Se puede comprobar como de las ocho causas destacadas por el MTAS en su informe sobre las muertes en España en el sector de la construcción, siete de ellas se repiten en Cádiz en el mismo ámbito: esto es, se trata de un colectivo que trabaja en gran número sin medios de protección colectivos ni individuales, con escasa formación profesional; con contrato de trabajo por obra o servicio, subcontratados y con deficiente sistema de prevención de riesgos laborales. Si bien, en los casos examinados se trata de trabajadores que superan la edad en la que mayoritariamente se producen los accidentes y con cierta antigüedad en el empleo: pudiera decirse que esto es lo que determina que el 72% de los encuestados afirme que no ha sufrido accidente, ni incidente, ni puesta en peligro ni de su vida, ni de su salud.

Si se parte de estos datos, se puede hacer el siguiente diagnóstico: los trabajadores de la construcción de la provincia de Cádiz se encuentran en situación de riesgo laboral grave. Pues es muy probable, por los antecedentes existentes, que sufran un accidente laboral en los que estén implicadas sus vidas o sus salud, parámetros que definen la gravedad del riesgo, según el art. 4.2 de la LPRL.

Y esto es lo que castiga el art. 316: *“los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”*. Y el art. 317: *“cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”*.

Los resultados aquí alcanzados no coinciden sin embargo con la aplicación jurisprudencial de los artículos 316 y 317 en la provincia de Cádiz. Si se consulta la Base de Datos de la Editorial Aranzadi, podrá comprobarse como sólo hay cuatro sentencias de esta Audiencia en aplicación de estos preceptos⁴⁷.

IV.4. VERIFICACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE PARTIDA

- El incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en materias tan sensibles como medios de protección individuales y colectivos, información y formación de los trabajadores en prevención, así como sobre los sistemas de prevención adoptados, es antesala de los siniestros que se producen en el ámbito de la construcción (sobre todo si son varios los incumplimientos que se producen en el mismo caso).
- Teniendo en consideración la probabilidad de que se actualice el riesgo –altísimo en profesiones que se desenvuelven en la altura, subidos en andamios o moviendo grandes cantidades de peso– y la gravedad de los daños –muertes, lesiones etc.– hay que partir de que el riesgo laboral en la construcción es muy elevado.
- El cumplimiento de las obligaciones que tiene el empresario en materia de riesgos laborales es en muchos casos meramente formal, dirigida exclusivamente a sortear la labor de la Inspección de Trabajo, no para prevenir los

⁴⁷ Sentencias 162/2003 (sec. 1^ª), de 3 de noviembre –JUR 2004/18898–; 76/2003 (sec. 8^ª), de 20 de marzo –ARP 2003/848–; 488/2000 (sec. 8^ª), de 10 de noviembre –JUR 2001/48498–; 250/2000 (sec. 8^ª), de 30 de mayo –ARP 2000/2039–. El análisis de las mismas las lleva a cabo TERRADILLOS BASOCO en: TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SÁNCHEZ, M., y GALLARDO GARCÍA, R.M., *Siniestralidad laboral análisis criminológico y jurisprudencial*, cit., pp. 69 y ss.

riesgos a los que están sometidos sus trabajadores: así ocurre –por ejemplo– en relación con los cursos de formación estándar en materia de prevención de riesgos laborales –no específicos–, o seguimiento de la salud del trabajador mediante análisis médicos genéricos –no específicos sobre salud laboral. Se trata pues de un supuesto en el que se actúa defraudando la finalidad de la propia LPRL.

- Los trabajadores no exigen el cumplimiento de la normativa en materia de riesgos laborales y si lo hacen, por cauces no oficiales. Es más, confían sobre todo en la respuesta de terceros (Fiscalía e Inspección de Trabajo) para acabar con la siniestralidad en el ámbito laboral.
- El número real de accidentes producidos en el ámbito de la construcción, podía ser aun superior al que existe, en la medida en que si según el art. 4.2 LPRL por “riesgo laboral” se entiende “*la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo*” y para graduar la gravedad se valoran conjuntamente la probabilidad de que se produzca el daño y la severidad del mismo, la estadística y los estudios criminológicos han puesto de manifiesto que es muy elevada la probabilidad de que se produzca un siniestro cuando no se cumplen las normas en materia de prevención de riesgos y los daños que se intentan evitar no son otros que las muertes o lesiones de los trabajadores: el riesgo de accidente laboral es grave.
- La cifra negra de criminalidad en el ámbito de la construcción es alta, pues se ha constatado que los trabajadores ni denuncian la puesta en peligro de su salud o su vida, y ni siquiera inscriben en el libro de incidentes los riesgos sufridos, por lo que la Inspección de Trabajo tiene pocas posibilidades de acceder a ellos y por tanto, no podrán poner en conocimiento del MF los hechos presuntamente constitutivos de delito.
- El hecho de que los trabajadores no reciban siempre y en todo caso cursos idóneos sobre prevención de riesgos laborales determina que ni ellos mismos sean capaces de apreciar cuando se encuentran en situación de riesgo.
- Las condiciones del mercado de trabajo actual determinan que a mayor inestabilidad en el empleo, con contratos temporales y a mayor subcontratación del mismo, aumentan los riesgos de producirse un accidente laboral. La falta de seguridad en el empleo así como la menor calidad de éste, incide pues en la seguridad en el trabajo.
- Las causas de los accidentes de trabajo coinciden con las causas de inseguridad en el trabajo. La construcción presenta una falta de seguridad estructural, de ahí la importancia de la prevención de riesgos laborales⁴⁸.

⁴⁸ Por falta de datos empíricos, ha quedado por verificar la hipótesis relativa a la especial vulnerabilidad de los trabajadores inmigrantes sin permiso de trabajo cuyas vidas y saludes son puestas en peligro en el ámbito laboral y que vienen desempeñando tareas peligrosas sin los medios de prevención oportunos.

CAPÍTULO V. ESTRATEGIAS PREVENTIVAS.

ENRIQUE LILLO PÉREZ, ABOGADO.

I. REFORMA NORMATIVA Y CLARIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE CONFUSIÓN ACTUAL

La estrategia de prevención de los riesgos laborales tienen un origen evidentemente normativo de obligaciones fijadas por leyes y disposiciones legales o, en ocasiones, convenios y que incumben fundamentalmente al propio empresario como titular de la facultad de dirección y organización del trabajo.

Ahora bien en la realidad social y económica el problema principal planteado consiste en que como todas las decisiones empresariales se adoptan en función del cálculo del coste económico, el coste que implica la adopción de las medidas de prevención es superior al coste que podría originarse en el caso de producirse el accidente de trabajo y surgir la responsabilidad empresarial en relación con las consecuencias jurídicas y sociales del mismo.

Es decir, que el coste económico que implica el cumplimiento por parte del empresario de su obligación legal de prevención (cuyo contenido es la adopción de todas las medidas y precauciones previstas en disposiciones reglamentarias, y además aquellas otras no tipificadas legalmente pero que resultan necesarias para garantizar el resultado de ausencia de ninguna fuente o circunstancia de riesgo para el trabajo en la empresa) es muy superior al coste de resarcimiento en cuanto a responsabilidad indemnizatoria civil que en su caso pueda tener el empresario o de abono o pago de las sanciones administrativas, dimanantes de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo.

Esta aseveración exige que la lucha por la implantación y observancia de todas las medidas de prevención en la empresa, aquellas que legalmente están previstas en reglamentos o en diversos instrumentos jurídicos y aquellas que no están previstas pero que son necesarias para garantizar el resultado de ausencia de riesgo, tiene como componente inexcusable la lucha por la exigencia de responsabilidad al empresario y a los administradores de derecho y de hecho en la empresa, para que el coste económico de esta responsabilidad sea el suficiente como para disuadir al empresario de eludir el cumplimiento de sus obligaciones de prevención.

Por ello, es necesario superar de una parte la actual confusión normativa existente y además resulta imprescindible suprimir los criterios jurídicos que se refleja en muchas resoluciones judiciales, cuyo contenido implica una impunidad absoluta y una ausencia de responsabilidad del empresario y, por lo tanto, una incitación al incumplimiento de las obligaciones de prevención para ahorrarse el coste económico que éstas tienen e incrementar así el beneficio de la empresa.

En la actual situación normativa se produce una deseable socialización de los costes, puesto que las prestaciones públicas de invalidez o de viudedad y de fallecimiento del trabajador accidentado, son reparadas y financiadas con fondos públicos, como elemento indispensable en un estado social y democrático de derecho.

Ahora bien, estas prestaciones públicas de Seguridad Social, financiadas solidariamente por el conjunto de empresarios y trabajadores es perfectamente independiente y por ello compatible con la responsabilidad penal, administrativa y civil que siempre debe exigirse al empresario infractor.

Por ello, el actual esquema legal de partida debe mantenerse frente a los embates y ataques que en la actualidad se están produciendo simbolizados de manera paradigmática hoy en el denominado "Informe Duran, II" que pretende sustituir las prestaciones públicas por el seguro privado.

De ahí, el recordatorio permanente de los artículos 123 y 127 y concordantes LGSS y 42 LPRL, en donde se establece claramente esta compatibilidad e independencia entre responsabilidades de diferente naturaleza y ámbito.

La exigencia por tanto de responsabilidad civil en el sentido de pago de toda indemnización debida y suficiente a la víctima del accidente de trabajo o a sus herederos o familiares, en cuanto a reparación de todos sus daños materiales, patrimoniales incluso morales ocasionados, por parte del empresario es trascendental y resulta imprescindible como un componente incluso de una estrategia de prevención adecuada.

Las dificultades actualmente existentes para esta reparación íntegra total y suficiente implica la invitación a la impunidad y al ahorro económico de las medidas de prevención.

Igualmente la exigencia de responsabilidad administrativa mediante multas y sanciones efectivas por incumplir las obligaciones preventivas es imprescindible y las dificultades actualmente existentes para la exigencia efectiva de esta responsabilidad constituyen también invitación a la impunidad y al ahorro económico del coste de las medidas de prevención.

Lo mismo ocurre con la responsabilidad penal para el caso de que la actuación empresarial o de sus representantes y directores en la empresa o de los que están obligados a adoptar las medidas de prevención, incurran en actuaciones imprudentes o de delito de riesgo.

Nuevamente las dificultades existentes impide que existan medidas efectivas que disuadan al empresario del incumplimiento de sus obligaciones preventivas.

Entre estas dificultades hay unas que tienen su origen en una jurisprudencia inadecuada, como es la producida por la Sala de lo Social del TS en cuanto a que en la cuantificación y determinación de la responsabilidad civil del empresario debe descontarse el importe de lo percibido por prestaciones públicas de Seguridad Social.

Por ello, sería conveniente una reforma legal que clarificase completamente que las prestaciones públicas al no estar financiadas por el empresario exclusivamente,

sino ser solidarias no puede descontarse del importe de la responsabilidad civil, en su vertiente de daños patrimoniales y económicos, por tener una naturaleza y causa distinta, dado que una cosa es el derecho subjetivo a prestaciones ante los entes estatales de Seguridad Social cuando se reúne los requisitos legalmente establecidos, y otra cosa completamente distinta es el derecho a ser resarcido y compensado en la totalidad de los daños patrimoniales y económicos originados por la conducta negligente del empresario que no adoptó las medidas a que estaba obligado y que hubieran evitado un acontecimiento siempre previsible como es un accidente de trabajo.

Esta responsabilidad civil contraída por quien ocasiona un daño a otro en virtud de su propio descuido, negligencia o pasividad en la adopción de medidas que estaba obligado jurídicamente a adoptar esta prevista con carácter general en el propio CC art. 1101 responsabilidad contractual y, 1902 y 1903 responsabilidad extracontractual.

Esta regla que incluso hoy en día se aplica con mucha frecuencia con ocasión de accidentes de tráfico y de la siniestralidad masiva también al igual que la laboral que los vehículos de motor ocasionan extrañamente no se aplica en la proporción adecuada a los accidentes de trabajo, porque existe una inadmisibles jurisprudencia social que mezcla el derecho a la prestación pública que todo accidentado tiene, sea originado por el tráfico, o sea originado por el trabajo, con la responsabilidad civil del autor del daño o de quien le es imputable una causa relevante en la producción de ese daño.

Esta jurisprudencia de la Sala de lo Social viene originada por una cierta confusión normativa, dado que todavía nuestra legislación, el seguro de accidentes de trabajo, que se canaliza a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social y fundamentalmente y cada día más a través de las Mutuas, tiene una configuración legal de seguro de responsabilidad empresarial y por subrogación de estas entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social.

Por ello, es necesario la reforma normativa, de manera que las prestaciones públicas derivadas de accidentes de trabajo no tenga su origen y causa en una responsabilidad objetiva empresarial que debe sustanciarse a través de la responsabilidad civil, sino en la propia decisión legislativa de proteger estados de necesidad como característica básica de un estado social y de derecho.

Por ello, es conveniente que se adoptara una ley integral de siniestralidad laboral en donde se clarificara este punto y se refundiera la normativa dispersa y con cierta confusión que actualmente existe en cuanto a la prevención y responsabilidad derivada de los accidentes laborales, cuya importancia y trascendencia social es hoy similar a los accidentes de tráfico o los propios de violencia doméstica.

Esta ley integral cuya necesidad ha sido enunciada con mucho acierto por el actual Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, debería contemplar también la atribución jurisdiccional de toda la materia de prevención y responsabilidad, salvo en lo referido a la penal, a la jurisdicción social, como orden judicial natu-

ral en lo relativo a contenido, consecuencias y materias propias de la rama social del derecho o de las relaciones laborales y las cuestiones conexas con éstas.

Por ello, la revisión judicial de las sanciones administrativas al menos de las derivadas por infracciones en materia de salud laboral, deben ser enjuiciadas por Juzgados de lo Social y no por el orden contencioso administrativo.

Esta necesidad se acrecienta si tenemos en cuenta que el contenido de las actas de infracción de la Inspección de Trabajo es un elemento capital y vital en la exigencia de toda clase de responsabilidad, incluida la civil, porque la misma con su presunción legal de certeza acredita la negligencia y la propia infracción del empresario.

Resulta por ello incompatible con la seguridad jurídica que la posible revocación de la sanción administrativa y, por tanto, del acta origen de la misma emitida por la Inspección de Trabajo, tenga un efecto perjudicial para el trabajador que en muchas ocasiones no se ha constituido como parte en el procedimiento administrativo previo ni tampoco en el posterior procedimiento judicial.

Uno de los ejemplos más gráficos es el relativo al recargo de prestaciones, éste tiene su origen en un acta de infracción de la Inspección de Trabajo y en una posterior resolución administrativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Pues bien al anularse judicialmente el acta de infracción automáticamente se produce la desaparición de la responsabilidad que el empresario tiene en cuanto a abonar el recargo de prestaciones por haber infringido las normas de prevención de riesgos y, por tanto, haber causado una situación prevista en las disposiciones de Seguridad Social, como de necesidad del trabajador para ser beneficiario de prestaciones sea de incapacidad temporal, sea de invalidez en algunos de sus grados, o de las derivadas de fallecimiento.

Es imprescindible por tanto, la participación de la víctima o de sus herederos en el procedimiento administrativo al que se incorpora el acta de infracción y la posterior resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social y es imprescindible por tanto, la citación a juicio de ese trabajador para fiscalizar la legalidad o no del acta de infracción.

Por ello y como el trabajador tiene justicia gratuita en el orden social, pero no en el contencioso administrativo, y por razones sistemáticas y de funcionamiento racional y armónico del sistema y evitar la dispersión y peregrinaje entre diversas jurisdicciones, lo lógico es que esta revisión judicial se atribuya al orden laboral.

De manera que la demanda empresarial de revocación de la sanción administrativa y del acta de infracción previa deba ser dirigida necesariamente también contra el trabajador que sufrió el acto o hecho constitutivo de infracción.

Igualmente la exigencia de responsabilidades indemnizatorias al empresario, al margen, distintas y además compatibles, con las prestaciones públicas debe ser residenciada en el orden jurisdiccional social, evitando la actual dispersión existente entre éste y el orden civil, clarificando en aras a la seguridad jurídica este ámbito de competencia judicial.

Ciertamente el orden civil parece por lo menos en la Sala del TS más sensible a imponer a los empresarios responsabilidades económicas por sus descuidos o negligencia en la adopción de medidas de prevención que el orden social, dado que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil no aplica, a diferencia de la Sala de lo Social, el ahorro económico que para el empresario le supone el descuento en el importe indemnizatorio de las prestaciones públicas que son pagadas entre todos y no por él, ni a sus expensas.

Ahora bien, en la citada ley se debe necesariamente clarificar esta compatibilidad e independencia entre responsabilidad civil y derecho a prestaciones públicas y atribuir la competencia al orden social que es el verdadero juez natural de todas las cuestiones que afectan a la rama social del derecho y en donde la víctima del accidente o sus herederos tienen beneficio de justicia gratuita y, por lo tanto, no existen los obstáculos procesales reales que se producen en los otros ordenes jurisdiccionales para litigar y reclamar los derechos.

En esta ley de protección integral o de ley integral de siniestralidad laboral habría que clarificar el alcance de la responsabilidad empresarial cuando existen diversas contratadas y subcontratadas encadenadas, y cuando son varias empresas concurrentes las que están prestando sus servicios en un mismo centro de trabajo.

En la situación actual y como expresión de las obligaciones instrumentales derivadas de la responsabilidad solidaria prevista para la empresa principal de la contrata debe señalarse que ésta ha de pedir a sus contratistas que, antes de inicio de la actividad le acrediten por escrito: que han realizado la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva en relación a las obras o servicios contratados y que han cumplido sus obligaciones en materia de formación e información de sus trabajadores que vayan a acudir al centro de trabajo de la principal.

Cuando hay subcontratación en cadena la contratista exigirá estas acreditaciones a sus subcontratistas y así facilitarlas posteriormente a la empresa principal.

Además de todo lo anterior la empresa principal deberá comprobar que las empresas concurrentes contratistas y subcontratistas han establecido los necesarios medios de comunicación entre ellas.

Se plantea con frecuencia definir cual es el contenido de la propia actividad para poder establecer la responsabilidad solidaria o el alcance de la responsabilidad de la empresa principal.

Existen diversos pronunciamientos judiciales que han definido el contenido de esta propia actividad.

Así entre otros, es propia actividad:

- Empresa de distribución de electricidad que contrata con otra la laboral de reparación de las líneas (STS 18 de abril de 1992).
- Organismo público que utiliza los servicios de una empresa privada para la limpieza de sus locales (STS 4 de abril de 1993).

- Ayuntamiento que contrata al exterior el servicio de ayuda a domicilio (STS 15 de julio de 1996).
- RENFE contrata al exterior los trabajos de recepción de las mercancías en origen (STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 1998).
- Promotora de viviendas que contrata su construcción (STSJ de Extremadura de 17 de diciembre de 1997).

No es propia actividad:

- Centro de enseñanza que contrata servicio de vigilancia.

Existe, por tanto, bastante inseguridad jurídica sobre el alcance de la responsabilidad de la empresa principal por incumplimientos de la norma o del deber general de prevención imputable a contratistas o subcontratistas.

Igualmente existe también una inseguridad jurídica en cuanto a definir el alcance de la responsabilidad del titular del centro de trabajo a que se refiere el art. 24 y concordantes LPRL.

Esta deficiente regulación y las interpretaciones que se están dando sobre el alcance de responsabilidad de la empresa principal y de la responsabilidad del titular del centro, y el contenido de los deberes de coordinación o de información, junto con la realidad económica creciente de concurrencia cada día mayor de muchas empresas distintas en un mismo centro o lugar físico de trabajo, necesita que por ley se establezca con claridad un mecanismo de responsabilidad solidaria o en algunos casos y cuando menos responsabilidad subsidiaria, máxime si tenemos en cuenta que la inmensa mayoría de nuestro país son empresas pequeñas.

Igualmente hay que tener en cuenta la ineffectividad de muchas de las sanciones administrativas que tras superar un dificultoso procedimiento y terminar con la imposición de la sanción o multa, ésta no se cobra dada la desaparición permanente de diversas sociedades y la reanudación de la actividad a través de otras sociedades distintas previamente constituidas, sin que exista un mecanismo de información ágil que permita identificar esta sucesión empresarial real por transferencia de clientelas, de actividades y de proveedores, con lo cual la sanción no se cobra.

Por ello, resulta imprescindible establecer la responsabilidad personal y con su propio patrimonio de los administradores de hecho y de derecho o de las personas físicas que adoptan las decisiones empresariales, en los casos de desaparición de sociedades infractoras de la obligación de prevención de riesgos laborales.

Para ello, o bien se establece un mecanismo de derivación de responsabilidad en el seno de un procedimiento administrativo con revisión ante el órgano jurisdiccional social, o se establece la posibilidad de demanda por parte de la propia Administración Laboral y con legitimación también por parte de los sindicatos o representantes de los trabajadores para plantear la responsabilidad personal económica ante el orden jurisdiccional social de estos administradores o personas físicas decisorias.

II. FALTA DE COORDINACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS INSTITUCIONES PÚBLICAS INTERVINIENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVO Y PENALES QUE PUEDEN SER ORIGINADOS POR ACCIDENTES DE TRABAJO

Debe destacarse la importancia que tiene que en el momento inicial del accidente de trabajo exista una coordinación entre todos los intervinientes, tanto en el diagnóstico o asistencia sanitaria inmediata, como en la investigación de las circunstancias concurrentes que han dado lugar al accidente de trabajo (servicio sanitario, policía judicial, Inspección de trabajo, fiscalía).

Con carácter general debe señalarse que todo accidente que dé lugar a baja en el trabajo debe ser investigado, de manera que la Inspección de Trabajo debe intervenir no sólo para los accidentes graves o mortales con carácter inmediato, esto implica un aumento de los efectivos humanos de la Inspección de Trabajo, para la adecuada investigación de los accidentes y exige estudiar la reorganización interna de los servicios de Inspección.

En esta misma línea de mejora de la coordinación hay que hacer hincapié en otras propuestas, que al igual que las anteriormente enunciadas están descritas en el foro creado por el Consejo General del Poder Judicial para la mejor prevención de accidentes de trabajo.

Así la referida a: la actuación de la Inspección de Trabajo en el accidente de trabajo tiene que expresarse en un informe obligatorio e inmediato, que debe obedecer a un modelo –protocolo–. Este informe debería tener, además de la garantía de la actuación coordinada con el Ministerio Fiscal, la garantía jurídica del Inspector y la técnica del Técnico de la Comunidad Autónoma. Además en este informe se debe recoger:

1. El papel del titular del centro de trabajo.
2. El papel del Servicio de Prevención.
3. El papel del empresario directo del trabajador si es empresa contratista.
4. El papel del encargado.

En esta misma línea, hay que tener en cuenta que:

el Ministerio Fiscal debe de recabar de la Autoridad Laboral (y esta remitir de oficio) los expedientes administrativos que supongan las máximas sanciones, una vez que se ha concluido el expediente sancionador y antes de que la Autoridad Laboral se pronuncie sobre la sanción administrativa que proceda. Esto para evitar la vulneración del principio *non bis in idem*. No obstante, la STC nº 2/2003, de 16 de enero, marca un cambio de rumbo afirmando sobre el alcance del principio *no bis in idem* lo siguiente: “La prohibición constitucional de doble procedimiento sancionador no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características, se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa

como la de quien se halla sometido a un proceso penal. No prohíbe el doble <<reproche afflictivo>>, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto. Cambio de doctrina frente a la que consideraba que la mera declaración de la sanción infringía el derecho fundamental en el caso de la errónea actuación administrativa que no suspende el expediente administrativo sancionador sobre el que se han iniciado diligencias penales. La sentencia penal que descuenta la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir no supone una vulneración del derecho fundamental al no haberse producido una duplicación de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. En cuanto a la concurrencia normativa de disposiciones penales y administrativas: la Administración no puede imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa y sólo la sanción penal es realmente aplicable". Por todo ello desestima el amparo.

III. ESPECIAL MENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN EN LAS EMPRESAS CONCURRENTES Y DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS

Derechos de los delegados de prevención de todas las empresas concurrentes a ser informados cuando se concierte un contrato de prestación de obras o servicios. Se trata de que los trabajadores de las empresas concurrentes sepan para quién trabajan, y de que los trabajadores de la titular sepan quién va a trabajar en su centro. El contenido exacto de la información que se tiene que facilitar es bastante completo y viene especificado en el art. 42.4 y 42.5 ET.

- A recibir toda la información e instrucciones escritas que se intercambien los empresarios concurrentes o que procedan del empresario titular.
- A que se les comunique toda la información sobre los riesgos de la concurrencia y sobre los medios de coordinación adoptados.
- A que se les comunique la información y las instrucciones procedentes de la empresa titular.
- Derechos de los delegados de prevención de la empresa titular concurrente y de la principal.
- A ser consultados sobre la organización del trabajo en el entorno de trabajo derivada de la concurrencia de otras empresas en aquél, en la medida en la que repercute en la salud y seguridad de los trabajadores que representan.
- Siempre con el límite de “*en la medida en la que repercute en la salud y seguridad de los trabajadores que representan*” a ejercer las siguientes facultades:
 - a) Acompañar a los Inspectores de Trabajo en las visitas y verificaciones para comprobar el cumplimiento de la normativa de coordinación de actividades empresariales.

- b) Visitar el centro de trabajo y acceder a los delegados de prevención o en su defecto a los trabajadores, de las demás empresas concurrentes.
- c) Realizar propuestas al empresario y al Comité de Salud y Seguridad sobre las medidas para la coordinación.
- d) Dirigirse a las personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas para que propongan medidas de coordinación.

En cuanto a lo referido al reconocimiento médico de los trabajadores hay que reseñar una reciente sentencia del Tribunal Constitucional que ha contribuido a delimitar el contenido de esta obligatoriedad y, por lo tanto, el alcance del art. 22 LPRL.

En efecto, como ha establecido la **STC de 15 de noviembre de 2004**, Rec. 1322/2000, la LPRL –art. 22– sólo impone el reconocimiento obligatorio cuando concurra:

- a) La proporcionalidad al riesgo, exige la inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en los derechos del trabajador.
- b) Que las pruebas sean indispensables, lo que viene a significar que concurra una necesidad objetiva de las pruebas por razón del riesgo que se trata de evitar.
- c) Que concurra un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral, o una situación de necesidad objetivable, que se traduce en un riesgo para el trabajador o los demás trabajadores u otras personas, o lo establezca una disposición legal por razón a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Además, aclara la sentencia dos cuestiones importantes: en primer lugar, que los reconocimientos médicos en la relación laboral no son un instrumento del empresario para el control de la salud de los trabajadores, ni tampoco para verificar la capacidad profesional o aptitud psicofísica con propósito de selección de personal, sino expresión de un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud. El interés empresarial no justifica una intromisión en la esfera íntima de los trabajadores.

Y por otra parte, dice el TC que el convenio colectivo no puede imponer restricciones a la intimidad de los trabajadores, imponiendo como obligatorios determinados reconocimientos más allá de lo que establezca la LPRL.

Entre los supuestos en los que es obligatorio el reconocimiento en los siguientes casos:

- Trabajo con riesgo de amianto (art. 13 de la Orden Ministerial 31-10-1984).
- Ruido durante el trabajo (art. 5 del RD 1316/1989).
- Radiaciones ionizantes (art. 42 del RD 783/2001).
- Trabajos con riesgo de enfermedades profesionales (art. 196.1 LGSS).

En concreto, por su carácter general tenemos que hacer referencia al art. 196 del TRLGSS que, en sus puntos 1 y 2 señala:

“1. Todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico

previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquellos y a realizar los reconocimientos periódicos que para cada tipo de enfermedad se establezcan en las normas que, al efecto, dictará el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

2. Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador...".

La LGSS ha abordado desde su redacción inicial en 1966 esta obligación como sólo exigible a determinados empresarios: a aquellos que sean titulares de actividades en las que exista riesgo de enfermedad profesional, llegando a condicionar el aseguramiento de esta contingencia subordinando la efectividad de su cobertura el cumplimiento previo de esta obligación.

Pues bien, esta obligación insita en la LGSS debe interpretarse de acuerdo con las previsiones del art. 22 de la Ley 31/1995, que, como hemos señalado anteriormente, en su punto 1) exceptúa del carácter voluntario de los reconocimientos médicos aquellos supuestos en los que exista una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad, excepción con la que viene a dar cobertura a las previsiones del art. 196 LGSS que, de otro lado, en su apartado segundo establece de forma expresa que los reconocimientos médicos que hayan de efectuarse cuando existan puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional tendrán el carácter de obligatorios para el trabajador que vaya a ocupar esos concretos puestos con riesgo de enfermedad profesional.

Como puede apreciarse, el art. 22.1 LPRL ha dejado a salvo la regulación especial contenida en el art. 196 LGSS, considerando justificada la obligatoriedad de estos reconocimientos médicos en función de la especificidad del riesgo de enfermedad profesional; pero en este caso y dado que es en el ámbito de la Seguridad Social donde resulta operativo el art. 196 LGSS, hemos de tener presente que no toda enfermedad que traiga su origen en la realización del trabajo podrá ser considerada legalmente como enfermedad profesional, sino sólo aquellas que aparezcan catalogadas reglamentariamente en virtud de la habilitación legal que a estos efectos efectúa el tan señalado art. 196 LGSS, esto es, sólo serán obligatorios para los trabajadores aquellos reconocimientos médicos efectuados en relación con las enfermedades profesionales especificadas en el cuadro aprobado por el RD 1995/1978, de 12 de mayo.

Otra posibilidad es que el reconocimiento se practique por el consentimiento del trabajador.

En los casos en los que se solicite el consentimiento del trabajador, el mismo está sujeto, además, a determinados condicionantes que el TC establece en la citada sentencia:

- a) Es necesario que el consentimiento sea expreso, aunque puede ser verbal o por actos concluyentes.
- b) También es necesario que el trabajador sea informado de los datos que se van a obtener con las pruebas, por lo que el reconocimiento, o en particular,

los análisis clínicos, no puede extenderse a materias sobre las que el trabajador no ha sido previamente informado. No se puede identificar el consentimiento a que se practiquen unas pruebas de análisis sanguíneo, con la conformidad de que el análisis se extienda a evaluar cualquier tipo de factor o circunstancia personal del trabajador. Esta exigencia esta reforzada sobre todo respecto de aquellos datos que sean sensibles por poder provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización, como sucede en ciertos sectores sociales con las drogas.

En cuanto a la forma en que se tienen que llevar a cabo los reconocimientos, los aspectos a destacar son:

- a) En caso de ser posible técnicamente varias posibilidades de realización de una prueba, se adoptará la que menos molestias ocasiona al trabajador.
- b) Las pruebas las realizarán, exclusivamente, personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada. No es posible que el reconocimiento y vigilancia de la salud de los trabajadores lo asuma el propio empresario –art. 11.2 RSP– sino que tiene que acudir a alguna de la fórmulas de organización preventiva previstas en el propio Reglamento, es decir, por los servicios de prevención propios o ajenos. Según el art. 37 RSP, los servicios de prevención que desarrollen funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores deberán contar con un médico especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa y un ATS/DUE de empresa, sin perjuicio de la participación de otros profesionales sanitarios con competencia técnica, formación y capacidad acreditada.

- c) La vigilancia de la salud estará sometida a protocolos específicos u otros medios existentes con respecto a los factores de riesgo a los que esté expuesto el trabajador.

Los exámenes de salud incluirán, en todo caso una historia clínico-laboral, en la que además de los datos de anamnesis, exploración clínica y control biológico y estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo, se hará constar una descripción detallada del puesto de trabajo, el tiempo de permanencia en el mismo, los riesgos detectados en el análisis de las condiciones de trabajo, y las medidas de prevención adoptadas.

Deberá constar igualmente, en caso de disponerse de ello, una descripción de los anteriores puestos de trabajo, riesgos presentes en los mismos, y tiempo de permanencia para cada uno de ellos.

- d) Dicho personal está sujeto a estricto secreto profesional. Los datos son confidenciales, de modo que los resultados médicos sólo los pueden facilitar a las autoridades sanitarias en los términos establecidos legalmente. No es posible informar de los resultados al empresario salvo que el trabajador preste su conformidad de manera expresa. En todo caso, el trabajador será informado de los resultados del reconocimiento.

- e) El empresario y los órganos con responsabilidad en materia preventiva tienen derecho a conocer las conclusiones de los reconocimientos, en relación con la aptitud del trabajador para desempeñar el puesto, o con la necesidad de introducir medidas de prevención. Sin embargo, no tienen derecho a conocer los datos médicos derivados del reconocimiento. Según establece el art. 16 del Convenio núm. 161 OIT: *«al término de un examen médico prescrito para determinar la aptitud de un trabajador para un puesto de trabajo que entraña exposición a un riesgo determinado, el médico que lo haya realizado debería comunicar sus conclusiones por escrito al trabajador y al empleador. Esta comunicación no debería contener indicación alguna de índole médica; según los casos, podría indicar que el trabajador es apto para el puesto de trabajo previsto o bien especificar los tipos de trabajo y las condiciones de trabajo que le estén contraindicados, temporal o permanentemente, desde el punto de vista médico»*.
- f) En ningún caso se puede utilizar la información obtenida de los reconocimientos, ni para discriminar al trabajador, ni para depararle ningún perjuicio, como la adopción de una medida disciplinaria. Aunque sí para la adopción de medidas de prevención, o para adecuar las características del puesto de trabajo a la situación del trabajador.

IV. RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD: EFECTOS EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LA DEMORA EN LA RESOLUCIÓN

Se plantean diversas cuestiones en relación con el procedimiento para el reconocimiento del recargo en las prestaciones de Seguridad Social, como consecuencia de la omisión de medidas de seguridad, al amparo del art. 123 LGSS.

A) El ámbito del recargo: Todo tipo de prestaciones económicas que tengan su causa en el accidente de trabajo o enfermedad profesional

Se cuestiona en primer lugar si cabe en la misma reclamación incluir el recargo para la prestación de Incapacidad Temporal, y que derivaría posteriormente en una Indemnización por baremo derivada de lesión no invalidante, o de una Incapacidad Permanente Parcial.

Sobre esta base, hemos de señalar que el art. 123 LGSS, y desarrolla el art. 16.1 de la Orden de 18 de enero de 1996, reconocen la competencia de los Directores Provinciales del INSS para declarar la responsabilidad empresarial que proceda y el porcentaje en que hayan de incrementarse las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando la lesión produzca en los términos a que alude el art. 123.1 LGSS.

De esta forma, el derecho al recargo sobre las prestaciones económicas constituye una declaración que corresponderá dictar al Instituto Nacional de la Seguridad Social, o en su caso, por el Juzgado de lo Social, afectará a todas las prestaciones que deriven o traigan su causa del accidente de trabajo. Por tanto, se trata de una declaración que puede afectar a la totalidad de las prestaciones causadas por el accidente de trabajo, pues lo que se valora no es tanto el derecho a las prestaciones, como el grado de cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que ha contribuido a la generación del accidente laboral, y por tanto, implica una declaración de responsabilidad que se extiende, como literalmente dice el art. 123.1 LGGS, a *“todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional”*.

Por tanto, no vemos ningún obstáculo para que la reclamación que en concreto se formule, se tenga que limitar a reconocer el derecho al recargo en relación con una concreta prestación, sino que puede y debe comprender el derecho al recargo sobre todas las prestaciones que pueda causar el trabajador a su favor, con tal de que cumplan los dos requisitos establecidos por la Ley: que sean de contenido económico, y que se deriven del accidente de trabajo.

B) La posibilidad de formular demanda judicial, antes de que se hubiera dictado resolución expresa

Se plantea igualmente, desde diversas perspectivas, la posibilidad de que se ejercite una acción judicial a fin de reconocer el derecho al recargo con anterioridad a que se hubiera dictado la resolución por el Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, reconociendo o denegando el derecho a dicho recargo, a fin de evitar que pueda operar la caducidad del procedimiento.

Sobre esta base, la regulación que ofrece el art. 14 de la Orden de 18 de enero de 1996, se refiere al plazo para resolver el procedimiento regulado en la propia Orden, con lo que incluye al procedimiento para la declaración de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, el cual viene regulado en la propia Orden. Dicha norma establece dicho plazo en 135 días, computados según la forma en que se hubiera iniciado el expediente: a) Si se ha iniciado de oficio, a partir de la fecha del acuerdo de iniciación, y b) Si se ha iniciado a instancia de parte, a partir de la recepción de la solicitud en la Dirección Provincial del INSS.

Junto a ello, el núm. 3 del art. 14 de la Orden regula los efectos que tiene la falta de resolución del expediente cuando se hubiera iniciado a solicitud del interesado, ante lo cual, dice que *“la solicitud podrá entenderse desestimada, en cuyo caso el interesado podrá ejercitar las acciones que le confiere el art. 71 LPL, sin perjuicio de la obligación de resolver”*.

Por tanto, no hay duda de que el interesado no tiene que esperarse a que se dicte resolución expresa a los efectos de poder formular la reclamación previa y el ejercicio de la acción judicial correspondiente. El art. 14.3 de la Orden de 18 de

enero de 1996 establece los efectos del silencio administrativo, y posibilitan que una vez transcurrido el plazo de 135 días desde que se formuló la solicitud, se pueda considerar desestimada a los efectos de poder reclamar en vía judicial, mediante la formulación de la reclamación previa correspondiente en el plazo de treinta días desde que deba entenderse producido el silencio administrativo.

En los casos en los que el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el art. 71.3 LPL admite la posibilidad de que el interesado solicite directamente a la Entidad correspondiente que se dicte dicha resolución, teniendo esta solicitud valor de reclamación previa, por lo que se articula igualmente una vía para reclamar contra la demora en la resolución en los procedimientos iniciados de oficio. En los procedimientos de oficio, con carácter general no se establece un plazo concreto para formular la solicitud de resolución, y el art. 14.3 de la Orden sólo se refiere a la desestimación por silencio de la solicitud realizada por el interesado, pero no del procedimiento iniciado de oficio. En todo caso, lo que sí tiene plazo de resolución es la reclamación previa, o la solicitud de resolución que tiene el valor de aquella, y que el art. 71.4 LPL fija en 45 días, transcurridos los cuales se entiende desestimada.

En conclusión, entendemos que resulta posible, e incluso necesario, iniciar el proceso judicial a pesar de que no se hubiera dictado la resolución del Director Provincial del INSS, reconociendo o denegando el derecho al recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, una vez que ha transcurrido el plazo de 135 días de duración de dicho procedimiento, y sin que se hubiera acordado la ampliación de dicho plazo según el art. 42.2 LRPPAC, según reconoce el art. 14.2 de la Orden de 18 de enero de 1996. En modo alguno es necesario, para formular reclamación previa y posterior demanda judicial, el esperar a que se disponga de una resolución expresa, que puede no dictarse nunca, o incluso dictarse una vez que el procedimiento ha caducado.

C) La caducidad del procedimiento

La caducidad de los procedimientos administrativos se produce:

- a) En los iniciados a instancia del interesado, cuando el procedimiento se paralice por causa imputable al mismo. En tal caso, según el art. 92.1 LRJPAC, *“la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado”*. No siempre la inactividad del interesado justifica la caducidad, pues según el núm. 2 de dicho artículo *“no podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite”*.

- b) En los procedimientos iniciados de oficio, la caducidad se produce cuando vence el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado la resolución expresa. Sin embargo, esto sólo opera en los casos en que se trate de procedimientos “*en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen,*” –art. 44.2 LRJPAC–. Por el contrario, en los procedimientos en los que se pudieran derivar el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, el transcurso del plazo genera silencio administrativo negativo –art. 44.1 LRJPAC–.

Los efectos de la caducidad son los siguientes:

- Se pone fin al procedimiento, y se ordena el archivo de las actuaciones –art. 44.2 LRJPAC–.
- El procedimiento que se ha tramitado no tiene efectos para interrumpir el plazo de prescripción al que se sujeta la decisión administrativa. –art. 92.3 de la LRJPAC–.
- No obstante, la caducidad no supone la extinción de las acciones, o como dice el art. 92.3, “*la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración...*”, por lo que es posible iniciar un nuevo procedimiento para el reconocimiento del derecho de que se trate.

Haciendo aplicación de estas consideraciones al procedimiento para el reconocimiento del recargo por omisión de medidas de seguridad, en los casos en que ha transcurrido el plazo máximo para resolver –135 días– sin haberse dictado resolución expresa, y sin que se hubiera acordado la ampliación del plazo, podemos decir lo siguiente:

- Es cuestionable que opere la caducidad del expediente, pues no estamos, simplemente, ante un procedimiento donde se ejercitan potestades sancionadoras, o que producen efectos desfavorables o de gravamen. Ciertamente, desde la posición empresarial, el procedimiento tiene dicha consideración, pero desde la perspectiva del trabajador, el procedimiento tiene por objeto el reconocimiento de derechos en materia de prestaciones de Seguridad Social. No obstante, lo cierto es que la doctrina judicial mayoritaria concluye en la aplicación de la caducidad al expediente de recargo por omisión de medidas de seguridad.
- Ahora bien, dicha caducidad sólo opera, con carácter general, en los casos en que la iniciación se hubiera llevado a cabo de oficio, pero no para los casos en que se hubiera iniciado a instancia de parte interesada, en cuyo supuesto los efectos en la falta de resolución dentro del plazo no son la caducidad, sino simplemente considerar la solicitud desestimada, a los efectos de promover la correspondiente reclamación previa y reclamación judicial.
- En los casos de procedimiento iniciado a instancia del trabajador o sus causahabientes, la caducidad sólo puede tener lugar en los casos en que se hubie-

ra paralizado por causa imputable al interesado y hubiera transcurrido el plazo de tres meses sin haber realizado dicha actuación.

- Si ha operado la caducidad del expediente, ello no impide que se pueda promover otro expediente a instancia de parte interesada, para el reconocimiento del recargo por omisión de medidas de seguridad, pues la caducidad no equivale a la prescripción del derecho al reconocimiento del recargo, que mantiene su plazo de prescripción de 5 años-. La única particularidad es que el expediente caducado no tiene efectos para interrumpir la prescripción. Cita a tal efecto Purcalla Bonilla¹, el criterio seguido por las SSTSJ Andalucía/Málaga, de 5-03-2004 (AS 953), Sevilla de 3-07-2003 (JUR 2004/139130) y STSJ Madrid de 12-12-2002 (JUR 2003/110931).

D) Los efectos de la falta de firmeza del acta de infracción, a efectos del procedimiento de recargo por omisión de medidas de seguridad

La vinculación estrecha que hay entre la imposición del recargo por omisión de medidas de seguridad y la imposición de una sanción por esa misma omisión plantea la cuestión de hasta que punto es necesario, previamente a la resolución del expediente en materia de responsabilidad empresarial por recargo, que la resolución administrativa que constata los incumplimientos empresariales y concluye en la imposición de la sanción sea firme.

Pues bien, lo cierto es que en ningún precepto legal se establece, con carácter general, que el procedimiento para fijar el recargo tenga que demorarse a la conclusión del procedimiento de sanción, ni que sea requisito necesario para fijar aquél recargo el que hubiera alcanzado firmeza la resolución sancionadora.

La única norma que establece la paralización del procedimiento de recargo es el art. 16.2, párrafo segundo, de la Orden 18 de enero 1996, en los casos en los que se tramite un procedimiento judicial por la vía penal por los mismos hechos, en cuyo caso se suspenderá el expediente en este sólo aspecto, hasta que recaiga sentencia firme. Pero dicha previsión no es aplicada por la jurisprudencia del TS, al considerar que carece de cobertura legal suficiente dicha norma para fijar la paralización del expediente -SSTS 17-05-2004 y 8-10-2004. Interpreta el TS que la paralización a que se refiere el art. 3.2 del RDL 5/2000, sobre infracciones y sanciones del Orden Social, sólo se refiere al procedimiento sancionador, pero no al que tiene por objeto la fijación del recargo en las prestaciones a cargo de la empresa.

Ahora bien, el art. 14 de la Orden 18 de enero de 1996 contempla un supuesto de ampliación del plazo de 135 días para resolver el expediente. En su apartado

¹ PURCALIA BONILLA, "Caducidad de expediente administrativo de recargo de prestaciones. Comentario a la STSJ Cataluña de 3 de marzo de 2004 (AS 2004/1848)", en *Aranzadi Social*, 11/2004.

núm. 2 se dice que “*podrá acordarse la ampliación del plazo, de conformidad con el art. 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando por el número de solicitudes formuladas o por otras circunstancias que expresamente se determinen en el acuerdo de ampliación no se pueda cumplir razonablemente el plazo previsto en el apartado anterior*”. Se trata de una remisión normativa inexacta, pues el art. 42.2 no contempla la ampliación del plazo. El precepto correlativo es el núm. 6 del art. 42, que admite la ampliación del plazo, como máximo, al establecido para la resolución del procedimiento, es decir, de otros 135 días.

Esta regulación plantea, además, el problema relativo a la aplicabilidad de las causas de suspensión del plazo para resolver que establece el art. 42.5 LRJPAC. En particular, el apartado c) de dicho precepto establece que “*Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses*”. La aplicación de dicha causa de suspensión podría amparar la suspensión del expediente de recargo hasta la resolución del expediente sancionador, o al menos, hasta que se libre informe de la Inspección constatando el incumplimiento de las medidas de seguridad. Ahora bien, esta causa de suspensión no opera de oficio en todos los casos, sino que el Instituto Nacional de la Seguridad Social la tendrá que acordar y notificar a los interesados, y sólo puede demorarse, como máximo, durante tres meses, por lo que si transcurren si haberse emitido el informe o resuelto el otro expediente, se reanuda el plazo para resolver sobre el recargo.

Es posible, por tanto que se tramiten los dos procedimientos: El sancionador y el de recargo, y que concluyan en una valoración diferente de la existencia de infracción de medidas de seguridad, sin que haya ninguna norma de coordinación de dichos procedimientos, máxime cuando la impugnación judicial de las resoluciones administrativas corresponde a Órdenes distintos, como es el Social y el Contencioso-Administrativo.

Lo que si existe es una norma que establece la prevalencia de lo acordado en la Sentencia del Orden Contencioso, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención, que vincula al Orden Social en lo que se refiere al recargo de la prestación económica de Seguridad Social –art. 42.5 LISOS–, aunque ello no se traduce, tampoco, en la suspensión del proceso social por dicha causa.

COMUNICACIONES

The image features a minimalist design with several overlapping, curved lines in a light orange or terracotta color. These lines sweep across the white background, creating a sense of movement and depth. The word 'COMUNICACIONES' is centered vertically and horizontally, written in a bold, uppercase, sans-serif font. The overall aesthetic is clean and modern.

BREVES NOTAS SOBRE LA PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA Y SALUD DE LOS TRABAJADORES EN EL CÓDIGO PENAL: ART. 316 Y 317 CP.

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA, UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

I. INTRODUCCIÓN

El incremento de la siniestralidad laboral en España, que según las cifras oficiales ha ido ascendiendo desde la entrada en vigor de la LPRL, ubica a España como uno de los países de la Unión Europea con mayor índice de accidentalidad en el ámbito laboral¹. Dicha situación pone de manifiesto que los trabajadores por cuenta ajena en muchos de los casos han carecido de los mecanismos eficaces de protección de los derechos inherentes a su actividad productiva como la vida y salud, etc. Así mismo, los instrumentos jurídicos y extrajurídicos existentes han sido insuficientes para garantizar la aludida protección.

En este contexto, se desprende la necesidad de la tutela jurídica efectiva en la salvaguarda de los intereses de los trabajadores en sentido individual y colectivo. No sólo con la intervención del Derecho laboral y administrativo, sino además con la tutela penal. Esto, con el fin de efectivizar los postulados básicos que orientan el Estado Social español relacionados con la preeminencia del Derecho al trabajo en la sociedad y su conexión con los derechos fundamentales de los trabajadores.

Dentro de la amplia gama de derechos vinculados a la existencia de la relación laboral entre empresarios y trabajadores se encuentra la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Cuya relevancia constitucional se halla consagrada en el art. 40.2 CE, en los siguientes términos: "*Los poderes públicos fomentarán una política que garantice*

¹ Ver *Estadísticas de accidentalidad laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales de 1993 a 2002*, documento elaborado por la Secretaria General Técnica de la Subdirección General de estadísticas oficiales del referido ministerio. También el informe elaborado por DURÁN LÓPEZ, F., "*Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y salud en el trabajo en España*, Madrid, 2001 e *Informe de 2004*. En el que, se señala que al cotejar la incidencia de accidentes de trabajo entre los países de la Unión Europea, según los criterios establecidos por Eurostat, España ocuparía el segundo lugar, después de Portugal, con mayor accidentalidad, tanto en accidentes totales con baja como mortales: dentro del grupo de diez países con notificación diferenciada de accidentes de trabajo, en el periodo 1994-1996, para el que se dispone de cifras para la Unión Europea, el índice español era del 64.8 por 1.000, frente a una media en ese grupo del 43.4 por 1.000. Además de ello, España fue el único país de ese grupo donde aumentó la siniestralidad laboral entre 1994 y 1996. De la misma manera se destaca que según los datos contenidos en la *Gaceta Sindical*, 159/1997, de cada cinco muertos por accidente de trabajo en la Unión Europea una se registra en España. De cada cuatro muertes por accidente de trabajo que se registra en España una se produce en el sector de la construcción.

la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo". Estableciéndose de esta forma en la norma constitucional, la obligación del Estado de garantizar las condiciones necesarias para que los trabajadores puedan desarrollar su labor productiva en un contexto óptimo para su seguridad, salud, y vida.

Sin lugar a dudas, el constituyente de 1978 y el legislador de 1995 mejoraron la protección de la seguridad y salud en el trabajo, respecto del anterior modelo de Estado. Desde el plano constitucional consagrando como derechos básicos del trabajador la existencia de unas condiciones mínimas en el ejercicio de su actividad laboral y una serie de derechos individuales y colectivos asociados al trabajo como derecho fundamental. Y, a través de la intervención legislativa con la promulgación de la LPRL y el CP de 1995, que en los arts. 316 y 317, tipifica el delito contra la seguridad y la salud en el trabajo.

A pesar de la existencia de diversas disposiciones relacionadas con la protección de la seguridad y salud en el trabajo –de naturaleza laboral, administrativa y penal– la siniestralidad laboral sigue acaeciendo en España entre otras cosas–, por el incesante incremento del riesgo en las diversas formas de producción y por la coexistencia de una precaria implementación de políticas eficaces en materia de prevención de riesgos laborales en el seno de las empresas.

II. LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN EL CP

La necesidad de la intervención penal en este caso, se haya íntimamente vinculada con la relevancia del bien jurídico tutelado por el tipo penal y por la ineficacia de otras formas jurídicas de protección. En efecto, el orden administrativo sancionador no resulta suficiente para tutelar la seguridad y salud en el trabajo, requiriéndose por tanto, la intervención penal para adelantar las barreras de protección de los intereses de naturaleza supraindividual puestos en juego por la vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, la intervención penal, precisa la vulneración previa de las normas de carácter administrativo para dotar de contenido al tipo penal, actuando en consecuencia como un instrumento de tutela subsidiario.

Es innegable que las condiciones actuales de las formas de producción y contratación laboral, acarrear un aumento de los niveles de riesgo y seguridad en la empresa, con los constantes detrimentos en los intereses fundamentales de los trabajadores².

² Sobre este aspecto y con motivo del día Mundial de la Seguridad y la Salud en el Trabajo, celebrado el 28 de abril del 2004, la OIT ha publicado un informe en el que revela que cada año mueren en el mundo más de dos millones de personas por lesiones o enfermedades imputables a su trabajo. Contrariamente a lo que suele creerse, los accidentes no son la principal causa de muertes en el trabajo: sólo el 15% de los fallecimientos son debidos a accidentes, siendo el resto causados por enfermedades relacionadas con la actividad laboral desarrollada. La OIT estima además, que se pierde el 4% del Producto Interior Bruto (PIB) mundial debido a los accidentes del trabajo y a las enfermedades profesionales.

Esta desafortunada situación que padecen los trabajadores tiene entre sus múltiples causas, de un lado, la inexistencia de una adecuada política preventiva que regule de manera efectiva la presencia de los peligros en el centro de trabajo, y de otro, la falta de compromiso empresarial en la prevención de los riesgos laborales³.

En este mismo escenario, el panorama de crisis económica estructurada, el desempleo, el impacto creciente de la globalización⁴ y el tráfico ilegal de mano de obra, entre otros, reflejan que la situación de desigualdad de los trabajadores es una constante en el desarrollo del modelo económico neoliberal contemporáneo. Por lo cual, se requiere la puesta en marcha de políticas públicas y sociales más eficaces y, la intervención más efectiva del ordenamiento jurídico a través de sus distintas ramas para contrarrestar la situación de desigualdad material entre empleadores y empleados, y proteger efectivamente los derechos de los trabajadores. Siendo en esta última perspectiva, el Derecho penal el instrumento subsidiario en la tutela de tales derechos, por lo cual su intervención ha de restringirse a aquellos supuestos en los que se ataque de manera más grave el bien jurídico tutelado.

En definitiva, y a manera de aproximación podemos destacar, de un lado, que la vía penal permite solventar los problemas que no pueden solucionarse en sede administrativa, y de otro, que es un instrumento disuasorio que refuerza la tutela de tan importante interés colectivo de los trabajadores. Por tanto, a continuación analizaremos las líneas generales que caracterizan el delito contra la seguridad y la salud en el trabajo, y que lo distinguen de los diversos ilícitos administrativos que protegen este mismo ámbito.

El CP de 1995, siguiendo las directrices establecidas por el Proyecto de 1992⁵, consagra en el Título XV del Libro II los llamados "*Delitos contra los derechos de los trabajadores*", desde el art. 311 hasta el 318. El nuevo estatuto penal recoge de manera ordenada e independiente los delitos que afectan, los derechos de los trabajadores derivados de la relación laboral. Infracciones que en el anterior código se encontraban dispersas en varios títulos.

³ El incremento de la siniestralidad laboral en España propició que en el año 2001 se presenta el *Informe Durán*, coordinado por el Presidente español del Consejo Económico y Social. El informe rechaza las tesis que atribuyen el aumento continuado y permanente de los índices de siniestralidad laboral al crecimiento económico o a la temporalidad, y rechaza la teoría de que una eventual reducción de la temporalidad fuese capaz, por sí sola, de reducir sustancialmente el riesgo de accidentes de trabajo. El *Informe* señala como variables con incidencia clara sobre el aumento de los índices de siniestralidad las siguientes: a) la segmentación (polarización por calificación) del mercado de trabajo, para la cual se proponen medidas formativas; b) la concentración del riesgo en algunas actividades, por lo que se proponen estrategias selectivas en determinados ámbitos para reducirlo; c) la segmentación del tejido empresarial, entre empresas dominantes y otras subordinadas, con poca capacidad para mejorar sus condiciones de trabajo, para lo cual se recomienda una atención especial a las subcontratas y al recurso a las Empresas de Trabajo Temporal.

⁴ Véase sobre este específico aspecto: TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 51.

El CP amplía además el marco de protección de los precitados derechos, pues ha incorporado el delito de discriminación en el empleo en el art. 314. Manteniendo las anteriores figuras delictivas de: “coacciones a la huelga” del art. 496, párrafo 2, las “limitaciones a la libertad sindical y derecho de huelga” del art. 177 bis, los “delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo” que se encontraban tipificados en el art. 499 bis, y los “delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo” del art. 348 bis a). Conductas delictivas que tutelaban bienes jurídicos de diversa naturaleza, pero que tenían como elemento común de conexión trabajador, sujeto pasivo de tales infracciones⁶.

El legislador optó por aglutinar todos estos delitos de manera autónoma pero organizada⁷, siguiendo el criterio de la doctrina especializada en el denominado “Derecho penal del trabajo”⁸. A través de un título independiente, que protege varios bienes jurídicos reconducibles a las condiciones mínimas de funcionamiento del orden social y económico de la producción, es decir, a la tutela del trabajo como actividad productiva y la salvaguarda de los intereses laborales fundamentales de los trabajadores⁹. Lo cual, refleja el carácter convergente en los delitos contra los derechos de los trabajadores entre los bienes jurídicos individuales y los de naturaleza colectiva, difusos en el orden socio- económico¹⁰.

Con la tipificación de los “delitos contra los derechos de los trabajadores” el legislador de 1995, pretendió acercar el Derecho penal a los requerimientos político-criminales de la tutela penal de los derechos de los sujetos que desempeñan una actividad productiva, subordinada y dependiente del empresario, es decir, los trabajadores. Para ello, incorporó nuevas figuras delictivas y dotó de una mejor técnica legislativa a los tipos penales ya existentes, aumentando la penalidad de los referidos delitos, en comparación con el irrisorio *quantum* punitivo contenido para los

⁵ El Proyecto de 1992 recogía en el Capítulo XIV “Los delitos contra los derechos de los trabajadores”, bajo la rúbrica del Título XII “Delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico”, en los artículos 292 a 298; incluyendo un nuevo tipo de discriminación laboral en el art. 295, los límites a la libertad sindical y a la libertad de huelga en el art. 296, y los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo en el art. 297, además excluyendo las infracciones relativas a la seguridad social.

⁶ Ver ampliamente con relación al desarrollo histórico de la protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo LASCURÁIN SÁNCHEZ, J., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pp. 46 y ss.

⁷ Es importante señalar que el resultado de la autonomía de este título, tiene como causa directa la enmienda 761, hecha por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida –Iniciativa per Catalunya–, la cual fue tramitada con éxito en el parlamento puesto que dotó de independencia los delitos contra los derechos de los trabajadores respecto de los delitos contra el orden socio-económico, cambiando de esta manera la estructura del anteproyecto.

⁸ Ver entre otros: BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, 1997, p. 31; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit., pp. 46 y ss; ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de derecho penal del trabajo*, Barcelona, 1988, p. 6.

⁹ Ver BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit., p. 31.

¹⁰ Ver MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Valencia, 2005, pp. 773 y ss.

mismos en el CP de 1973¹¹. Situación que como más adelante se constatará se traduce en la presencia de un Derecho Penal del Trabajo en España más completo pero aún en proceso de consolidación.

III. APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DELITO CONTRA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN EL ART. 316 CP

El fundamento constitucional del art. 316 se deriva directamente del art. 40.2 CE, el cual es uno de los pilares básicos del Estado Social y Democrático de Derecho (art. 53.3 CE), que como se señaló con anterioridad consagra de manera expresa la obligación ineludible de los poderes públicos de velar *“por la seguridad e higiene en el trabajo”*. Dicho precepto, debe analizarse en conexión con otros derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la integridad física de los ciudadanos (art. 15 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), ante el riesgo inherente que trae consigo la prestación productiva¹². Puesto que se trata de derechos que no poseen un alcance estrictamente laboral, pero que si se vinculan directamente con el desempeño de la actividad de los trabajadores, constituyéndose por tanto, en valores esenciales para su autorrealización dada su inmediata conexión con la dignidad humana.

A partir del fundamento constitucional y en una primera aproximación al estudio del delito que tutela la seguridad y salud en el trabajo podemos señalar que éste puede ser precisado como: aquélla infracción de carácter doloso o imprudente, que vulnera las normas de prevención de riesgos laborales y que atenta contra los derechos de los trabajadores a una adecuada seguridad e higiene en el centro de trabajo; poniendo de esta forma en peligro grave la vida y la salud de quienes despliegan una actividad productiva por cuenta ajena, bajo la dependencia y subordinación de un empresario.

El legislador de 1995 conservó una similar estructura típica respecto del derogado art. 348 bis a)¹³, pero mejoró la técnica legislativa en determinados aspectos, al tener en cuenta las exigencias político criminales que venía reclamando la doctrina especializada en el tratamiento normativo de este concreto delito. De una parte, se limitó la exigencia del tipo, en cuanto a la remisión normativa haciendo mención únicamente a las normas de prevención de riesgos laborales y no a la infracción grave de las normas reglamentarias. En consecuencia, el precepto penal

¹¹ La doctrina especializada criticaba los delitos que afectaban los derechos de los trabajadores por la insignificancia de las penas y por el alto grado simbólico de estos tipos penales en el anterior Código Penal. Ver por todos: BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit.; p. 31 y ss.

¹² BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit.; p. 103.

¹³ TAMARIT SUMALLA, J., “Comentarios a la Parte Especial del Código Penal”, Coordinador Quintero Olivares y Valle Muñiz. Pamplona. 1996, p. 837.

contenido en el CP, concreta la estructura de la norma penal en blanco sin limitarla a las normas reglamentarias¹⁴.

De igual forma, el art. 316 CP significó un avance al exigir la presencia de peligro grave para la vida o la salud del trabajador, a diferencia del art. 348 bis a) que sólo requería la existencia de un peligro para la vida o integridad del trabajador. Precepto que atentaba contra el principio de lesividad al no tipificar de manera expresa el peligro grave, y que de otro lado, no incorporaba el bien jurídico de la salud de los trabajadores dejando abierta la posibilidad a situaciones de impunidad¹⁵.

El delito contra la seguridad y salud en el trabajo contenido en los arts. 316 y 317 CP es un delito de peligro concreto, que tiene como objetivo la prevención de las situaciones riesgosas que afecten la seguridad y salud en el trabajo, y que por tanto puedan llegar a vulnerar los bienes jurídicos de los trabajadores en el ejercicio de su actividad productiva. Específicamente, lo que se pretende evitar es la lesión de los bienes jurídicos de la vida y salud de los trabajadores, como consecuencia de la inobservancia y/o vulneración de las normas de prevención de los riesgos laborales. Anticipando por tanto, el Derecho penal las barreras de protección a través de un delito de riesgo, que no exige para su verificación la lesión del bien jurídico colectivo protegido en el tipo¹⁶.

IV. CARACTERÍSTICAS GENERALES

El Derecho Penal concreta en los arts. 316 y 317 CP la protección de los derechos de seguridad y salud en el trabajo, a través de un precepto básico y otro subsidiario, cuya estructura típica ha sido definida como de "*particularmente endiablada*"¹⁷. Dicha consideración que ha efectuado la doctrina respecto del delito contra

¹⁴ NAVARRO CARDOSO, F., "Los delitos contra los derechos de los trabajadores", Valencia, 1998, pp. 162 y 163; AGUADO LOPEZ, S., "El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal", Valencia, 2002, pp. 187 y ss.

¹⁵ En este sentido, respecto del contenido del art. 348 bis a). ver por todos, ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de derecho penal del trabajo*, cit., p. 162. Y con relación al art. 317 CP ver AGUADO LOPEZ, S., "El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal", cit.; pp. 128 y ss.

¹⁶ Con relación a la gravedad del peligro es importante destacar que la LPRL, en el art. 47.16.f), modificado por el art. 12 numeral 6, de la Liso, considera como graves las infracciones que residan en el inobservancia de la normativa de prevención que originen un riesgo grave para la integridad física de los trabajadores, especialmente cuando se trate de medidas de salvaguardia colectiva o individual. Así mismo, los artículos 14 y 18 LPRL, modificados parcialmente por la Ley 54 de 2003, instauran la obligación de los empresarios de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, cumpliendo la normativa sobre prevención de riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias, con inclusión de las adecuadas para que los trabajadores reciban la información necesaria sobre esos riesgos.

¹⁷ TAMARIT SUMALLA, J., "Comentarios a la Parte Especial del Código Penal", Coordinador Quintero Olivares y Valle Muñoz, cit.; p. 838.

la seguridad y salud en el trabajo contenido en los arts. 316 y 317 CP, se fundamenta en que en el tipo concurren como notas característica los problemas básicos de la teoría del delito como: la omisión, la cual esta referida al resultado –un deber de seguridad– “*sin equivalencia comisiva*”, al no poseer una figura equiparable en la forma activa¹⁸; el peligro concreto, valorándose la gravedad en atención a la identidad del riesgo respecto al bien jurídico tutelado; y la utilización de ingredientes normativos de la legislación laboral para dotar de contenido al tipo, entre otros aspectos.

Con relación al tipo subjetivo, es importante anotar, que el legislador previó la modalidad dolosa en el art. 316 y el tipo de imprudencia grave de manera independiente en el art. 317 CP. Atendiendo así a los requerimientos político-criminales que para este concreto delito venía reclamando la doctrina especializada, al considerar que estos comportamientos obedecen en la mayoría de los casos a imprudencias del empresario, y que la comprobación del dolo en los mismos resulta poco probable por las condiciones espacio-temporales y funcionales exigidas en el precepto penal¹⁹.

Ahora bien, cabe señalar que ha sido un delito cuya aplicación y producción jurisprudencial –desde la entrada en vigor del CP– ha resultado escasa²⁰, tal como acontecía con el anterior art. 348 bis a)²¹, que de manera similar protegía la seguridad e higiene en el trabajo. No obstante, es una infracción que se perpetra con mucha frecuencia en el seno de las empresas y que se halla directamente relacionada con el aumento de las cifras de siniestralidad laboral en España. Aunque pocas veces resulta siendo denunciada por los trabajadores como principales víctimas del delito, ocupando de esta forma un lugar significativo en la cifra negra de la criminalidad²².

En efecto, se trata de una infracción que no sólo afecta, los derechos de naturaleza individual de los trabajadores, sino también, los de rango colectivo.

¹⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Valencia, 1999, p. 534.

¹⁹ Con relación a la legislación anterior ver ARROYO ZAPATERO, L., *Derecho penal del trabajo*, cit.; p. 165; LASCURAIN SÁNCHEZ, J., *La protección penal de la seguridad e higiene*, cit; pp. 403 y ss, y con relación a la actual legislación TAMARIT SUMALLA, J.M., “Comentarios a la Parte Especial del Código Penal”, Coordinador Quintero Olivares y Valle Muñiz, cit.; pp. 839 y ss. AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit., pp. 402 y ss.

²⁰ Ver SERRANO PIEDECASAS, J., “La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, en *Revista Penal* 10/2002, p. 96.

²¹ Para un completo estudio del art. 348 bis a), véase por todos LASCURAIN SÁNCHEZ, J., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit; pp. 110 y ss. y AGUADO LÓPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit.; pp. 48 y ss.

²² Según las memorias de la FGE, los procedimientos interpuestos por presuntos delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo fueron en los años de: 1997: 1.155 más 4.870 por imprudencia, 1998: 749 más 3.554 por imprudencia, 1999: 808 más 3.562 por imprudencia. En cuanto a las sentencias condenatorias, las estadísticas judiciales señalan un escaso porcentaje de las mismas, así por ejemplo para el año de 1998 se profirieron sólo 75 sentencias de este tipo, y en 1997 sólo 55.

Los bienes jurídicos derivados del ejercicio del trabajo son merecedores de tutela penal en todas las sociedades avanzadas, en donde los riesgos conviven a diario con el ejercicio de las actividades productivas de los trabajadores, y en las que el incremento de la siniestralidad laboral, se genera como consecuencia de ciertas conductas omisivas e imprudentes por parte de los empresarios y de todos aquellos sujetos que suelen ocupar cargos de dirección, organización o manejo dentro de la estructura empresarial.

En este mismo sentido, cabe precisar que en aquellos supuestos en los que el peligro grave causado por la omisión empresarial, relacionada con la no facilitación de los medios de seguridad necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad en las condiciones adecuadas se materialice en un daño concreto –muerte o lesiones–, tal conducta dará lugar a la aplicación de un concurso ideal de delitos (art. 77 CP), bien se trate del tipo de lesiones imprudentes (art. 152 CP) o del delito homicidio igualmente imprudente (art. 142 CP); puesto que el bien jurídico tutelado es diverso y autónomo en cada una de estas figuras delictivas²³.

Por un lado, en el art. 316 CP el legislador protege la vida y la salud en el trabajo como un bien jurídico supraindividual en conexión con los derechos individuales básicos de los trabajadores. Por el otro, en los delitos de lesiones y homicidio imprudente lo que se tutela es la integridad personal, la salud y la vida como bienes jurídicos individuales. Así, el desvalor correspondiente a la infracción grave de la normativa de prevención de riesgos laborales y específicamente a las disposiciones de seguridad y salud en el trabajo no es subsumido en los tipos penales de lesiones u homicidio imprudentes, por lo cual es procedente la aplicación del art. 77 CP, relativo al concurso ideal de delitos²⁴.

V. ANOTACIONES POLÍTICO-CRIMINALES Y PROPUESTAS INICIALES EN MATERIA DE SALVAGUARDA DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Los niveles de siniestralidad laboral en España han aumentado progresivamente de 1993 a 2003. Dicho período se torna coincidente con la expedición del CP, la

²³ En este mismo sentido ver por todos BARTOMEUS PLANA, D., "El art. 316. Delitos contra la seguridad y salud en el trabajo", en ROJO TORRECILLA (coord.), *"Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social"*, Barcelona, 1998, p. 260.

²⁴ Con relación a los problemas concursales el TSE ha señalado en sentencia de 14 de julio de 1999, que si a consecuencia de la infracción de normas laborales se produce el resultado que se pretendía evitar (muerte o lesiones del trabajador) *"el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3º CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva (aunque se podría aplicar el concurso ideal de delitos cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad)"*. Admitiendo en estos eventos la posibilidad de aplicación del concurso ideal de delitos.

LPRL y la LISOS. En consecuencia, puede inferirse que la normativa laboral– administrativa y penal que salvaguarda la seguridad y salud en el trabajo no ha logrado representativos niveles de eficacia en la tutela de los mencionados bienes jurídicos de los trabajadores.

En efecto, si se analizan las estadísticas oficiales elaboradas por el MTAS relativos a la siniestralidad laboral en España en los últimos años –entre otras fuentes–²⁵, puede apreciarse la existencia de una relación entre los diferentes tipos de actividad productiva y los accidentes de trabajo. Constatándose una mayor presencia de los mismos en el sector no agrario, específicamente en la industria, la construcción y los servicios; así como también el mayor índice de siniestralidad laboral en algunas comunidades autónomas respecto de otras, situación que puede vincularse con la mayor o menor legislación autonómica existente en materia de seguridad y salud en el trabajo en cada una de ellas²⁶.

Cabe destacar, que otros de los factores que según las estadísticas del MTAS influyen directamente en el incremento de los índices de siniestralidad laboral, están asociados a la presencia de una correspondencia entre los diferentes tipos de accidentes y la temporalidad, la antigüedad de la empresa y el sistema de prevención que utiliza la misma. De igual forma, a los factores asociados con las condiciones específicos del trabajo desarrollado, la descentralización del sistema productivo y la formación profesional de los trabajadores²⁷.

Como resultado de lo anterior, y a manera de aproximación al estudio de este problemático ámbito, consideramos relevante y factible la adopción de una serie de medidas jurídicas y extrajurídicas encaminadas a tratar de atenuar la siniestralidad en el ámbito laboral por parte de los poderes públicos, empresarios y representantes de los trabajadores, entre otros.

Dentro de las precitadas medidas subrayamos, la aplicación más eficiente de la normativa preventiva en materia de riesgos laborales. Si bien es cierto, en diciembre de 2003 entró en vigor la Ley que reformaba parcialmente la normativa de

²⁵ Ver *Estadísticas de siniestralidad laboral en España* en Informe elaborado por el MTAS en el periodo comprendido entre 1995 y 2002, las cuales se encuentran en www.mtas.es, como también en el informe DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España. Estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención*, cit., pp. 50 y ss.

²⁶ No obstante, debemos advertir que para un completo análisis de la problemática, los índices de siniestralidad deben ser analizados en consonancia con el número de trabajadores inscritos en el Sistema de Seguridad Social pertenecientes a cada Comunidad Autónoma, y no de forma aislada.

²⁷ De la misma manera, se concluyó en el Informe Sobre Riesgos Laborales y su Prevención, que: “la temporalidad aparece ligada a la incidencia de los accidentes de trabajo. Por otro lado, a partir del cálculo de tasas de incidencia específico, por ramas de actividad, de los asalariados temporales, puede apreciarse que, efectivamente, en todas las ramas la incidencia es mayor entre los temporales”. Ver DURÁN LÓPEZ, F., *Informe sobre riesgos laborales y su prevención. La seguridad y la salud en el trabajo en España. Estudio para la elaboración de un informe sobre riesgos laborales y su prevención*, cit., p. 63.

prevención de riesgos laborales (Ley 54 de 12 de diciembre de 2003), está Ley sólo subsanó algunas de las deficiencias normativas existentes en la materia²⁸. Pese a ello, podemos anotar que esta modificación por sí sola no garantiza un tratamiento efectivo de la problemática que afecta, los bienes jurídicos de los trabajadores en el ejercicio de su actividad laboral. En consecuencia, apreciamos que las diversas disposiciones en materia preventiva contenidas en la Ley 54 de 2003, como también en la LPRL y la LISOS, al igual que sus disposiciones reglamentarias y los diversos convenios colectivos que regulen la materia, han de ser aplicados en atención a los criterios que inspiraron su creación, y con el objeto fundamental de salvaguardar los intereses de los trabajadores como la vida y salud en sentido colectivo e individual²⁹.

En el mismo sentido, y en lo que atañe a la protección jurídico penal de la seguridad y salud en el trabajo ésta se concreta en los arts. 316 y 317 CP³⁰, preceptos político criminalmente necesarios en la salvaguarda de los bienes jurídicos de la salud, y la vida de los trabajadores. Pese a ello, destacamos de forma anticipada que han sido y continúan siendo disposiciones de irrisoria aplicación, principalmente por la ausencia de denuncia por parte de las víctimas y perjudicados por tales delitos y por los problemas de índole probatoria e inhibición jurisdiccional que presenta la conducta delictiva³¹. Por tanto, si se pretende proteger de forma real

²⁸ La Ley 54 de 12 de diciembre de 2003, que modifica el marco normativo de la prevención de riesgos laborales en España abarca diferentes ámbitos: medidas para la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, medidas en materia de Seguridad Social, medidas para el reforzamiento de la función de vigilancia y control del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y medidas para el establecimiento de un nuevo sistema de información en materia de siniestralidad laboral referida. En efecto, la Ley tiene por finalidad abordar la ejecución de las medidas contenidas en el Acuerdo de 30 de diciembre de 2002, que requieren para su puesta en práctica una norma con rango de ley formal y que se refieren a dos ámbitos estrechamente relacionados: por un lado, la reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales; por otro, el reforzamiento de la función de vigilancia y control del sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

²⁹ Al respecto valga destacar que la Ley 54 de 2003 en la EM señala como objetivos básicos de la misma los siguientes: combatir de manera activa la siniestralidad laboral, fomentar una auténtica cultura de la prevención de los riesgos en el trabajo, que asegure el cumplimiento efectivo y real de las obligaciones preventivas y proscriba el cumplimiento meramente formal o documental de tales obligaciones, reforzar la necesidad de integrar la prevención de los riesgos laborales en los sistemas de gestión de la empresa. Y por último, mejorar el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, mediante la adecuación de la norma sancionadora a la norma sustantiva y el reforzamiento de la función de vigilancia y control, en el marco de las comisiones territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España.

³⁰ A los mencionados preceptos que salvaguardan la seguridad y salud en el trabajo deben añadirse los arts. 142 y 152 CP respectivamente. Estos últimos preceptos contemplan los delitos de homicidio y lesiones personales ocasionados por imprudencia grave o imprudencia profesional, completándose así la tutela de la vida, salud e integridad de los trabajadores.

³¹ El delito contenido en el art. 316 CP, desde el plano criminológico ocupa un lugar importante en la conocida "cifra negra de la criminalidad", al tratarse de una conducta delictiva que pocas veces llega a ser denunciada, perseguida o sancionada; y que dadas las difíciles posibilidades probatorias acarrea grandes niveles de impunidad. La cual se evidencia en este tipo de casos, por la propia condición de las víctimas,

los bienes jurídicos de los trabajadores como la vida y la salud, resulta imperiosa la aplicación efectiva del delito contra la seguridad y salud de los trabajadores contenido en los arts. 316 y 317 CP. Lo que implica a su vez, un no condicionamiento de la aplicación del delito a la producción del resultado lesivo o a la modalidad imprudente contenida en el art. 317 CP³².

De la misma manera, consideramos que se requiere conjuntamente, la presencia de una mayor coordinación entre los órdenes penal y laboral-administrativo en la protección y sanción de las conductas que lesionen y pongan en peligro grave la vida y la salud de los trabajadores. Coordinación que no debe dilucidarse en el entendimiento de que al Derecho penal le corresponde en este ámbito una labor secundaria con relación al Derecho administrativo, sino que los dos se integran en la tarea de protección de los bienes jurídicos puestos en juego en el desarrollo de una actividad productiva en un centro de trabajo. Así las cosas, corresponde a cada uno de estos órdenes una labor concreta, al Derecho administrativo ejercer un papel preventivo primario, reservando al Derecho penal las más graves puestas en peligro del bien jurídico tutelado, conforme al principio de *ultima ratio*.

Del mismo modo, se precisa la participación efectiva por parte de los representantes de los trabajadores y la Inspección de Trabajo en la salvaguarda de los referidos bienes jurídicos, desplegando una mayor vigilancia y control de las actividades de los trabajadores desarrolladas en los diversos centros de trabajo. Como también en las tareas relacionadas con la supervisión de los planes de prevención de riesgos laborales desplegados por el empresario y demás sujetos legalmente obligados como titulares de la deuda de seguridad a favor de los trabajadores, es decir, el control permanente de la observancia de las diversas normas preventivas.

Además, dichas medidas deben ir acompañadas de la puesta en marcha de otros instrumentos que garanticen la tutela de los derechos de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Por lo tanto, se requiere simultáneamente: la promoción del sistema de Inspección de Trabajo. Para lo cual, se le debe asignar una mayor cantidad de recursos humanos, técnicos y presupuestarios. Así mismo, la implementación por parte de los poderes públicos, de mecanismos concretos que

quienes se encuentran en un gran nivel de desigualdad material con el autor, pues son sujeto asalariados que subsisten de quien les da trabajo. Sobre este particular véase entre otros, BARTOMEUS PLANA, D., "El art. 316 CP. Delitos contra la seguridad y la salud en el trabajo", en ROJO TORRECILLA, E. (coord.), cit., p. 262; LASCURAIN SÁNCHEZ, J., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, cit.; pp. 215 y ss, y BAYLOS GRAU-TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal del trabajo*, cit., pp. 177 y ss.

³² Así lo pone de manifiesto entre otros autores AGUADO LOPEZ, S., *El delito contra la seguridad en el trabajo. Artículos 316 y 317 del Código Penal*, cit., p. 402. Al señalar que la incriminación imprudente obedece a la presencia constante de la imprudencia en los accidentes laborales y en la problemática respecto a la prueba del dolo. Específicamente pone de manifiesto que: "*la gran mayoría de accidentes laborales son imprudentes, pues así lo demuestra la realidad jurisprudencial, donde prácticamente todas las sentencias aplican los delitos de homicidio o lesiones imprudentes por infracción de normas de seguridad e higiene y sólo alguna, excepcionalmente apunta al dolo eventual*".

controlen la inestabilidad del tipo de contrato y la temporalidad en el trabajo como factores asociados al aumento de la siniestralidad laboral.

En el mismo sentido, estimamos necesario reforzar el papel de la negociación colectiva y consigo la trascendencia de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo. A su vez, se requiere de forma significativa suscitar un mayor fomento en la prevención de riesgos laborales en todos los niveles productivos, sociales y empresariales, para de esta forma promover y desarrollar una auténtica cultura de la prevención de los riesgos laborales, y con ello una disminución significativa de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

V. CONCLUSIONES

El reconocimiento constitucional de los derechos de los trabajadores derivados del ejercicio de una actividad laboral ha constituido un avance sustancial en el Estado Social y Democrático de Derecho español. La importancia de estos intereses ha obligado a los poderes públicos a adoptar una serie de medidas jurídicas y extrajurídicas orientadas a salvaguardarlos. Dentro de las diferentes normas adoptadas por el legislador para tutelar la seguridad y salud en el trabajo sobresalen diversas disposiciones laborales y administrativas –LISOS, LPRL, ET, Ley 54 de 2003–, como también la protección penal prevista en los arts. 316 y 317 CP.

En este contexto, se evidencia el papel trascendente que ha ejercido el Derecho penal del trabajo en España, el cual ha pretendido completar la protección de los derechos básicos de los trabajadores. No obstante, la tutela penal en este ámbito precisa la intervención previa de otras ramas del Ordenamiento Jurídico, como lo es el Derecho administrativo-laboral. Intervención que se refiere al catálogo de infracciones y sanciones que conforman la normativa de prevención de riesgos laborales. Restringiéndose en consecuencia, la intervención penal a los incumplimientos laborales cualificados.

Consideramos que la tipificación del delito contra la seguridad y salud en el trabajo en los arts. 316 y 317 CP se hace necesaria para salvaguardar los bienes jurídicos fundamentales de los trabajadores derivados de la existencia de una relación laboral, y consigo del desarrollo de una actividad productiva como la vida y salud en sentido supraindividual. La intervención penal requiere a su vez, de la elemental vulneración de las normas y disposiciones de seguridad en el trabajo contenidas en la normativa laboral, como condición necesaria para dotar de contenido al tipo del injusto previsto en los arts. 316 y 317 CP, de lo contrario se extendería indebidamente la intervención penal en ámbitos incompatibles con el principio de *ultima ratio* y de certeza jurídica.

El Derecho penal en atención a estos principios rectores solo ha de intervenir cuando realmente sea necesario en atención al grado de afectación del bien jurídico tutelado, y por la insuficiencia de las demás áreas del ordenamiento jurídico y

medios de control social –formal e informal– que protejan tales intereses. Con lo cual, y para el caso en estudio, será condición ineludible la verificación por parte del juez de la relación existente entre la infracción de la normativa laboral –en materia de seguridad y salud en el trabajo–, y la puesta en peligro grave de los precitados bienes jurídicos de los trabajadores.

Por tanto, señalamos que el delito contra la seguridad y salud en el trabajo sanciona en los arts. 316 y 317 CP, la conducta dolosa o imprudente de los sujetos legalmente obligados de facilitar los medios de seguridad y salud en el trabajo, en los supuestos en los que la omisión de tales deberes ponga en peligro grave la vida, salud o integridad de los trabajadores. Requiriendo por tanto, el tipo penal no sólo la simple vulneración de las disposiciones contenidas en la normativa laboral administrativa, sino además la existencia de un nexo de imputación entre la respectiva omisión y el resultado de peligro grave para el bien jurídico tutelado.

Para finalizar, es importante destacar que la protección de la seguridad y salud laboral se fundamenta principalmente en la prevención de los riesgos existentes en el trabajo. Por lo cual, los empresarios han de desarrollar los correspondientes planes de prevención de los riesgos laborales y descentralizar ciertas labores de seguridad en los Servicios y Delegados de Prevención, reforzando además, la actuación del Comité de Seguridad y Salud en los supuestos en que se requiera su intervención. Por su parte, los representantes de los trabajadores y la Inspección de Trabajo deben supervisar el cumplimiento de tales medidas y hacer un mayor uso de los mecanismos jurídicos y extrajurídicos con los que cuentan en la tutela de los intereses de los trabajadores.

EL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.

ROSA M^a GALLARDO GARCÍA, BECARIA DE INVESTIGACIÓN. UNIVERSIDAD DE CÁDIZ.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Esta comunicación tiene el objetivo de realizar una delimitación del sujeto activo en los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores, ubicados en los artículos 316 y 317 del CP.

La diferencia básica de ambos artículos reside en que el 316 está configurado como un delito doloso y el 317 realiza una incriminación por imprudencia.

El tipo se conforma como un delito especial propio, es decir, exige una especial condición en el sujeto que realiza la acción punible. Para determinar el sujeto activo del tipo analizado debemos dirigirnos a la normativa laboral, ya que además el 316 es una norma penal en blanco, y se necesita acudir a la normativa extrapenal para completarlo. Por esto en esta exposición se realizará, en primer lugar, un breve análisis del deber de seguridad previsto en el ordenamiento laboral.

Finalmente, se analizará la utilidad del art. 318 del Texto punitivo, cuestión muy debatida en la doctrina penal, puesto que prevé los mecanismos de actuar en lugar de otro y en comisión por omisión, fórmulas que vienen recogidas en preceptos generales del CP. Así pues, debemos incidir en este art., por su repercusión en materia de responsabilidad, aunque partimos de la hipótesis de que carece de utilidad práctica.

II. LAS LEYES LABORALES COMO REFERENTE

El ET¹ establece el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene.

En este sentido, y con una ambiciosa pretensión protectora, el TS, estableció que *“la obligación genérica del empresario, es emplear todos los medios de seguridad en beneficio del trabajo y de los trabajadores, proporcionando medios adecuados para evitar los riesgos, instrucciones suficientes para su uso y exigencias al trabajador de su empleo...”*

¹ Art. 19 ET.: “1. El trabajador, en la prestación de sus servicios, tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene”.

*La infracción a este deber genérico, aparece, desde el momento en que no se han adoptado, todos los medios técnicamente exigibles o no se ha extremado hasta el último cuidado, si se quiere, la vigilancia y advertencia hacia los trabajadores, incluso cuando concurre imprudencia profesional, por parte de éstos, a pesar de lo establecido en el artículo 19.2 del Estatuto de los trabajadores, pero no puede apreciarse más allá de estos límites*².

El art. 14³ de la LPRL, recoge el derecho de los trabajadores a la protección frente a los riesgos laborales en su apartado primero, y en el apartado segundo y siguientes, aparece también regulado el deber de protección del empresario respecto a la seguridad e higiene en el trabajo, como la otra cara de una misma moneda [derecho y deber]⁴.

SALA FRANCO⁵ indica que la LPRL configura como autor de la infracción administrativa al empresario. Aunque, este autor, respecto a esto, puntualiza que tendrá la posibilidad de ejercitar acciones de resarcimiento contra los incumplidores.

La interpretación de la normativa de riesgos laborales no debe realizarse de forma restrictiva, ya que el empresario no es el responsable único de las infracciones; se trata más bien de un mecanismo para no desresponsabilizar⁶ a éste en los casos de delegación de funciones. Como la ley se encarga de subrayar, se trata de un deber de imposible traslado a otros sujetos implicados en la protección.

Así pues, el empresario será responsable principal, que no único, de la prevención de riesgos laborales, ya que, en atención a la jerarquía que existe en las

² STS de 7 de febrero de 1986, sala 3ª.

³ Art. 14 LPRL.: "2. En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de la presente Ley.

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 señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo.

3. El empresario deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales."

⁴ FERNÁNDEZ MARCOS, L., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales y normativa reglamentaria*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 80.

⁵ SALA FRANCO, T., *Relaciones Laborales 2003. La contratación laboral, la relación laboral, la extinción de contrato, la negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 514.

⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 46 y 47.

organizaciones empresariales y la posibilidad de delegación de funciones, existirán otros sujetos responsables a los que se les pueda imputar una infracción por la no salvaguarda de estas normas de seguridad e higiene en el trabajo.

En el ámbito administrativo, la persona responsable puede ser tanto el empresario persona física, como la empresa persona jurídica. Frente a las personas jurídicas se discute, a la hora de abordar el problema de su responsabilidad administrativa, la vigencia del principio de culpabilidad. Al respecto, la STC de 19 de diciembre de 1991 indica que *“el principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa. Incluso este Tribunal ha calificado de correcto el principio de responsabilidad personal por hechos propios (principios de personalidad de la pena o sanción). Todo ello sin embargo no impide que nuestro derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas reconociéndoles pues capacidad infractora. Esto no significa en absoluto que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa sino que necesariamente ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos”*.

En suma, determinar el deber que la LPRL impone a los sujetos responsables se justifica porque es esta ley la que dota de contenido los arts. 316 y 317 del CP.

III. LA TÉCNICA DE LA LEY PENAL EN BLANCO PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL SUJETO ACTIVO

Los arts. 316 y 317 del CP se configuran como delitos especiales propios, en la medida en que se exige una especial condición en el sujeto activo, y sólo un número de personas concretas cumplen esa cualificación especial para ser autor.

El art. 316 del CP introduce el mecanismo de la norma penal en blanco para la identificación de los sujetos responsables de este delito.

Cuando se hace referencia a *“los legalmente obligados”*, hay consenso en la doctrina sobre la existencia de reenvío explícito a las normas laborales que, tal como quedó expuesto en el epígrafe anterior, establecen que será el empresario el responsable principal de vigilar que se cumplan las normas en materia de prevención de riesgos laborales.

Ahora bien, debemos insistir que aunque el art. 14 de la LPRL indica que el máximo responsable será el empresario, esto no implica que éste sea el único que

responde, es decir, no está excluyendo a otros sujetos que por la vía de la delegación de funciones pudieran ser sujetos activos de esta infracción. Además, en Derecho penal el concepto de autor es del todo independiente y autónomo respecto al Derecho laboral, y puede afirmarse que los legalmente obligados son el empresario y sus encargados o el personal directivo⁷.

Por otro lado, atendiendo a la literalidad del art. 316, señala SERRANO-PIEDE-CASAS⁸, que la expresión utilizada por el legislador penal “los que”, hace intuir que existe una pluralidad de sujetos responsables.

Respecto a cuales son los sujetos activos del hecho típico recogido en estos artículos, como ya hemos dicho, nos debemos dirigir a la LPRL y ésta señala en su art. 30⁹ a otros sujetos como posibles responsables de la protección y prevención

⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, cit., p. 74.

⁸ SERRANO-PIEDE-CASAS, J.R., “La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo”, en *Revista La Ley penal*, Nº 10, julio 2002, pp. 97 y ss.

⁹ Art. 30 LPRL.: “Protección y prevención de riesgos profesionales.

1. En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa.

2. Los trabajadores designados deberán tener la capacidad necesaria, disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficientes en número, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, así como los riesgos a que están expuestos los trabajadores y su distribución en la misma, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo 6 de la presente Ley.

Los trabajadores a que se refiere el párrafo anterior colaborarán entre sí y, en su caso, con los servicios de prevención.

3. Para la realización de la actividad de prevención, el empresario deberá facilitar a los trabajadores designados el acceso a la información y documentación a que se refieren los artículos 18 y 23 de la presente Ley.

4. Los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa. En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Esta garantía alcanzará también a los trabajadores integrantes del servicio de prevención, cuando la empresa decida constituirlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo siguiente.

Los trabajadores a que se refieren los párrafos anteriores deberán guardar sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa a la que tuvieron acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones.

5. En las empresas de menos de seis trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente las funciones señaladas en el apartado 1, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo 6 de la presente Ley.

6. El empresario que no hubiere concertado el Servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa deberá someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa, en los términos que reglamentariamente se determinen”.

de riesgos profesionales. Con base en este artículo RIVERO LAMAS¹⁰, considera que puede alcanzar a los responsables de la seguridad y a los componentes de los servicios propios y concertados.

Algunas sentencias han defendido la tesis de considerar a los trabajadores como sujetos responsables de sus propios accidentes, con una clara intención de desresponsabilizar penalmente de estos delitos a los empresarios¹¹; postura jurisprudencial que ha sido muy criticada por la mayor parte de la doctrina¹².

Aquellas tesis, que pretendan ampliar el concepto de autor en este delito y ampliarlo a los trabajadores, deben ser desestimadas, ya que debemos tener en cuenta que estos carecen de poder de decisión sobre comportamientos ajenos, propios del empresario, pese al concepto de seguridad integrada que parece recoger la LPRL, y del deber del obrero de velar por su propia seguridad, tal obligación depende de las instrucciones del empresario¹³.

Sólo serán autores aquellos sujetos con capacidad de lesionar el bien jurídico, y sólo la poseen aquellos que tienen un deber expreso de tutela de la vida y salud de los trabajadores, mediante el cuidado de las normas de prevención de riesgos laborales, y sería político-criminalmente insostenible responsabilizar al obrero de los accidentes en el desarrollo de su trabajo. Lo trabajadores serán, eso sí, los sujetos pasivos de este delito.

IV. CONTENIDO DEL ART. 318 DEL CP A EFECTOS DE AUTORÍA

El art. 318¹⁴ del CP viene a reproducir, con algunas modificaciones, el último párrafo del art. 499 bis del antiguo Texto punitivo. Las correcciones introducidas por el legislador en la Ley Orgánica 10/1995 (CP vigente) se dirigen a una cues-

¹⁰ RIVERO LAMAS, J., "Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales", en *Actualidad Laboral* N^o 36, 1996, p. 697 y ss. Sin embargo este autor en contra de la tesis de SERRANO-PIEDCASAS, no considera al trabajador como responsable penal, a pesar de basar la imputación en el art. 30 LPRL.

¹¹ SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003; SAP de Zamora de 31 de mayo de 2003.

¹² Por todos, para un mejor desarrollo del tema ver el artículo de COBO DEL ROSAL, M., y SÁNCHEZ-VERA GOMEZ- TRELLES, J., "Responsabilidad penal por accidentes laborales: Riesgo permitido y autopuesta en peligro", en *Cuadernos de Política criminal, segunda época*, CESEJ, 82/2004

¹³ En este sentido, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, I., ELLACURÍA BERRIO, J.M. y ITURRATE ANDECHAGA, J.M., *La responsabilidad penal de los accidentes de trabajo*, Ro, Valencia, 1999, p. 54. En contra de esta opinión SERRANO-PIEDCASAS, J.R., "La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo", cit., p. 97 y ss.

¹⁴ Art. 318 CP: "Cuando los hechos cometidos previstos en los artículos anteriores se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado las medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código".

tión meramente formal, son mejoras de redacción, sustituye la expresión “*hechos realizados por personas jurídicas*” por “*hechos atribuidos a personas jurídicas*”. Aunque como indican VILLACAMPA ESTIARTE y VALLE MUÑIZ¹⁵, la sustitución de las mencionadas palabras corrige un error, puesto que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción por carecer del elemento volitivo¹⁶. Pero sobre todo salva una posible incoherencia de nuestro legislador que niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así pues, la corrección del error va dirigida exactamente a dar coherencia al texto legal vigente, que se mantiene en general bajo la filosofía representada por el principio *societas delinquere non potest*.

La nueva redacción prescinde de la referencia a la responsabilidad civil subsidiaria, referencia que la mayor parte de la doctrina consideraba superflua.

El art. 318 regula la comisión del delito a través de las estructuras de una persona jurídica, para responsabilizar a los “*administradores o a los encargados del servicio*”, así como “*a quienes conociéndolo y pudiendo remediarlo no hubieran adoptado medidas para ello*”.

Así pues, dos son los supuestos contemplados en este precepto: imputación del hecho típico al que actúa en lugar de otro y responsabilidad en comisión por omisión.

Estos supuestos coinciden con los dos incisos claramente identificables de este art. 318, en el que en una primera parte se alude a que “*los hechos previstos en los artículos de este Título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos*”, atribuyendo así la imputación al que actúa en nombre de la empresa; y en la segunda parte de este artículo se plantea la posibilidad de responsabilizar “*a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado las medidas para ello*”.

Respecto al primer supuesto, la necesidad del art. 318 es dudosa ya que esta posibilidad viene recogida en el art. 31 del CP¹⁷, mediante el cual se permite exten-

¹⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, C. y VALLE MUÑIZ, J.M., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores” en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Thomson Aranzadi, 3ª ed., 2004, p. 1.625.

¹⁶ Para afirmar esto parto de la idea de que la persona jurídica no posee voluntad personal. Esta cuestión plantea la discusión de la ficción y de la posesión de voluntad por parte de las personas jurídicas, para concederle o no responsabilidad penal, cuestión muy debatida por la doctrina, como indica DE VICENTE MARTINEZ, R., “Persona jurídica y consecuencias accesorias” en *Revista de Derecho y Derecho Procesal*, nº 8, 2002, pp. 103 a 105.

¹⁷ Art. 31 CP, reformado por la Ley 15/2003: “1. *El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.*

2. *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*

der la punibilidad, que no la cualidad, de los delitos especiales a determinadas personas físicas. Es más, aplicar este art. como delito especial y excluir el art. 31 del CP, nos llevaría a una laguna de punibilidad, ya que este precepto especial no contempla la hipótesis del representante que actúa en lugar de una persona física¹⁸, y, por tanto, ante este último supuesto debemos acudir al art. 31¹⁹.

Se puede entender que el art. 318 introduce una perspectiva fáctica cuando incluye como responsables a los “encargados del servicio”²⁰. Aunque como indica TERRADILLOS BASOCO²¹ la ampliación de la responsabilidad a otros sujetos, como el encargado del servicio, es más aparente que real, ya que la noción de administrador de hecho del art. 31 esta basada tanto en criterios materiales como fácticos.

La comisión por omisión es el segundo supuesto que hemos diferenciado. Para realizar un análisis del mismo debemos poner en relación el art. 318 con el 11 del CP. El segundo inciso del precepto especial alude “a los que conociendo y pudiendo remediarlo” refiriéndose a aquellos sujetos que asumen una posición de garante, es decir, aquellos que conozcan el peligro y, además, tengan posibilidad de evitarlo.

La cláusula mediante la cual se responsabiliza a quienes conociéndolo y pudiendo remediarlo no hubieran adoptado medidas para ello es tan amplia que necesita una serie de límites, ya que la posibilidad de que el *extraneus* realice la conducta típica debe ser limitada en un delito especial como el configurado en los artículos 316 y 317.

Al *extraneus* no se le traslada la cualificación exigida en el tipo especial simplemente se le imputa el hecho típico, puesto que, como se ha aclarado anteriormente, este delito se configura como un delito especial propio, en el que la calidad del

La Ley 15 /2003 que modifica el art. 31, viene a introducir el apartado dos y no modifica en absoluto el primer apartado, de esta forma se diferencia al sujeto de la acción con el sujeto de la imputación, puesto que se hace responsable solidario a la persona jurídica del pago de la multa, pudiendo responder del total de la deuda.

Una posible interpretación podría ser que nuestro legislador esta comenzando a dar los primeros pasos para otorgar responsabilidad penal a la persona jurídica, teniendo en cuenta además que la multa no viene recogida como consecuencia accesoria del art. 129 del CP.

¹⁸ MARTINEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 790 y 791.

¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C. y VALLE MUÑIZ, J.M., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores” en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1.630.

²⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C. y VALLE MUÑIZ, J.M., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores” en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1.630, respecto a la respuesta que obtuvo el grupo parlamentario de Izquierda Unida en la propuesta que hicieron de reforma de ley en la que proponían la eliminación del artículo 318, ya que consideraban superfluo este artículo; la respuesta fue que con este artículo se ampliaba la responsabilidad a otros sujetos.

²¹ TERRADILLOS BASOCO, J., y BAYLOS GRAU, A., *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997, p. 61

sujeto activo es el fundamento de la pena. VILLACAMPA ESTIARTE y VALLE MUÑIZ indican que la finalidad de este art. 318, es la de poder responsabilizar penalmente a una persona física que no posea las cualidades requeridas en los delitos especiales previstos en este Título²².

Además, como indica MARTINEZ-BUJÁN²³ “no podrá ser suficiente el mero conocimiento de los hechos no impedidos ni la mera capacidad de evitar el resultado por parte de un garante, sino que habrá que acreditar que su conducta sea idéntica estructuralmente y materialmente a la realización activa y directa del hecho”.

Siguiendo con este segundo inciso del art. 318, este mismo autor²⁴, plantea una hipótesis de participación y no de autoría en comisión por omisión, postura que se desarrolla partiendo de la tesis de la teoría del dominio social del riesgo. Sin embargo, el art. 11 acude a las fuentes formales para determinar la posición de garante.

Finalmente, siguiendo la posición de TERRADILLOS BASOCO²⁵ y la de la mayor parte de la doctrina, podemos determinar, que aunque es bastante clara la finalidad de este precepto, su utilidad no está del todo demostrada puesto que reitera presupuestos ya previstos en los preceptos generales, como son los citados artículos 31 y 11 del CP²⁶.

²² VILLACAMPA ESTIARTE, C. y VALLE MUÑIZ, J.M., “De los delitos contra los derechos de los trabajadores” en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, cit., p. 1.628.

²³ MARTINEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 794.

²⁴ MARTINEZ BUJÁN, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, cit., p. 794.

²⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Delitos contra la vida y salud de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 68 y ss.

²⁶ También resulta superflua la reforma de este art. 318, por la Ley 11/2003, de 29 de septiembre que reforma el CP, por la que se añade la posibilidad de que la autoridad judicial decrete, además de la pena, alguna o algunas de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP. Aunque se pueda considerar que dicha previsión refuerza el régimen general de este último precepto, ya que la mayor parte de estas infracciones penales son cometidas en el seno de una empresa, era innecesaria esta aclaración.